

El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser

Aníbal Quiroga León

Secretario Académico y Profesor de la Facultad de Derecho de la PUC.

"El tema del Tribunal Constitucional es posiblemente el tema central de nuestra Constitución; me atrevo a decir (...) que es aquel en que esta Constitución se juega, sus posibilidades y su futuro". La posibilidad jurídica del Tribunal Constitucional. Eduardo García de Enterría.

Aún a riesgo de volver sobre agua pasada, por la importancia del tema en función de nuestro futuro constitucional, el análisis de la novísima justicia constitucional a partir de la real vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y su efecto dentro de la dinámica de la estructura constitucional que la Constitución de 1979 ha diseñado para nuestro país, quisiera referirme en esta oportunidad a uno de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales con un sui-generis resultado similar a otros posteriormente expedidos: el pronunciamiento de una Sentencia que, en puridad, no es Sentencia y que por ello ha merecido severas y fundadas críticas pese a la defensa, endeble en mi concepto, que se ha querido hacer respecto de ello, llegándose al extremo de otorgarles la curiosa denominación de "**declaración**"¹ en vez de Resolución.

Es en este sentido que quisiera comentar una de dichas Sentencias —que, repito, no es una Sentencia **stricto sensu**— cual es la de fecha 23 de agosto de 1984, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de setiembre, pronunciada en la Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 2o. de la Ley 23321 —modificatoria en adición del Art. 328 del Código Penal— que incluye dentro del tipo legal del delito de Desacato la acción cometida mediante un órgano de comunicación social y contra el Art. 6o. del Decreto Legislativo No. 46, que dispone la represión por delito de terrorismo de los actos cometidos mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social que constituyan incitación o

apología del delito de terrorismo.

La inicial perplejidad que se causó ante esta decisión de no decidir por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales, en un primer momento fue trocada por el subsecuente estupor y el final resignamiento, pues tal proceder ha sido lamentablemente reiterado por el Tribunal de Garantías Constitucionales en momentos cruciales para la vida democrática de la Nación como cuando se interpuso la Acción de Inconstitucionalidad contra la ley interpretativa del Art. 203 de la Constitución contenida en el Art. 6o. de la Ley 23903, en lo referente a lo que debía entenderse por **votos válidamente emitidos** para el proceso electoral de 1985.

Y no es del caso rasgarse las vestiduras por esta situación, como tampoco lo es el rehuir las responsabilidades del caso ante una situación como la planteada, asunto este último que pretende hacer, sin conseguir su objetivo, el Magistrado Aguirre Roca².

He de dejar de lado, en el caso bajo comento, el innegable transfondo político del tema objeto de la acción de inconstitucionalidad, no por desconocer su capital importancia (libertad de expresión y represión penal en los delitos de Desacato y Terrorismo), sino por centrar el debate en el aspecto jurídico de la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente por lo demás obligado para cualquier valoración política, y para no fatigar al lector que de

1 Ver, con respecto a tal defensa y la anotada denominación, en esta misma tribuna el artículo "*Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica*" del Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales don Manuel Aguirre Roca en: THEMIS — Revista de Derecho —, Segunda Epoca; Año 1 No.3; Asociación Jurídica THEMIS, Lima, Julio de 1985; pp. 20—21.

2 Op. Cit.

suyo tiene su propia opción política en ese asunto. Tampoco estas líneas se han de referir al fondo de la cuestión controvertida, a si la acción merecía ser amparada en su fundamento o no, dado que el Tribunal de Garantías Constitucionales renunció en su oportunidad a ello.

Me he de referir, pues, únicamente a esa renuncia del Tribunal de Garantías Constitucionales a emitir una verdadera sentencia, al aspecto circunscrito a su **modo de proceder** en la controversia constitucional suscitada, aspecto de procedimiento que no por ser algo primario es menos importante pues, descubramoslo ya, es en su merced que se ha impedido la resolución del fondo de la cuestión constitucional en litigio.

Fue del caso que, en su momento, veinte Senadores interpusieron Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales contra las normas legales anteriormente reseñadas —que, por cierto, se encuentran vigentes hasta la fecha— al amparo del Inc. 5o. del Art. 299 de la Constitución Política del Estado, repetido en el Inc. 2o. de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC), y que concede legitimidad en dicha acción a tal número de representantes ante el Senado de la República.

Admitida y tramitada la demanda de inconstitucionalidad, el Senado Yashimura, uno de sus suscriptores, decide **retirar** su firma sin expresar causa alguna que lo sustentara pretendiendo con ello enervar la acción ya iniciada. El Tribunal de Garantías Constitucionales expide la Resolución que es materia de este análisis decidiendo dos cuestiones: primero, declara por mayoría que el retiro de la firma de uno de los Senadores suscriptores de la demanda de inconstitucionalidad no **extingue** la acción debiendo continuarse el procedimiento hasta su culminación; y, segundo, que pese a lo anterior y por contradictorio que parezca, le es **imposible arribar a tal conclusión** por no haberse alcanzado los votos conformes necesarios para que se produzca sentencia.

Nuestra Constitución de 1979 a diferencia de la anterior de 1933, estableció un sistema mixto de control de la constitucionalidad, tanto en lo referido al control concentrado, **ad hoc**, de la constitucionalidad, de **justicia constitucional** o **sistema europeo** como lo califica Fix-Zamudio³, con la creación, precisamente, del Tribunal de Garantías Constitucionales y con facultades de declarar **erga omnes** la inconstitucionalidad total o parcial de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; cuanto en lo referido al **control difuso** de la constitucionalidad, de **judicial review** o **sistema americano** con la posibilidad que sea el propio Organo

Jurisdiccional quien revisara la constitucionalidad de las leyes y demás normas legales inaplicándolas para el caso concreto, como ya se había legislado en el Art. XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 —ahora derogado—, en el Art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Art. 236 de la propia Constitución como garantía del rango normativo que su numeral 87 proclama.

Y se afirma que nuestro sistema es mixto o dual, por cuanto permite que sean los jueces los que, en la solución de las controversias sometidas a su conocimiento, puedan inaplicar por inconstitucional una norma legal, con una inaplicabilidad sólo vigente inter-partes; y por el otro faculta a un órgano **ad-hoc** a la revisión de la constitucionalidad con la posibilidad que el efecto jurídico de dicha inaplicabilidad se extienda **erga omnes**, con efectos derogatorios, de la ley en cuestión. Esto último es lo que se denomina la **justicia constitucional** que en el Perú tiene vigencia, o debiera tenerla al menos, desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales mediante la Ley 23385 (LOTGC), y que supone una jurisdicción independiente de todos los demás órganos del Estado capaz de velar por el cumplimiento de la Constitución por parte de los demás órganos del propio Estado y de los ciudadanos en general. Paralelamente, y a partir de ello, como apunta Fix - Zamudio⁴, gran procesal-constitucionalista mexicano, se ha dado nacimiento a la disciplina más joven del procesalismo científico que define como el **derecho procesal constitucional** y cuya paternidad atribuye, precisamente, al jurista vienés Hans Kelsen, y que ha de estudiar los instrumentos que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales de carácter **justicial formal** en la mejor expresión de James Goldschmidt.

Es dentro de esta óptica científico-jurídica que el Tribunal de Garantías Constitucionales debe **proceder** en todas sus actuaciones. Pero ¿Qué ha sucedido en el caso que es materia de este comentario? Para responder ello, glosaremos la pretendida parte resolutive de la Sentencia —que no es Sentencia— bajo análisis:

"(...)

RESUELVE: en mayoría, con el voto en contra de los señores Silva Salgado y Basombrió Porras, en cuanto al procedimiento, que, admitida una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por veinte Senadores de la República, (...) el retiro de la firma de uno de ellos, no produce la extinción de la acción, sino que ésta sigue en vigencia, debiendo continuar el trámite según su estado; y que,

En cuanto al fondo de las acciones de inconstitucionalidad, no habiéndose alcanzado

3 Fix-Zamudio, Héctor.— *Veinticinco años de Evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1968*; Inst. de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968; pp. 17-18.

4 Fix-Zamudio, Héctor.— *III La Jurisdicción como función esencial del Estado Moderno*; en: *Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos*; Inst. de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1977; p. 13.

*el número legal de votos, el Tribunal considera que no existe posibilidad de dictar sentencia.
(...)"*

En primer lugar, la decisión en mayoría del Tribunal de Garantías Constitucionales es acertada cuando niega dar por concluida la acción o acciones de inconstitucionalidad por el repentino arrepentimiento de uno de los Senadores firmantes y el subsecuente retiro de su firma, careciendo por completo de sustento la argumentación de los votos discrepantes en ese particular de los Magistrados Silva Salgado y Basombrío Porras.

Y ello, aunque la Resolución lo omita y los votos favorables no lo precisen —excepción hecha con el del Magistrado Aguirre Roca que es el más cercano en su argumentación— porque dicho resultado es acorde con la más esencial doctrina constitucional. En efecto, cuando la Constitución establece la posibilidad de declarar inconstitucional una ley, reconoce la existencia de la **Acción de Inconstitucionalidad**. Ahora bien, resulta obvio que dicha acción en modo alguno puede ser asimilable al común de las acciones civiles —personales, patrimoniales—, ni a las penales, o las contencioso-administrativas, o a las políticas. Su naturaleza es propia y particular: ¿Quién es titular de esta acción? Sería obvio decir que pertenece a la soberanía popular, puesto que en un Estado democrático y constitucional, toda institución consagrada por la Constitución tiene como referente básico la soberanía popular. Pero, en concreto, ¿Quién es el directo titular de dicha acción? ¿Lo será el Presidente de la República?, ¿La Corte Suprema quizás?, ¿O el Fiscal de la Nación?, ¿Los sesenta Diputados o los veinte Senadores? ¿Todos ellos en conjunto o cada uno en particular? ¿Y los cincuenta mil ciudadanos? ¿Acaso lo serán todos los llamados por el Art. 299 de la Constitución? Pues no, no debemos confundir, en ningún caso, lo que es la **capacidad de ejercicio** con la **titularidad del derecho**; o, como se denomina en derecho procesal, la legitimación-postulación con la relación jurídico-sustantiva.

El titular de la Acción de Inconstitucionalidad de ley es el propio Tribunal a quien la Constitución le reserva la **potestad** de dejar sin efecto una ley sancionada por el Parlamento, promulgada por el Presidente de la República y que es de aplicación por el Poder Judicial. Quienes sean los llamados a plantearla en ningún modo serán en todo o en parte, los titulares de la acción, como sí lo serían en el caso de una acción ante la justicia ordinaria.

Entonces, se dirá, si el Tribunal es el titular de la acción, ¿por qué no puede iniciarse **ex-officio**, de motu proprio. La respuesta es simple: en ningún caso el Tribunal puede empezar esta acción porque la Constitución (siguiendo los modelos de justicia constitucional) ha desdoblado la titularidad en la legitima-

ción, y ello ya no es lo mismo. Y es que paralelamente a la **legitimatio ad-causam** (titularidad del derecho) de que habla el voto del Magistrado Silva Salgado, existe en el derecho procesal la **legitimatio ad-procesum** (titularidad del impulso del proceso). Sólo las autoridades, o el número de ciudadanos, allí indicados pueden poner en marcha la Acción de Inconstitucionalidad, pero una vez iniciada su andadura ésta no puede detenerse en ningún caso por posterior voluntad de quienes fueron sus impulsores porque éstos no poseen la **legitimatio ad-causam**. Constituirían un absurdo jurídico pretender que la Acción de Inconstitucionalidad pertenece a quienes la inician o que su carácter es similar en modo alguno a la naturaleza de las acciones civiles. Su naturaleza —y esto es omitido por el Tribunal— es de **ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL**, peculiarísima, donde ni el Tribunal puede iniciarla de oficio ni los legitimados a hacerlo pueden, posteriormente, disponer de la misma.

No es con argumentación de índole procesal civil, como lo hace con profusión uno de los Magistrados discrepantes, como ésto tenía que resolverse. Si lo aquí apuntado fuese incierto, si los **legitimados al proceso** lo fuesen también de la sustantividad de la acción, cabría, como en el derecho procesal civil no solo el **desistimiento** —lo que pretendió hacer el Senador Yashimura— es decir, el retiro voluntario, inmotivado y unilateral de la acción; sino el **allanamiento**, ¿Verdad?; ¡ah!, y la **transacción**, no nos olvidemos de ella. Puede acaso imaginarse, no sin poca repulsión, que la Acción de Inconstitucionalidad fuese objeto de negociaciones por parte de las autoridades involucradas. Felizmente —hasta ahora al menos— esto no es posible, como tampoco lo es el allanamiento —sometimiento expreso del demandado a los términos de la demanda— por expresa indicación del Art. 31 de la LOTGC que **obliga a la defensa** al órgano afectado, es decir, a la contradicción.

Es evidente que la Acción de Inconstitucionalidad no es propiedad de los llamados a ejercerla, sea por su cargo o su representación numérica. Si no comprendiéramos esto así, carecería de sentido nuestra retorta justicia constitucional. No sólo se reiterarían los arrepentimientos tardíos de los parlamentarios, sino que se personalizarían estas acciones, desnaturalizándolas. Si así fuese, se puede fácilmente imaginar qué pasaría cuando interpuesta una acción hay nuevas elecciones y los parlamentarios suscribientes no son reelectos. O cuando hay relevo presidencial, o cambio en la Corte Suprema o en la Fiscalía de la Nación. La situación sería francamente absurda; pero rayaría en la esquizofrenia en el supuesto de los cincuenta mil ciudadanos. Si lo anterior fuese válido para las autoridades, también lo sería para los ciudadanos legitimados para iniciar la acción. En un número tan significativo los "arrepentidos" serían inevitables y, no solo eso, personalizada que sea la acción en los suscribientes, por sus características y duración del proceso, sería inevitable que antes de la sentencia

alguno falleciese. ¿Qué sucedería? Continúan la acción sus herederos, nuevos titulares mortis-causas, o se extinguiría irremesiblemente su alcuota en ella por ser **intuitu-personae**, esto es, personalísima y, por ende, intransmisible.

II

Dentro de los límites expuestos, toca ahora referirme a la segunda parte de la decisión del Tribunal, aquella en la que decide no decidir ante la imposibilidad de obtener los votos conformes que la ley precisa. El Art. 8vo. de la Ley Orgánica del Tribunal (LOTGC) exige que sus Magistrados coincidan, cuando menos, en seis votos —de sus nueve miembros— para resolver los casos de **inconstitucionalidad**.

En el caso materia de este comentario, el Tribunal **considera** (en vez de resolver) que la situación planteada en la votación (cinco votos en contra y tres a favor) le lleva a un irremisible entrampamiento del que no puede salir, quedándose allí, ya que de otro modo incurriría en violación de la ley y la Constitución. Pero un muy antiguo principio general del derecho nos dice que no se puede lograr por vía indirecta lo que la ley reprueba directamente. Es decir, que no puede invocarse la ley, o el respeto a la Constitución para, precisamente, violentar la propia ley o la misma Constitución.

En primer término, la Constitución crea el Tribunal y determina la existencia de la Acción de Inconstitucionalidad de ley. ¿Qué significa eso?, pues que hay una **jurisdicción constitucional positiva** —en ningún caso negativa— facultada a dejar sin efecto una ley, en principio constitucional por ser posteriormente considerada inconstitucional.

En segundo lugar, la propia LOTGC precisa un solo supuesto —solo uno— de jurisdicción negativa (inhibición en el Art. 37) cuando la norma impugnada ha perdido vigencia durante la tramitación del proceso.

En tercer lugar, el Art. 57 de la LOTGC refiere expresamente que en el procedimiento de inconstitucionalidad debe aplicarse, en lo no expresamente legislado, tanto el Código de Procedimientos Civiles como la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ni uno ni otro texto legal facultan la inhibición de los jueces por defecto en el acto de la votación de las sentencias. Si el Código de Procedimientos Civiles está directamente orientado a que todo proceso culmine con una sentencia que defina el litigio, la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga, expresamente, a que los jueces y tribunales actúen de modo opuesto al realizado por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

En efecto, el inc. a) del Art. 23 de la LOPJ precisa textualmente que **en ningún caso se puede dejar de administrar justicia por defecto de las leyes, debiéndose recurrir, en tales casos, a los principios del derecho**. Norma similar hallamos tanto en el —ahora derogado— Código Civil de 1936 (Art. XXIII de su Título Preliminar) como en el actual Código Civil

de 1984 (Art. VIII de su Título Preliminar), que repiten, casi textualmente, **la mismísima fórmula consagrada como suprema garantía de la administración de justicia**. en la propia Constitución (Inc. 6o. de su Art. 233), que regula idéntica obligación para todo juez (y el Magistrado constitucional lo es), como garantía de que siempre se deberá extender una adecuada tutela judicial a toda pretensión válidamente deducida.

Resulta, pues, que el Tribunal ha incurrido, cuando menos, en flagrante omisión y, cuanto poco, en responsabilidad funcional. Si la Constitución precisa que son nueve los Magistrados del Tribunal y ello impide, por ejemplo, un régimen de suplencia/dirigencia ante la discordia como la operante en el Poder Judicial, los principios generales del derecho, tanto los que inspiran nuestro derecho como los que no, contienen soluciones para salir de este impase, pero nunca adoptar una solución como la que ahora se critica, en donde una acción válidamente deducida y admitida a trámite se queda sin resolución por la alegación de un defecto en el sistema de votación por una pretendida imprevisión legal.

Haciendo un somero análisis de la norma que precisa el número legal para la votación de una inconstitucionalidad, veremos que tanto la inadmisibilidad como la inconstitucionalidad requieren de un número **especial: seis votos**; en tanto que de ordinario solo rige la mayoría absoluta de **cinco votos**. Esto tiene una evidente racionalidad, pues tanto para negación de una acción como para dejar sin efecto una ley —con todo lo que eso conlleva— exige de una mayoría calificada de Magistrados acordes. Y no miremos cuántos votos se requiere para que el Tribunal contradiga su propia doctrina: **ocho votos**, casi unanimidad. Pero, nos preguntamos: ¿Cabe lo mismo para lo contrario?; es decir, si la inconstitucionalidad requiere de seis votos, ¿Es exigible lo mismo para la constitucionalidad? Acaso, si la inadmisión requieren seis votos, ¿La admisión también? Evidentemente en este segundo caso esto no funciona así y de ese modo ha estado procediendo el Tribunal. Porque, entonces, en el presente caso se ha obrado así en contravención con claros postulados constitucionales y legales. Saque el ilustrado lector su propia conclusión. Nada más reiteraremos que en este proceder es posible encontrar responsabilidad funcional, aquella a la que se refiere el Art. 17, inc. 5, de la propia LOTGC y que resulta exigible ante el Parlamento.

Se hubiese podido optar por una solución como la anotada líneas arriba, es decir, ante la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad, poner a votación la declaración de constitucionalidad, coincidiendo ello con lo que ha acontecido en la realidad: que las normas impugnadas se hallan vigentes. Y ello no es una gratuita invención. Ya así lo había planteado hace tiempo el Maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁵ cuando concluye enfáticamente que ningún tribunal colegiado puede abstenerse de fallar ni dejar de alcanzar la mayoría. Por otro lado, sin nece-

5 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto.— *Sentencia aparente y Mayoría ficticia*; en: *Derecho Procesal en Serio y en Broma*; Edición de la Escuela Libre de Derecho; México, D. F., 1978; pp. 111-119.

sidad de renunciar a su fuero, el Tribunal (que en ese momento carecía de uno de sus miembros por vacancia) ha podido reservar la votación e impulsar el nombramiento del Magistrado faltante, para someter con este, una vez incorporado, nuevamente la cuestión a votación, o comunicar el impase al Parlamento (como lo dispone el Art. X del Título Preliminar del Código Civil de 1984, promulgado con anterioridad y vigente con posterioridad) para subsanar legislativamente el defecto. Pero, en ningún caso, esto es evidente, proceder en la forma abstensiva como se hizo en el presente caso.

Es innegable la importancia del Tribunal dentro de nuestra estructura del Estado, pero, además, es

imprescindible para el fortalecimiento del sistema democrático diseñado en la Constitución. Pero todo ello no será operativa realidad constitucional si quienes llamados al cumplimiento de sus tareas trascendentes renuncian a su función, si es que todos, cada uno desde su ubicación, no damos esmeroso cumplimiento al texto constitucional y a lo que impone el mínimo deber. Por ello, ya no con perplejidad o estupor, sino con verdadera preocupación, vemos como instituciones llamadas a ser las primeras en la defensa de la Constitución claudican en su tarea, demostrando quienes la integran carencia de la necesaria perspectiva histórica, contribuyendo, de paso, muy poco a nuestra tradición democrática y a forjar el respeto que tales instituciones merecen.

CIA. NACIONAL DE CERVEZA S. A.

FABRICANTE DE



¡LA CERVEZA MAS CERVEZA!