



## **Ideas para una Corte Constitucional como garante de derechos fundamentales**

### **La Corte Constitucional, status, legitimidad y Corte de Precedente**

**Autor: Diego Núñez Santamaría<sup>1</sup>**

**Equipo Jurídico INREDH**

#### **Presentación**

Para constituir un Estado Constitucional no basta la simple enunciación formal de un artículo de la Constitución<sup>2</sup>. En la construcción de una nueva figura jurídico-política, el trabajo de una Corte Constitucional, es en realidad, la piedra angular. El constitucionalismo latinoamericano ha evolucionado hasta formar órganos de control constitucional cada vez más garantistas de derechos fundamentales.

Ahora nos queda la pregunta: ¿ha contribuido la actual Corte Constitucional ecuatoriana a la formación de un auténtico Estado Constitucional? Una duda que nace a partir varios casos que involucran temas de criminalización a Defensores de Derechos Humanos y la naturaleza, donde la Corte constitucional ha dilatado su solución, ha inadmitido las acciones o simplemente se ha abstenido de tratarlas.

Un ejemplo es el de Ligia Raquel Pillaguano Collaguazo, defensora de los derechos humanos criminalizada por la empresa extractiva ADELCA, que en el 2008 recibió la amnistía de la Asamblea Constituyente pero la justicia no la acató, por lo que presentó una acción de incumplimiento 0085-09-AN en la Corte Constitucional para solicitar el archivo de los procesos en su contra como manda la Amnistía, sin tener un pronunciamiento aún.

---

<sup>1</sup> Diego Núñez es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y candidato a Magister en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>2</sup> Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico... CRE



De igual forma, el caso de los 7 campesinos criminalizados de Nabón, Azuay quienes fueron acusados por la empresa minera EXPLOSUR de propiedad de la familia El Juri, y quienes recibieron la amnistía de la Asamblea Constituyente, pero igualmente la justicia de Azuay no la acató, por lo que presentaron una Acción de Incumplimiento en la Corte Constitucional, pero esta inadmitió la acción, por lo que fueron condenados a 8 años de prisión. Ventajosamente la Asamblea Nacional nuevamente les otorgó la Amnistía definitiva.

Otro ejemplo, es la muerte del joven Segundo Francisco Loor Intriago durante los reclamos contra la contaminación producida en la Plataforma Tres del Campo Tigüino, en Orellana, donde estaban involucrados varios miembros de las Fuerzas Armadas. El juez penal archivó el caso y no continuó con la investigación, por lo que su padre presentó una Acción Extraordinaria de Protección 0776-09-EP en la Corte en el que se cuestiona la declaratoria de extinción de la acción penal de la investigación del asesinato; caso que lleva ya casi tres años sin resolución.

Frente a esta disyuntiva de lo que una Corte Constitucional debería ser, proponemos en este boletín unas ideas sobre cuál debería ser la configuración del órgano más trascendente en un Estado Constitucional.

### **Contenidos:**

- Descripción de los Status de los Tribunales Constitucionales
- Compatibilidad de los Status
- Legitimidad de los Tribunales Constitucionales

### **Introducción**

Es un hecho, el control constitucional ha abarcado el continente americano. En nuestra región podemos encontrar ejemplos como el colombiano, en donde la Corte Constitucional ha llegado a tener gran trascendencia en la defensa de derechos



fundamentales en su país<sup>3</sup>. Por su lado, Costa Rica, en su Sala IV de la Corte Suprema, se ha erigido un órgano eficiente en el control del poder político<sup>4</sup>. En el Perú, el Tribunal Constitucional ha encontrado apreciación en la población por su trabajo de consolidación para el regreso a la democracia<sup>5</sup>. En Ecuador, aunque con menos vehemencia, se ha ido consolidando una Corte Constitucional con la cualidad de ser la máxima autoridad en interpretar la Constitución<sup>6</sup>. Con cada uno de estos ejemplos encontramos el importante lugar que ocupa el órgano de control constitucional. Su status puede ser diverso, pero en este presente estudio, pretendo encontrar cuál es la función que debería predominar, y por lo tanto cuál debería ser su status. Tal vez una guía pueda ser su legitimidad.

### **Sobre los Status de los Tribunales Constitucionales**

El status de los Tribunales Constitucionales ha sido ampliamente discutido en la dogmática jurídica y sin duda ha cambiado en el decurso del tiempo y de la filosofía del Derecho. Para una primera visión, necesariamente debemos buscar un acercamiento con el creador del Tribunal Constitucional como hoy lo conocemos.

---

<sup>3</sup> El activismo que la Corte Constitucional colombiana desarrolla es constante, un ejemplo es el caso de los privados de la libertad, que frente a numerosas tutelas, la Corte Constitucional resolvió que se trataba de una situación general de “estado de cosas inconstitucional” en las cárceles y exhortó al gobierno que en un periodo de tiempo cese el hacinamiento carcelario, en Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 4, n°6. 2007. página 57.

<sup>4</sup> Cfr. WILSON, Bruce. *The Best Laid Schemes...Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America- Evidence form Costa Rica*. En *Journal of Latin American Studies*. 2004. Páginas 517 y 518.

<sup>5</sup> Cfr. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Tribunal Constitucional y argumentación Jurídica*. Palestra Editores. Lima. 2010. Página 62.

<sup>6</sup> Aunque la primera aparición de un órgano de control constitucional fue en la Constitución de 1945, era el Congreso mismo el que aprobaba o desaprobaba la expulsión de normas del ordenamiento jurídico. Cfr. SALGADO PESANTES, Hernán. *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Konrad Adenauer Stiftung. Quito. 1999. Página 15. Pero solo con la reforma 1996 se asumió un verdadero Tribunal Constitucional con la capacidad de legislador negativo, aunque era el Congreso Nacional el único autorizado para interpretar la Constitución. Cfr. SÁNCHEZ, Franco; MERINO, Valeria; GUERRA, Gustavo. *El proceso de reforma judicial en el Derecho Constitucional ecuatoriano*. En Anuario de Derecho Constitucional 1998. Konrad Adenauer Stiftung- CIEDLA. Buenos Aires. 1998. Página 290. Y solo con la Constitución 2008 es que la, ahora, Corte Constitucional se convierte en supremo intérprete de la Constitución. Art. 436.-1.



Hans Kelsen introduce la idea de un Tribunal Constitucional en el esquema de su concepción del Derecho, es decir, que una norma es jurídica únicamente cuando tiene la fuerza para ser ejecutada<sup>7</sup>. Si buscamos encajar esta afirmación dentro de alguna corriente filosófica la encuadraríamos en el Positivismo Teórico. Esta tendencia nos explica cómo entender el Derecho<sup>8</sup>, que sería aquello que se vincula con la fuerza (en su ejercicio y organización), en otras palabras, aquellas normas únicamente producidas por el Estado (legalismo), y que imponen estándares de conducta a los ciudadanos son verdaderas normas jurídicas; éstas son un conjunto ordenado de normas con unidad plena y sin contradicciones (Derecho como sistema). Por su parte, la aplicación de las normas es automática para los operadores jurídicos (principalmente los jueces) a través de la subsunción. De esta última (teoría mecanicista de la interpretación), es que el positivismo teórico rechaza la discrecionalidad del juez. El Derecho como sistema, es tan explícito que no le permite al juez ningún espacio de libertad de decisión.

Antes de Kelsen, la Constitución no se consideraba como norma jurídica vinculante, sino meramente programática; por lo tanto era incapaz de vincular a los poderes estatales y tampoco podía limitar el abuso de la fuerza<sup>9</sup>. Entonces el profesor austríaco, idea la Teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y así una Constitución se torna en una verdadera norma válida y eficaz, a través de su garantía<sup>10</sup>. Es por ello que se requiere de un órgano *ad hoc* que verifique la regularidad de la Constitución. En este primer momento el status del Tribunal Constitucional es el órgano que garantiza la fuerza de la Constitución, requisito *sine qua non*, para considerarla como auténtica norma jurídica.

---

<sup>7</sup> En las palabras de Kelsen: “Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución... Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico... es... eficaz... Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza... Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.” KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Teoría Pura del Derecho. Ediciones Coyoacán S.A. México D.F. 2008. Página 143.

<sup>8</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Positivismo. Fontamara. México. 1999. Páginas 13-15.

<sup>9</sup> Cfr. GASCON ABELLÁN, Marina. La Argumentación en el Derecho. Palestra Editores. Lima. 2003. Página 16.

<sup>10</sup> Cfr. KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 10, Julio-Diciembre, 2008. Páginas 10 y 11.



La experiencia nos enseñó que tras la post-guerra el Derecho (en el que se incluyen las Constituciones) no podía ser avalorativo. Este fue un cambio frente al positivismo metodológico, que consideraba la existencia del Derecho sin importar su valor moral, pues el Derecho era una manifestación social<sup>11</sup>. Su característica partía de la neutralidad. El Derecho se lo describía como un hecho, no como un valor. En última instancia lo que lo definía no era su contenido sino la forma en la que era creado. Así, el gran cambio se da al incluir catálogos de derechos que incorporarían conceptos valorativos para la orientación de los fines del Estado<sup>12</sup>. Esto fue algo que Kelsen jamás había aceptado en su concepto de Constitución por la gran indeterminación que estos valores contienen<sup>13</sup>.

Así, se han construido Constituciones rematerializadas<sup>14</sup>, que gozan de garantías jurisdiccionales, al concebir a los derechos como normas supremas. Estos deben ser observados en toda aplicación del Derecho<sup>15</sup> y ello implica, que los derechos fundamentales se expanden e irradian todo el sistema jurídico<sup>16</sup>.

Con estas apreciaciones podemos afirmar que los órganos de control constitucional también tienen un status material como “protector de derechos fundamentales”, señalados en los principios sustanciales de las Constituciones. Pues su trabajo también sería la

---

<sup>11</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Óp. cit. Páginas 11-13.

<sup>12</sup> Cfr. ARAGÓN, Manuel. *Control y Concepto de Constitución*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, N° 19, Enero-Abril. 1987. Página 50.

<sup>13</sup> Kelsen escribe: “...la misma Constitución se refiere a estos principios invocando los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., sin precisar, absolutamente lo que es necesario entender con ello... estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso... La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población...” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Óp. cit. página 35.

<sup>14</sup> Constitución material es la que “presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices)...que es decirle al poder... como ha de organizarse y...qué es lo que ...debe decidir.” PRIETO SANCHÍS, Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En CARBONELL, Miguel (Ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Página 213.

<sup>15</sup> Cfr. Ídem. Página 213-216.

<sup>16</sup> Cfr. Ídem. Página 216.



defensa de los derechos fundamentales<sup>17</sup>, o incluso la reivindicación de derechos inherentes a la dignidad humana, no previstos en textos normativos<sup>18</sup>.

Ahora bien, si atendemos a los debates entre constitucionalismo y democracia, los órganos de control constitucional se han considerado como paradojas a la democracia<sup>19</sup>, puesto que señalan límites a la voluntad democrática. Esta relación de contradicción podría no ser cierta, más bien intentaré defender la posición de que el status de los Tribunales Constitucionales es, también, de garante de la democracia.

Primero, veamos la posición que asumen quienes apoyan a la democracia como derrotero. Su argumento se funda en que la participación es el derecho de los derechos<sup>20</sup>. Es decir que para encontrar cuáles son los contenidos de los derechos (o valores) se sigue un principio de autoridad basado en el mayoritarismo participativo; pues éste tiene mayor legitimidad frente a otras formas de decisión que excluyen a la mayoría o que son encargadas a élites<sup>21</sup>. También, debemos tomar en cuenta que entre los debates epistemológicos no existen acuerdos en cómo encontrar verdades morales, por lo tanto la mejor respuesta se acercará a través del principio de autoridad participativa<sup>22</sup>.

Por su parte, quienes defienden el constitucionalismo asumen la necesidad de una restricción necesaria frente a la voluntad de las mayorías. Así por ejemplo Kelsen defiende el control constitucional como una forma de protección para las minorías

<sup>17</sup> Cfr. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Óp. cit. Página 62.

<sup>18</sup> Es el caso de las cláusulas abiertas sobre derechos humanos que deberán ser justificadas por los Tribunales Constitucionales en su uso. Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan R. *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno*. En [http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43\\_92.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43_92.pdf) página 30. última visita 24 de noviembre de 2011.

<sup>19</sup> Se le atribuye a Richard Wollheim, este concepto en un ensayo publicado en 1962 bajo el título "A Paradox in the Theory of Democracy".

<sup>20</sup> Como lo afirma Waldron: "...las cuestiones de derecho debían ser determinadas por toda la comunidad de portadores de derechos en la sociedad, esto es, por todos aquellos cuyos derechos estuvieran en juego." WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons. Madrid. 2005. página 297.

<sup>21</sup> En los términos de Waldron: "Hay otros principios de autoridad disponibles, tales como la monarquía (un legislador supremo decide), la aristocracia judicial (la decisión última queda asignada a los miembros de una Corte Suprema), o varias formas de regímenes mixtos." Ídem. Página 296.

<sup>22</sup> La frase de Waldron es muy clara: "Incluso entre epistemólogos profesionales no hay ningún tipo de consenso acerca de las sendas que conducen a la verdad moral y que serían necesarias para una defensa que no incurra en petición de principio de procedimientos políticos para aquellos que discrepan, fundamentalmente, acerca de qué reclamos morales son verdaderos y cuáles no." Ídem. Página 302.



parlamentarias, pues estas tendrían la capacidad de objetar las leyes (propuestas por las mayorías) que no se adecuen a los procedimientos y contenidos constitucionales<sup>23</sup>. También Ferrajoli argumenta una relación de límite-complemento del constitucionalismo y democracia; puesto que la Constitución, como límite al poder absoluto, impide que se desconozcan los mecanismos democráticos<sup>24</sup>. Stephen Holmes complementa con el postulado de que la autolimitación es necesaria para que haya una verdadera convivencia pacífica. Por eso él defiende un marco estructural que se ubica fuera del debate democrático, solo así se impediría que la voluntad autoesclavice a la población<sup>25</sup>.

Finalmente, parece razonable ubicar una posición intermedia. La definición que Zagrebelsky hace de democracia parece mostrar una relación simbiótica entre constitucionalismo y libertad de decisión; palabras que valen la pena citar:

La democracia, como la concebimos y deseamos, es, dicho brevemente, el régimen de las posibilidades siempre abiertas. No basándose en certezas definitivas, aquella está siempre dispuesta a corregirse, porque excepto sus presupuestos procedimentales –las deliberaciones populares y parlamentarias- y sustanciales –los derechos de libre, responsable e igual participación política- consagrados en normas intangibles de la

---

<sup>23</sup> En las palabras de Kelsen “Asegurando la confección constitucional de las leyes y, en especial, su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. El dominio de la mayoría no se hace soportable sino cuando es ejercido de manera regular.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Óp. cit. Página 43.

<sup>24</sup> La subordinación de la ley a los principios constitucionales también tienen un efecto en la democracia como límite y complemento: “Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que –como la experiencia enseña- podrían de otro modo arrollar junto con los derechos, al propio método democrático.” Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Página 19.

<sup>25</sup> Stephen Holmes utiliza una revisión histórica para su defensa y concluye: “Aquí tal vez se encuentre una ‘solución’ a la paradoja de la democracia constitucional. Para conservar la voluntariedad, se debe restringir la propia voluntariedad... El compromiso previo es moralmente permisible, siempre que refuerce la prohibición de la autoesclavización... la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava.” HOLMES, Stephen. *El precompromiso y la paradoja de la democracia*. En ELSTER J. y SLAGSTAD R. (comp.) *Constitucionalismo y Democracia*. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 1999. página 260.



Constitución, hoy garantizadas por tribunales constitucionales, todo lo demás puede siempre ser nuevamente sometido a discusión.<sup>26</sup>

Parecería ser entonces que la democracia queda garantizada a través de la defensa constitucional. Así podríamos decir que el status del Tribunal Constitucional, también es de ser garante de la democracia.

Por otro lado, también tiene el status de ser el Juez de la Constitución, esto tiene tres implicaciones: ser el intérprete de la Constitución, correlativamente señalar precedentes (fijar líneas de interpretación constitucional) y la capacidad de dirimir conflictos de competencia.

En cuanto a la primera, se dice que los Tribunales Constitucionales son los supremos intérpretes de la Constitución<sup>27</sup>. Aquí debemos entender la importancia de la labor de los jueces, pues existe una relación necesaria entre ellos y las normas abstractas. Sin la actividad judicial una norma es simplemente un enunciado abstracto, su realidad y eficacia se garantiza en la interpretación y aplicación en un proceso judicial<sup>28</sup>.

Entonces, el Tribunal Constitucional tiene esta obligación de interpretar la Constitución, de convertir a la realidad las aspiraciones en ella señaladas, de hacer de la Carta Fundamental un elemento vivo<sup>29</sup> e incluso de invocar nuevos derechos inherentes a la dignidad humana (mediante las cláusulas abiertas de derechos). Así lo han consentido algunas países mediante sus Constituciones, en las que han autorizado a los Tribunales Constitucionales para ser los únicos capaces de desarrollar los contenidos constitucionales. Más aún cuando evidenciamos que los enunciados constitucionales

---

<sup>26</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Editorial Trotta. Madrid. 2010. Página 128.

<sup>27</sup> Cfr. ARAGÓN, Manuel. Óp. cit. página 33.

<sup>28</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. ARA Editores. Lima. 2008. Página 27.

<sup>29</sup> "Por todo ello, representa un mandato para este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la **letra viva** que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro." Exp. 02005-2009-AA FJ. 29. Tribunal Constitucional del Perú.



están inundados de términos con vaguedad semántica y valores abstractos, pues en estos casos es absolutamente necesaria la interpretación constitucional<sup>30</sup>.

La segunda implicación es una consecuencia necesaria de la primera. La interpretación constitucional deberá ser seguida por todos los operadores del ordenamiento jurídico. Pero se debe tomar al precedente como una forma de transportar a la realidad la fuerza normativa de la Constitución. Es entonces, una producción del razonamiento práctico que incorpora una norma al Derecho objetivo, para que sea seguido sucesivamente<sup>31</sup>. Y será vinculante por la jerarquía de los Tribunales Constitucionales. En los países latinoamericanos se ha configurado el precedente constitucional de distintas maneras. Así por ejemplo Perú<sup>32</sup> y Ecuador<sup>33</sup> han establecido que el propio Tribunal Constitucional señala cuál es el precedente vinculante y su efecto normativo; casi como legislar una regla. Mientras que en Colombia se ha establecido, asemejándose más al modelo anglosajón, que es el juez sucesivo el que configura el precedente dentro del razonamiento jurídico de la sentencia<sup>34</sup>.

De todas formas la virtud del precedente es que no deviene de una mera imaginación abstracta, sino que es consecuencia de un razonamiento práctico a partir de circunstancias fácticas concretas. Pues como ya nos explicó Hart, es una característica

---

<sup>30</sup> Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Constitucionalismo y Democracia*. En *Isonomía* N° 21. Octubre 2004. Página 61.

<sup>31</sup> El precedente en el common law es vinculante por "...su capacidad de crear Derecho objetivo pro futuro a partir del análisis de las circunstancias fácticas del caso concreto que conoce." Cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú*. En CARPIO, E; y GRÁNDEZ, P. (cords.) *Estudios al precedente constitucional*. Palestra Editores. Lima. 2007. Página 69.

<sup>32</sup> Artículo VII.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Código Procesal Constitucional.

<sup>33</sup> 2. La sentencia es el género que abarca varios contenidos de acuerdo a las competencias de la Corte; mientras que el precedente es la parte en la que se establece el pensamiento judicial argumentadamente construido. En la sentencia, el precedente se encuentra identificado con un acápite específico (Precedente: reglas y efectos). Esto quiere decir que lo incluido en la fundamentación obliga, respecto de las reglas y efectos del precedentes. Resolución Administrativa N° 0004-10-AD-CC

<sup>34</sup> En el caso colombiano Carlos Bernal Pulido muestra como se ha desarrollado la identificación de la *ratio decidendi*: "...la Corte indicó, en la sentencia SU-047 de 1999, que no es el propio juez o tribunal que ha proferido el fallo el llamado a determinar cuál es la *ratio decidendi* de una sentencia. Antes bien, la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente." BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Página 179.



del ser humano (y por lo tanto del legislador) que haya dificultad en expresarse sin ambigüedades y de forma abstracta (por adelantado) por dos motivos, porque no se pueden conocer todos los hechos por anticipado y porque tampoco se pueden conocer todos los propósitos con anterioridad<sup>35</sup>. Los precedentes podrán no ser perfectos, pues siempre podrá existir una excepción no prevista a la regla, pero por lo menos su origen ya parte desde cuestiones fácticas reales.

Es verdad que el precedente tiene su origen en un sistema distinto (*common law*<sup>36</sup>) en el que el ordenamiento jurídico está fundamentado en las bases del principio *stare decisis*<sup>37</sup>; en el que todos están obligados a seguir los precedentes<sup>38</sup>. La forma en la que se ha trasplantado esta institución ha sido diversa en América Latina, y en ciertos puntos incluso se la ha llegado a tergiversar y a utilizarlo igual que las reglas generales (y abstractas). Sin embargo debemos entender el funcionamiento de una Corte de Precedentes. Para ello Michele Taruffo nos brinda una muy buena descripción de las Cortes anglosajonas. Estos organismos, *House of Lords* en Inglaterra y *Supreme Court* en Estados Unidos, tienen el deber de verificar la legitimidad (en el caso norteamericano es de constitucionalidad) de las decisiones judiciales impugnadas, pero no resuelven con atención al caso específico; a propósito del caso concreto encuentran la forma de definir la interpretación para casos futuros, estableciendo un criterio que los jueces deberán seguir en casos iguales<sup>39</sup>. El precedente es entonces la herramienta para el fin principal de uniformizar la jurisprudencia. Esta función está principalmente garantizada por el amplio margen de discrecionalidad que las Cortes tienen para escoger un caso para resolución, el tamiz se realiza a través del *writ of certiorari*<sup>40</sup>. Este instrumento les permite no motivar si deciden no conocer el caso, porque se considera que el precedente existe sobre el tema sigue siendo válido; y solo lo aceptarán si: quieren solucionar una cuestión

<sup>35</sup> Cfr. HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963. Página 160.

<sup>36</sup> Por *Common Law* se entiende el sistema jurídico anglosajón.

<sup>37</sup> *Stare decisis*, es una frase en latín que quiere decir mantener las cosas ya decididas.

<sup>38</sup> Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. Óp. cit. página 14. O también Cfr. LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1981. Página 1435.

<sup>39</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *Las Funciones de las Cortes Supremas*. En *La prueba, artículos y conferencias*, Monografías jurídicas universitarias. Metropolitana. Santiago de Chile. 2008. Página 207.

<sup>40</sup> *Writ of certiorari* que en latín puede significar ser informado, y es el nombre del recurso para que la Corte Suprema de Estados Unidos conozca la revisión de un caso.



novedosa de derecho, resolver conflictos de opiniones jurídicas en judicaturas inferiores y cuando crean que es necesario cambiar de posición sobre un criterio jurídico (*overruling*)<sup>41</sup>. La consecuencia de estas características es que las Cortes resuelven pocos casos y hasta se considera que la uniformidad de la jurisprudencia es inversamente proporcional al número de precedentes emitidos; pues con pocos precedentes es coherente y fácil seguir las líneas jurisprudenciales<sup>42</sup>. Claro que la uniformidad es correlativa a que las judicaturas inferiores sigan eficazmente los precedentes.

El Perú parece haber configurado a su Tribunal Constitucional como una Corte de Precedente. Así lo señaló en el expediente 3741-2004-AA en el que se señalaron los casos en los cuales es necesario establecer un precedente: la divergencia de interpretaciones constitucionales, que los operadores vengán utilizando una interpretación errónea de una norma constitucional, que se constate que existe una norma manifiestamente inconstitucional con efectos generales y cuando se evidencia la necesidad de un cambio de precedente<sup>43</sup>.

La tercera implicación se refiere a la potestad de los Tribunales Constitucionales para dilucidar conflictos de competencia. Será saludable para todo Estado Constitucional, en el que existe distribución constitucional de competencias, un mecanismo para judicializar los conflictos de competencia de forma que se garantice la separación de poderes, en donde el Tribunal Constitucional será el juez natural de las competencias de los poderes públicos<sup>44</sup>.

Finalmente, García Pelayo nos muestra que los Tribunales Constitucionales tienen una doble posición en un Estado, son a la vez órganos constitucionales y tribunales de justicia *sui generis*<sup>45</sup>. Así en su calidad de órgano constitucional recibe directamente de la

---

<sup>41</sup> Cfr. Ídem. Página 209.

<sup>42</sup> Cfr. Ídem. Página 210.

<sup>43</sup> Cfr. Exp. 3741-2004-AA Fundamento jurídico 41.

<sup>44</sup> Cfr. GARCÍA ROCA, Javier. *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. Página 20.

<sup>45</sup> Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. *El "status" del Tribunal Constitucional*. En Revista Española de Derecho Constitucional N°1, Enero-Abril, 1981. Página 12.



voluntad Constituyente una jerarquía fundamental<sup>46</sup> al ser vértice de la estructura estatal<sup>47</sup>; y, como Tribunal se le confiere la importante función de precautelar el Estado de Derecho y asegurar la distribución de poderes constitucionales<sup>48</sup>.

Cada uno de los status que hemos mencionado pueden ser co-dependientes o contradictorios. Hay que revisar cuáles son compatibles o caso contrario cuáles deberían replantearse. Análisis que haremos a continuación.

### **Compatibilidad de Status**

Probablemente las Constituciones que se han adoptado en América Latina puedan ser un poco utópicas. Así lo ha calificado Linn Hammergren, al decir que podrían ser exageradas las aspiraciones constitucionales<sup>49</sup>. A los Tribunales Constitucionales y a los Poderes Judiciales, se les ha encargado esta misión, no imposible pero bastante compleja, de concretizar los postulados constitucionales. Para llegar a un objetivo realista tal vez sea necesario, en un primer punto, determinar qué en realidad está en las manos de los Tribunales Constitucionales que puedan efectuar. Tarea harto complicada. Pero si revisamos los status que hemos mencionado arriba, tal vez una pista podemos encontrar.

En cuanto al status del Tribunal Constitucional como garantía de su eficacia normativa, es una cualidad que estará presente en todas las demás cualidades. Pues será necesario que la Constitución sea efectivamente una norma vinculante para que pueda realizar cualquier función. Claro que junto a esta función deberá acompañar la capacidad de disponer de la

---

<sup>46</sup> Ídem. Páginas 13 y 14.

<sup>47</sup> Como en algún momento lo fue la Corte de Casación como vértice de la pirámide judicial. Cfr. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Palestra Editores. Lima. 2005. Página 92.

<sup>48</sup> Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. Óp. cit. página 15.

<sup>49</sup> Así observa Linn Hammergren cuando menciona: “*Como apuntan los observadores (Wilson et al 2005), las ambiciosas nuevas constituciones (y muchas otras leyes promulgadas con el mismo espíritu) han ubicado a la región en una situación de tener que implementar compromisos de países desarrollados con presupuestos de países en vía de desarrollo, y así han puesto en jaque a los poderes judiciales de encontrar el equilibrio en este desbalance.*” (traducción no oficial del Inglés) HAMMERGREN, Linn. *Judicial Reform Twenty-Five Years Later: Emerging Challenges to the Presumed Model*. En <http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/HammergrenLinn.pdf> página 14.



fuerza pública para el cumplimiento de ciertos mandatos constitucionales. De igual forma es un status constante el hecho de que los Tribunales Constitucionales son órganos constitucionales y tribunales judiciales *sui generis*. Aunque este último lo describiremos más adelante.

Ahora bien, en la calidad de garante de los derechos fundamentales sí encontramos un problema estructural. Debemos primero configurar cómo se quiere llegar a este cometido. Una primera forma de hacerlo será a través de la resolución de cada caso concreto en el que se hayan infringido derechos fundamentales. El interés está en la reparación de cada caso situación en particular en favor del litigante, o lo que se entiende como *ius litigatoris*<sup>50</sup>. Pero esta aspiración sin duda es casi imposible. Basta ver el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que se consideró una gran victoria el hecho de que las personas puedan acceder directamente a un tribunal internacional para reclamar la reparación de sus derechos fundamentales. Por eso se eliminó la figura de la Comisión<sup>51</sup>. Pero la gran demanda por justicia ha sobrecargado al Tribunal<sup>52</sup>, y por ello se hizo una reforma al Convenio de Roma a través del Protocolo 14 y 14 bis, en los que se eleva la discrecionalidad de un solo juez para declarar la admisión (o denegación) a trámite de una demanda para alivianar la carga del Tribunal.

Ahora, si trasladamos esta realidad a los Tribunales Constitucionales nos daremos cuenta que es casi imposible reparar cada uno de los derechos fundamentales lesionados, además que esto causaría una sobrecarga insostenible de trabajo para que lo lleve un órgano centralizado y con pocos miembros<sup>53</sup>. También hay que considerar que el Tribunal Constitucional normalmente funciona en la capital del país, y esto, sumado al alto

---

<sup>50</sup> Cfr. HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. 1994. Página 131.

<sup>51</sup> Figura que todavía funciona en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos <http://www.cidh.org/que.htm> última visita 27 de noviembre de 2011.

<sup>52</sup> Ver en <http://www.igadi.org/index.html> última visita 27 de noviembre de 2011.

<sup>53</sup> En Ecuador son 9 magistrados, en el Perú son 7.



nivel de argumentación que requiere un abogado bien preparado para un proceso constitucional, causa una limitación grave al servicio público de acceso a la justicia<sup>54</sup>.

No estoy argumentando que no sea importante esta función, al contrario es la principal para que exista un verdadero Estado Constitucional. Pero los Tribunales Constitucionales, de forma realista, no tienen la capacidad de ejecutar esta función.

Así llegamos a la segunda forma de proteger derechos fundamentales, que se desarrollaría a través de los precedentes constitucionales. En este sentido los órganos centralizados de control constitucional si tienen la capacidad de fijar criterios jurisprudenciales que señalen la mejor forma de interpretar el ordenamiento jurídico en defensa de derechos fundamentales. Pero esto conlleva a que exista una relación de colaboración entre Tribunales Constitucionales y juzgados ordinarios. Pues son estos últimos, quienes están ubicados en todo el territorio, los que deben ejecutar los precedentes constitucionales y cumplir con el ideal de defensa de derechos fundamentales (justicia como servicio público).

Esta forma de proteger derechos fundamentales conjuga dos status mencionados en páginas anteriores.

Así los Tribunales Constitucionales serán garantes de los derechos fundamentales solo si ejercen su status de Jueces de la Constitución, a través de la uniformización de la jurisprudencia por medio de los precedentes constitucionales; es decir solo si se configuran como Cortes de Precedentes.

De la misma forma ocurrirá con el status de garantista de la democracia. Para que haya un verdadero debate democrático, será mejor que la mayoría de la población tenga las mismas posibilidades de acceso a la información y de ejercicio de sus derechos

---

<sup>54</sup> Así por ejemplo menciona el PNUD respecto al excesivo costo de los procesos para defender derechos “*El abandono –aun voluntario- de una pretensión jurídica necesaria por motivo de su costo implica una denegación de justicia por parte del Estado.*” PNUD. Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. 2005. Página 17.



políticos<sup>55</sup>. Pues para que haya una verdadera igualdad política se deben garantizar los derechos de aquellos grupos vulnerables<sup>56</sup>. Entonces aquí tendremos una conjunción de tres status mencionados, como garantista de la democracia debe ser defensor de derechos fundamentales y a su vez debe actuar como Juez de la Constitución (por medio de precedentes). Esto en lo relacionado a la parte sustancial de los procesos democráticos.

En cuanto a observador de la fase procedimental de la democracia, los Tribunales Constitucionales tienen el deber de vigilar que las competencias de los órganos constitucionales sean ejercidas regularmente, lo que se complementa con la dimensión competencial del status Juez de la Constitución. Incluso, se han señalado posiciones extremas en que el juez tiene la capacidad activa para fomentar la deliberación democrática, hasta con la capacidad de obligar a los sujetos políticos a un verdadero debate<sup>57</sup>. Estas dos funciones democráticas son eficazmente posibles a través del status Juez de la Constitución.

Ahora sobre el status de juez constitucional, ya hemos mencionado que se conjuga con las calidades garantista de derechos y de la democracia. Y para ello, es mi opinión, la única manera que realice todas estas funciones es si se constituye como una auténtica Corte de Precedentes. En este sentido no comparto la afirmación de que los Tribunales

---

<sup>55</sup> Como explica Javier Dorado en cuanto a la crítica al liberalismo clásico que proclamaba la igual libertad en un destinatario de derechos del hombre sin atributos: “...no era tan abstracto como se decía... la libertad positiva en su dimensión política... supone el derecho de los individuos a participar en la toma de decisiones de la comunidad política... el destinatario de ese derecho... no es el hombre abstracto sino el hombre concreto, el hombre situado y dibujado con sus condicionamientos físicos, sociales y culturales. En ese retrato, quien aparece, no es el hombre abstracto, sino el ciudadano, varón y burgués.” Cfr. DORADO PORRAS, Javier. *Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo*. En ANSUÁTEGUI F. J. y otros (eds.) *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*. Dykinson. Madrid. 2005. Página 71.

<sup>56</sup> Cfr. PNUD. *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia*. Óp. cit. página 19.

<sup>57</sup> Así lo señala Gargarella: “Como consecuencia de su posición institucional y de los medios con los que cuentan, los jueces tienen grandes probabilidades de favorecer el buen funcionamiento del proceso deliberativo... Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en manos del último.” GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derecho Sociales*. En *Perfiles Latinoamericanos*, julio-diciembre. N° 028. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. México D.F. 2006. Páginas 21 y 22.



Constitucionales deben actuar como Cortes de Casación frente a las decisiones judiciales<sup>58</sup>, pues tenderían a replicar los vicios de la casación. La casación se ha desarrollado en la actualidad, no como una forma objetiva de uniformizar la jurisprudencia, sino como una tercera instancia que debe revisar la legalidad de cada caso concreto<sup>59</sup>. De esta manera los Tribunales Constitucionales no deben contagiarse de la saturación de casos y de la incoherencia en los criterios que esta degeneración procesal ha contribuido<sup>60</sup>.

Ahora bien, la consolidación como una Corte de Precedentes inicia con la vinculación que tienen los jueces sucesivos para seguir al precedente. Si esto no es efectivo los precedentes no servirán de nada. Entonces nuestras judicaturas, de origen romano germánico, deberán descartar aquella cultura jurídica en la que consideran que la ley es la única fuente del Derecho<sup>61</sup>, en algunos países incluso aún superior a la Constitución. Lo siguiente será la forma de configurar el precedente. Como ya hemos señalado en países como Ecuador y Perú se tergiversó el uso del precedente, al haber determinado que el juez constitucional deba ser el encargado de señalar el alcance y efecto normativo del precedente. Pues con esta técnica se desnaturaliza al precedente y se permite el espacio para los errores. Como es el caso de usar al precedente como una forma libre del juez para legislar, en ciertos casos sin ni siquiera atender a las circunstancias del caso concreto del que nace el precedente; o incluso de señalar como precedente una parte de la sentencia que no es la *ratio decidendi*<sup>62</sup>. Tengo la impresión de que Perú y Ecuador

---

<sup>58</sup> Así por ejemplo lo señalan FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 1993. Páginas 39-41. También CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. *Hábeas Corpus, Normativa y aspectos procesales*. En CASTAÑEDA, Susana (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II. Jurista Editores. Lima. 2004. Página 598.

<sup>59</sup> Cfr. TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo*. Óp. cit. página 223.

<sup>60</sup> Incluso Taruffo, refiriéndose a la casación franco-italiana, llega a decir que: “*Más bien se habla de jurisprudencia para aludir –precisamente- a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual – como acontece en los shopping malls- cada uno, antes o después y con un poco de paciencia, encuentra todo aquello le sirve (y también su contrario).*” Cfr. TARUFFO, Michele. *Las Funciones de las Cortes Supremas*. Óp. cit. página 221.

<sup>61</sup> Una gran influencia de la cultura jurídica italiana fue la Escuela Exegética de origen francés, que utilizaba la técnica de comentar artículo por artículo del Código Napoleónico estableciendo un método de interpretación llamado el exegético. Cfr. TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. 1988. Página 44.

<sup>62</sup> Razón de la decisión



configuraron al precedente de esta manera por la desconfianza a que los jueces ordinarios no sepan cómo utilizarlo o incluso lo lleguen a desnaturalizar. Otra vez se repite esta desconfianza a los jueces, pues Kelsen ya lo vio de esta manera y por eso no confió en el Poder Judicial la capacidad de expulsar normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico<sup>63</sup> sino que lo encargó a un órgano *ad hoc*<sup>64</sup>. Es mi parecer, que si en verdad queremos que funcione una Corte de Precedentes debemos confiar que nuestros jueces algún día sabrán utilizar con sabiduría al precedente; como dijo el defensor del sufragio universal Louis Blanc en 1848:

El sufragio universal está viciado en su aplicación mientras una vasta reforma social no acabe con los azotes de la ignorancia y de la miseria. Y sin embargo, ¡Dios nos guarde de pedir el aplazamiento del sufragio universal! (...) El sufragio universal tiene que ser asimilado, pues es propio de esta institución perfeccionarse a medida que el pueblo se instruye, que su inteligencia se educa y que su vida política se desarrolla.<sup>65</sup>

También, para completar una verdadera Corte de Precedentes se necesita un amplio margen de discrecionalidad para elegir los casos a revisión. Podría entonces implementarse un *writ of certiorari*<sup>66</sup> para elegir únicamente los casos que sean relevantes para dirigir el Derecho objetivo<sup>67</sup>. Entonces los Tribunales Constitucionales ya

---

<sup>63</sup> Capelletti nos advierte también de esta desconfianza judicial: “... esta mediocridad social y profesional de los jueces (civiles) continentales ordinarios iba a convertirse en una de las razones por la que no servirían para afrontar el desafío de la revisión judicial de los actos legislativos y administrativos.” CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional*. Traducción de P. de Luis Durán. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6, No. 17, Mayo-Agosto, 1986. Cita 28 página 23.

<sup>64</sup> Kelsen afirmaba: “...el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga –por la independencia de sus miembros– la organización de tribunal.” KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. Óp. cit. página 24.

<sup>65</sup> Citado en DORADO PORRAS, Javier. *Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo*. Óp. cit. página 72.

<sup>66</sup> *Writ of certiorari* que en latín puede significar ser informado, sería el recurso para que la Corte Constitucional considere si debe aceptar o no el caso.

<sup>67</sup> La misma opinión pero en un plano reducido a la residualidad del amparo para cuestiones objetivo sustanciales en RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano*. En *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. N.º2, Año 1. Agosto-Diciembre. Lima. 2005. Página 130.



no resolverían amparos, ni hábeas corpus, ni hábeas datas, ni acciones de incumplimiento, ni los demás procesos constitucionales que les han encargado, sino que solo escogerán aquellos que sean relevantes para que la justicia ordinaria los ejecute.

Por último, se deberá tener conciencia de que el uso del precedente se da para cuando sea estrictamente necesario. Como Taruffo mencionó, “*la uniformidad de la jurisprudencia es inversamente proporcional al número de precedentes emitidos*”<sup>68</sup>. Ahora bien, debemos ser realistas, en nuestros sistemas, de origen romano germánico, no existe una cultura por seguir los precedentes. Esto implicará que en un inicio se dicten varios precedentes que sentarán las bases del ordenamiento para que funcione el precedente y que luego solo se dicten cuando para regular una cuestión novedosa, para solucionar conflictos de interpretación o cambiar criterios jurisprudenciales.

He argumentado que el status más completo es el de ser Juez de la Constitución en la forma de una Corte de Precedentes. Incluso, que el status de garante de los derechos fundamentales en cada caso concreto se lo debería descartar. Finalmente el status a elegir, como el más indicado para los países latinoamericanos, se debe a la legitimidad. Cuestión que analizaremos a continuación.

### **Legitimidad de los Tribunales Constitucionales**

Algunos autores afirman que la legitimidad de los Tribunales Constitucionales se encuentra en su modo de elección: al ser elegidos por autoridades que gozan de representación popular obtendrían una legitimidad democrática indirecta<sup>69</sup>. Esto podría ser positivo, si se le suma la opción de las renovaciones parciales de los jueces constitucionales, puesto que esta característica ayuda a fomentar la sintonía del Supremo Intérprete de la Constitución con las mayorías democráticas<sup>70</sup>. Claro que esta sería la legitimación más conveniente si la confianza popular fuese óptima a favor de los

---

<sup>68</sup> TARUFFO, Michele. *Las Funciones de las Cortes Supremas*. Loc cit. Página 210.

<sup>69</sup> Cfr. RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Modelo Americano y Modelo Europeo de Justicia Constitucional*. En *Doxa* N° 23. 2000. Página 156.

<sup>70</sup> Cfr. Ídem. página 157.



Parlamentos de los distintos países. Pero la realidad iberoamericana<sup>71</sup> es otra. Estudios realizados en 21 países iberoamericanos nos muestra que la confianza en la Función Legislativa y en los partidos políticos es ínfima<sup>72</sup>. Por lo que debemos pasar a otra fuente de legitimidad.

La frase de Bernal Pulido nos puede revelar otra perspectiva: “*Un poder que se ejerce irracionalmente es de plano ilegítimo.*”<sup>73</sup> Consecuentemente, la legitimidad de una institución se encuentra en el uso de la razón en su funcionamiento. Podría ser más acertado enfocar la legitimidad en la actuación del órgano de control constitucional. Entonces su bastión de legitimidad está en sus sentencias y en su motivación<sup>74</sup> que sepan comunicar y persuadir a la población<sup>75</sup>.

Ahora bien, que sepan usar razonablemente su poder no es lo único, sino que lo hagan al momento de: equilibrar la democracia y garantizar derechos fundamentales.

Sobre el equilibrio de la democracia encontramos varios ejemplos en Iberoamérica que han sido bien recibidos por la población y se han traducido en legitimidad en su actuación.

En Costa Rica, antes de que se cree la Sala IV (Constitucional) el control político era nulo, y por lo tanto no había un verdadero equilibrio entre los Poderes del Estado. Dos eran las principales limitaciones al Poder Judicial como balance de la democracia: (i) necesitaba el voto de las dos terceras partes de los jueces de la Corte Suprema para declarar la

---

<sup>71</sup> Incluye a los países americanos más España y Portugal.

<sup>72</sup> La confianza en el Congreso y los partidos políticos en Ecuador es del 12 %, en Perú del 8 % y en general de América Latina del 22 %. En <http://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/congreso-y-partidos-politicos-presentan-niveles-criticos-de-confianza-en-> última visita 29 de noviembre de 2011.

<sup>73</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. Página 159.

<sup>74</sup> Como dice Ruiz Miguel: “...entre la fantasmagórica independencia absoluta y la sumisión ciega ante una ideología partidista seguramente hay un espacio para una forma de independencia humanamente razonable, basada en el esfuerzo por el rigor, la profundidad y la calidad de las argumentaciones constitucionales...” RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Modelo Americano y Modelo Europeo de Justicia Constitucional*. Óp. cit. página 158..

<sup>75</sup> Atienza propone la existencia de una Argumentación Pragmática: la argumentación es un tipo de actividad social, que a través del lenguaje busca persuadir a un auditorio o interactuar con otro para llegar a un acuerdo sobre algún problema; bajo un esquema de reglas. Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra Editores. Lima. 2004. Página 15.



inconstitucionalidad de una ley lo que implicaba un control casi nulo; y (ii) la cultura jurídica de la supremacía de la ley en la que el juez solo estaba obligado a revisar que se cumpla la literalidad de la ley<sup>76</sup>. Pero tras la creación de la Sala IV el papel del Poder Judicial pasa a ser más activo en el plano político económico, controlando políticas que tendían a reducir el carácter social de la Constitución costarricense; así se ganó el aprecio popular<sup>77</sup>.

En el Perú por su parte, el trabajo del Tribunal Constitucional ha sido fundamental para consolidar un Estado Democrático, tarea aún más difícil si consideramos que cuenta con una Constitución (1993) que fue creada con fines dictatoriales por el ex presidente Fujimori. El Tribunal ha ganado su legitimidad popular al haber actuado activamente<sup>78</sup> para la reinstitucionalidad democrática a través de la interpretación constitucional que extirpaba los vicios de arbitrariedad de la Constitución<sup>79</sup>. Además, que el equilibrio democrático ha fomentado una mayor eficacia en la garantía de derechos fundamentales al haber descartado la arbitrariedad en el poder público.

Ahora en cuanto a la garantía de derechos fundamentales, Häberle nos dice, refiriéndose al Tribunal Constitucional alemán, que este es “*El Tribunal de las esperanzas Ciudadanas*”<sup>80</sup> por su ardua labor en la resolución de amparos. La legitimidad de los Tribunales también está en que la población sienta que sus derechos (o esperanzas en el caso alemán) sean garantizados eficazmente. Aquí podríamos hallar un problema, porque en este trabajo hemos defendido la posición de que los Tribunales Constitucionales se deberían constituir en verdaderas Cortes de Precedentes. Si asumimos esta afirmación,

---

<sup>76</sup> Cfr. WILSON, Bruce. *The Best Laid Schemes...Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America- Evidence form Costa Rica*. Página 516.

<sup>77</sup> Ídem. Páginas 530 y 531.

<sup>78</sup> Frase que se refiere a la actividad más protagónica de los jueces.

<sup>79</sup> Grández nos da cuenta: “...el activismo del Tribunal en los últimos años...nos ha sugerido la tesis de que el propio proceso constituyente, esta vez sí democrático, está todavía abierto en nuestro país... Solo así podría entenderse algunos fallos del Tribunal que por ejemplo ‘enderezan’ cuando no desdican el propio texto de la Constitución forjado y pulido en un contexto de clara negación de derechos y de instauración de una dictadura...” GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Tribunal Constitucional y argumentación Jurídica*. Óp. cit. página 69.

<sup>80</sup> Citando a Peter Häberle en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. *Tribunal Constitucional y argumentación Jurídica*. Óp. cit. página 71.



entonces debemos aceptar que no todas las acciones constitucionales (amparo, tutela, protección, etc.) llegarán a los Tribunales Constitucionales. De esta forma los ciudadanos podrían sentir que sus esperanzas no son escuchadas. Sin embargo esto no debería ocurrir si es que los precedentes se siguen correctamente. Los jueces ordinarios serían los encargados de ejecutar las esperanzas de la población y los Supremos Intérpretes de la Constitución serían los responsables de escuchar esas esperanzas cuando sea necesario. La uniformidad de la jurisprudencia a través de los precedentes no excluye la posibilidad de que los derechos fundamentales sean garantizados eficazmente.

Finalmente podríamos decir que los órganos de control constitucional, configurados como Cortes de Precedentes, pueden asumir ciertamente la vocación de equilibrio democrático y de garantes de los derechos fundamentales; y que por lo tanto pueden gozar de legitimidad popular.

### **Conclusiones**

Las Constituciones Iberoamericanas han establecido distintos status a los órganos de control constitucional. Sin embargo el status fundamental será el de ser Juez de la Constitución. A través de este, puede desempeñar todas sus demás calidades (garante de la democracia y protector de derechos fundamentales). La mejor forma en que se puede configurar el status Juez de la Constitución es a través de una Corte de Precedentes, en la que su trabajo fundamental es señalar los criterios jurisprudenciales que se seguirán en casos futuros. Esta función puede gozar de legitimidad entre los ciudadanos en el momento en que cumpla con la función de equilibrar las fuerzas políticas en favor de la democracia y de que sepa escuchar las esperanzas de la población para su efectiva protección de derechos fundamentales.

### **Bibliografía**

1. ARAGÓN, Manuel. Control y Concepto de Constitución. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 7, N° 19, Enero-Abril. 1987.



2. ATIENZA, Manuel. Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Palestra Editores. Lima. 2004.
3. BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
4. BREWER-CARÍAS, Allan R. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. En [http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43\\_92.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/43_92.pdf)
5. CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional. Traducción de P. de Luis Durán. En Revista Española de Derecho Constitucional. Año 6, No. 17, Mayo-Agosto, 1986.
6. CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. Hábeas Corpus, Normativa y aspectos procesales. En CASTAÑEDA, Susana (coord.) Derecho Procesal Constitucional, Tomo II. Jurista Editores. Lima. 2004.
7. CASTILLO ALVA, José Luis. El precedente judicial y el precedente constitucional. ARA Editores. Lima. 2008.
8. DORADO PORRAS, Javier. Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo. En ANSUÁTEGUI F. J. y otros (eds.) Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo. Dykinson. Madrid. 2005.
9. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En CARBONELL, Miguel (ed.) Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta. Madrid. 2003.
10. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Ensayos sobre el derecho de amparo. UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 1993.
11. GARCÍA PELAYO, Manuel. El "status" del Tribunal Constitucional. En Revista Española de Derecho Constitucional N°1, Enero-Abril, 1981.



12. GARCÍA ROCA, Javier. La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.
13. GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa y Judicialización de los Derecho Sociales. En Perfiles Latinoamericanos, julio-diciembre. N° 028. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. México D.F. 2006.
14. GASCON ABELLÁN, Marina. La Argumentación en el Derecho. Palestra Editores. Lima. 2003.
15. GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. Tribunal Constitucional y argumentación Jurídica. Palestra Editores. Lima. 2010.
16. HAMMERGREN, Linn. Judicial Reform Twenty-Five Years Later: Emerging Challenges to the Presumed Model. En <http://lasa.international.pitt.edu/members/congress-papers/lasa2009/files/HammergrenLinn.pdf>
17. HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963.
18. HITTERS, Juan Carlos. Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. 1994.
19. HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. En ELSTER J. y SLAGSTAD R. (comp.) Constitucionalismo y Democracia. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 1999.
20. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Teoría Pura del Derecho. Ediciones Coyoacán S.A. México D.F. 2008.
21. KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N° 10, Julio-Diciembre, 2008.
22. LÓPEZ GUERRA, Luis. El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis". Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1981.



23. PNUD. Manual de Políticas Públicas para el acceso a la justicia. 2005.
24. PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Positivismo. Fontamara. México. 1999.
25. PRIETO SANCHÍS, Luis. El Constitucionalismo de los Derechos. En CARBONELL, Miguel (Ed.) Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
26. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. El precedente constitucional en el Perú. En CARPIO, E; y GRÁNDEZ, P. (cords.) Estudios al precedente constitucional. Palestra Editores. Lima. 2007.
27. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.º2 del Código Procesal Constitucional peruano. En Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina. N.º2, Año 1. Agosto-Diciembre. Lima. 2005.
28. RUIZ MIGUEL, Alfonso. Modelo Americano y Modelo Europeo de Justicia Constitucional. En Doxa N° 23. 2000.
29. SALGADO PESANTES, Hernán. Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana. Konrad Adenauer Stiftung. Quito. 1999.
30. SÁNCHEZ, Franco; MERINO, Valeria; GUERRA, Gustavo. El proceso de reforma judicial en el Derecho Constitucional ecuatoriano. En Anuario de Derecho Constitucional 1998. Konrad Adenauer Stiftung- CIEDLA. Buenos Aires. 1998.
31. TARELLO, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México. 1988.
32. TARUFFO, Michele. El Vértice Ambiguo. Palestra Editores. Lima. 2005.
33. TARUFFO, Michele. Las Funciones de las Cortes Supremas. En La prueba, artículos y conferencias, Monografías jurídicas universitas. Metropolitana. Santiago de Chile. 2008.



34. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 4, n°6. 2007.
35. WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Marcial Pons. Madrid. 2005.
36. WILSON, Bruce. The Best Laid Schemes...Gang Aft A-gley: Judicial Reform in Latin America-Evidence form Costa Rica. En *Journal of Latin American Studies*. 2004.
37. ZAGREBELSKY, Gustavo. Contra la ética de la verdad. Editorial Trotta. Madrid. 2010.
- 38.