

Las sentencias del Tribunal constitucional peruano. Un estudio a partir de la teoría de los *veto players*

The judgments of the Constitutional Court of Perú.
A study from the theory of *veto players*

Les jugements de la cour constitutionnelle péruvienne.
Une étude basée sur la théorie des *veto players*

Acórdãos do Tribunal Constitucional do Peru.
Um estudo desde a teoria dos *veto players*

Dennis José Almanza Torres¹
orcid.org/0000-0001-6251-3985

Flor Deifilia Zúñiga Maldonado²
orcid.org/0000-0002-2935-1811

-
- 1 Doctor en Derecho por la *Universidade Federal do Paraná* UFPR (Brasil). Pos-doctorando en Derecho en la *Universidade Federal do Paraná* (Brasil). Profesor de Derecho en la Universidad La Salle de Arequipa (Perú). Investigador invitado en la Universidad de Zaragoza (España). Abogado. Contacto: almanzadennis@gmail.com.
 - 2 Maestra en Derecho Procesal por la *Universidade Federal de Paraná* UFPR (Brasil). (Becada por el programa excelencia PRO-EX/CAPES). Investigadora del *Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Comparado* de la UFPR. Abogada. Contacto: florzuniga10@gmail.com.

Como citar este artículo:

Almanza, D., Zúñiga, F. (2017). Las sentencias del tribunal constitucional peruano. Un estudio a partir de la teoría de los veto players. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47 (127), pp. 449-468.

Recibido: 12 de noviembre de 2015
Aprobado: 18 de octubre de 2017

Resumen

Haciendo parte de la estructura de un Estado, siempre existen actores individuales o colectivos que tienen el poder de realizar cambios en las decisiones programáticas impuestas. Estos actores denominados *veto players* o jugadores con veto, pueden estar determinados en la constitución o surgir fuera de ella. En la actualidad, la extrapolación de funciones de algunos poderes dificulta la identificación de los mismos. La controversia aumenta con la inclusión dentro del esquema del poder judicial (PJ) de un órgano jurisdiccional superior, un Tribunal Constitucional (TC) encargado de realizar el control que garantice la vigencia y primacía de la Constitución. Teniendo en consideración la función y la importancia del Tribunal Constitucional en el Estado peruano, así como algunas “controvertidas” sentencias de este organismo, corresponde preguntarse si las potestades que se le han atribuido otorgan a este nuevo elemento la capacidad suficiente para implementar o alterar la estabilidad decisoria del sistema político, es decir, si con estos poderes, el TC peruano se ha convertido en un verdadero actor con poder de veto.

Palabras clave

Poder de veto, modelos democráticos, *veto players*, Tribunal Constitucional peruano.

Abstract

Being part of the structure of a State, there are always individual and collective actors who have the power to make changes in the program decisions imposed. These actors called *veto players* or players with veto, they may be determined in the Constitution or arise out of it. Currently, extrapolating functions of some powers difficult to identify them. The controversy increased with the inclusion in the scheme of the Judiciary (PJ) of a higher court, a Constitutional Court (TC) responsible for carrying out checks to ensure the validity and primacy of the Constitution. Considering the role and importance of the Constitutional Court in the Peruvian State, and some “controversial” judgments of the Court, corresponds wonder if the powers that have been attributed, give this new element, the capacity to implement or alter the stability of the political decision-making system, that is to say, if these powers, Peru’s Constitutional Tribunal has become a real actor with veto power.

Keywords

Veto power; democratic models, *veto players*, Peruvian Constitutional Court.

Résumé

Faisant partie de la structure étatique, il y a toujours des acteurs individuels ou collectifs qui ont le pouvoir d'apporter des changements aux décisions programmatiques imposées. Ces acteurs, appelés *veto players* ou participants avec veto, peuvent être déterminés ou non par la constitution. À l'heure actuelle, l'extrapolation des fonctions de certains pouvoirs rend difficile leur identification. La controverse augmente avec l'existence au sein du pouvoir judiciaire (PJ) d'un organe juridictionnel supérieur, une Cour Constitutionnelle (TC) chargée d'effectuer le contrôle garantissant la validité et la primauté de la Constitution. Compte tenu du rôle et de l'importance de la Cour constitutionnelle au sein de l'État péruvien, ainsi que de certains de ses jugements « controversés », il convient de se demander si les pouvoirs qui lui sont attribués confèrent à ce nouvel acteur une capacité suffisante pour mettre en œuvre ou altérer la stabilité décisionnelle du système politique, c'est-à-dire qu'avec ces pouvoirs, si le TC péruvien est devenu un véritable acteur avec un droit de veto.

Mots-clés

Droit de veto, modèles démocratiques, *veto players*, Cour constitutionnelle péruvienne.

Resumo

Sendo parte da estrutura de um Estado, há sempre atores individuais e coletivos que têm o poder de fazer mudanças nas decisões do programa impostas. Esses atores, chamados *veto players* ou jogadores com veto, podem ser determinados na Constituição ou podem surgir fora dela. Na atualidade, a extrapolação de funções de alguns poderes, torna difícil identificá-los. A polêmica aumentou com a inclusão na estrutura do poder judiciário (PJ) de um tribunal superior, um Tribunal Constitucional (TC) responsável pela realização do controle que garante a validade e primado da Constituição. Considerando o papel e a importância do Tribunal Constitucional no Estado peruano, bem como alguns julgamentos “controversos” deste órgão, corresponde interrogar-nos se os poderes que lhe forem atribuídos, outorgam a este novo elemento, a capacidade de implementar ou alterar a estabilidade do sistema político, ou seja, se com estes poderes, o TC peruano tornou-se um ator de verdade com poder de veto.

Palavras-chave

Poder de veto; modelos democráticos, *veto players*, Tribunal Constitucional peruano.

Introducción

El antiguo debate sobre la forma de gobierno que un país debe adoptar parece haber llegado a su fin, en la actualidad juristas y politólogos defienden la tesis que sostiene que la forma de gobierno más adecuada y representativa es la democracia,³ sin embargo, a pesar de este consenso, el nuevo interrogante planteado busca determinar cuál sería la forma democrática que un Estado debe acoger.

La respuesta generalmente está orientada por la relación que existiría entre los poderes legislativo y ejecutivo; si se produce una fusión de ambos, como sucede en las democracias parlamentarias, o por el contrario, si ambas actúan separadamente, como se observa en las democracias presidencialistas.

Se trate de un gobierno parlamentario (bi o unicameral) o un gobierno presidencialista, siempre existen actores individuales o colectivos que tienen el poder de realizar cambios en las decisiones programáticas impuestas, es decir, actores con la capacidad de modificar el *status quo* imperante. Estos actores denominados *veto players*, o jugadores con veto, pueden estar determinados en la constitución, o surgir fuera de ella.

Si bien estos *veto players* en un inicio eran fácilmente reconocibles, en la actualidad la extrapolación de funciones de algunos poderes dificulta su identificación, esto se observa por ejemplo en la relación que existe entre el papel de los jueces (poder judicial) y la implantación y estabilidad de las políticas públicas.

La controversia aumenta con la inclusión dentro del esquema del poder judicial (PJ) de un órgano jurisdiccional superior, un Tribunal Constitucional (TC) encargado de realizar el control que garantice la vigencia y primacía de la constitución.

La inclusión de este nuevo órgano ha tensionado la relación del PJ con los otros poderes, en especial con el legislativo; esta pugna tiene un sustento

3 Al respecto, Pietro Costa (2012) explica: “la democracia es hoy en día, nuestro horizonte; disfruta de una fortuna planetaria y tal vez sea una de las palabras más recurrentes de nuestro léxico político. Después del fatídico 1989, la democracia parece no tener rivales. Huntington calculó la progresión numérica de los países que se basan en la democracia: 12 en 1942, 30 en 1973, 58 en 1990; y este número probablemente aumentó desde esta fecha” (Traducción del autor).

histórico basado en la incorporación de un nuevo poder político con atribuciones de un órgano de última instancia en la estructura tradicional de un Estado.

La composición y la forma de elección de los miembros de este órgano varía según lo dispuesto en el marco legal de cada país, pudiendo el Tribunal estar conformada por miembros vitalicios o por magistrados que ejerzan el cargo por determinados periodos (Mendes & Branco, 2011).

Teniendo en consideración la función y la importancia del Tribunal Constitucional en un Estado moderno, correspondería preguntarse si las potestades que se le han atribuido otorgan a este nuevo elemento la capacidad suficiente para implantar o alterar la estabilidad decisoria del sistema político, es decir, si con estos poderes el TC se ha convertido en un actor con poder de veto.

En el continente, con frecuencia estos órganos son blanco de críticas y conjeturas, el Tribunal Constitucional peruano no ha sido la excepción, existen opiniones que pretenden afectar la imagen de esta importante institución.⁴ En razón a ello, este trabajo pretende explicar o encontrar algún fundamento que justifique algunas de sus decisiones, valiéndose para ello de ciertas teorías de las ciencias políticas.

Los actores con poder de veto en la perspectiva de Tsebelis

George Tsebelis (2009), define a los jugadores con veto como los “actores individuales o colectivos cuyo acuerdo es necesario para realizar un cambio en el *status quo*” (p. 41). Estos *veto players* pueden ser creados por la constitución (presidente, Senado, Cámara de Representantes en los EUA) o por el sistema

4 Ello a raíz de algunas decisiones controvertidas, como la sentencia no. 006-2006-PC/TC, referida a un conflicto de competencias, donde, sin embargo se establecen *infrecuentes* criterios de interpretación de obligatorio cumplimiento para las instancias del poder judicial y se *relativiza* el concepto de cosa juzgada constitucional. Asimismo la resolución ejecutoria de fecha 16 de julio del 2013 referida al pago de los bonos agrarios, donde se ordena ejecutar la sentencia contenida en el Expediente N° 00022-1996-PI/TC, emitida en 2001, que dispone el pago de la deuda de los bonos de la Reforma Agraria. Finalmente, la sentencia de fecha 14 de junio del 2013, donde se estableció que la muerte de 133 reos en el penal El Frontón en 1986 no fue un acto de lesa humanidad; entre otras.

político (los partidos que integran una coalición de gobierno en un país europeo); los primeros son llamados institucionales y los segundos partidarios (Tsebelis, 2009).

El concepto de actores con poder de veto permite entender el impacto que las diversas Instituciones políticas tienen sobre las políticas públicas, pues los resultados de los sistemas políticos, es decir, la producción legislativa, depende de las preferencias de los actores implicados en la decisión y de las instituciones a las que pertenecen (Tsebelis, 2009).

Para modificar el *status quo* legislativo es necesario el acuerdo de un determinado número de actores, sean estos individuales o colectivos, que pertenezcan a diversos sistemas políticos. Cabe indicar que cada sistema político tiene una configuración determinada de *veto players* en función a diversos aspectos como el número de estos jugadores, su separación ideológica y su cohesión interna; estas características afectan el conjunto potencial de acuerdos legislativos que podrían substituir el *status quo*.

Resulta importante conocer el tamaño de este conjunto potencial, pues cuando este es pequeño es muy difícil modificar el *status quo*, y la consecuencia es una elevada estabilidad de las políticas públicas. Algunos factores que pueden contribuir con la reducción del tamaño de este conjunto pueden ser la abundancia de jugadores con veto, la distancia ideológica significativa que existe entre estos y el alto grado de cohesión que mantienen (Tsebelis, 2009).

Si se conoce el número de jugadores con veto y sus preferencias y, por otro lado, la posición del *status quo* legislativo, es posible predecir el grado de estabilidad que tendrán las políticas públicas en un contexto político particular. Esto es explicado por Tsebelis (2009), cuando afirma que “para identificar la dirección del cambio es necesario conocer las preferencias de los actores con poder de veto, así como la identidad de quien establece el orden del día (la agenda) y la localización del *status quo*” (p. 38)

El grado de estabilidad de las políticas públicas es sumamente importante y es fundamental para entender las características estructurales definidas de un sistema; así por ejemplo, si se está en un sistema parlamentario, la alta estabilidad de las políticas públicas por la falta de capacidad de los actores políticos para derrotar al *status quo*, podría traer como consecuencia la renuncia y la sustitución del gobierno en momentos cuando es necesario adoptar políticas importantes. Si se trata de de un régimen presidencialista

podría causar un colapso del régimen y su sustitución (como en el caso de una dictadura). Además, la estabilidad de las políticas también aporta un mayor activismo e independencia por parte de jueces y burócratas.

La teoría de los jugadores con veto tiene como uno de sus méritos el facilitar, en gran medida, la comparación entre los dos sistemas políticos que antes se consideraban antagónicos e inconmensurables, este cotejo se realiza determinando la configuración de los jugadores con veto relevantes en los Estados pertenecientes a cada sistema.

Tsebelis, profesor de la Universidad de Michigan, teniendo como base modelos espaciales, consigue justificar y explicar las cadenas causales expuestas, tanto la que lleva de la configuración de jugadores con veto al grado de estabilidad política, como la cadena que une la estabilidad de las políticas con características estructurales del sistema político.

Presidencialismo y parlamentarismo: las políticas públicas en las democracias modernas

Como fue mencionado, la posibilidad que existan jugadores con veto institucionales en una democracia está supeditada a lo establecido en la constitución, por consiguiente, la cantidad de *veto players* institucionales dependerá del sistema de gobierno prevaleciente.

Precisamente, con la finalidad de diferenciar los tipos de gobierno en un sistema democrático,⁵ Arend Lijphart (2003), utilizando como marco para su estudio modelos existentes en países africanos, americanos, europeos y asiáticos – oceánicos, analiza treinta y seis modelos de democracias.

Este autor afirma que no existe solamente una forma de democracia, por el contrario, las democracias pueden presentarse y funcionar de múltiples maneras, pues las democracias modernas tienen una amplia variedad de instituciones gubernamentales formales, así como legislaturas, tribunales, sistemas de partidos y grupos de interés.

5 Y consecuentemente los actores con poder de veto que podrían existir.

Lijphart (2003), basándose en determinadas características, consigue distinguir dos modelos de democracia: el mayoritario (Westminster) y el consensual; para él, la diferencia fundamental entre estos dos modelos surge a partir de la definición más básica de democracia:

Governo pelo povo, ou no caso da democracia representativa, governo pelos representantes do povo – e, também, a partir da famosa frase de Abraham Lincoln segundo a qual a democracia significa governo, não apenas pelo povo, mas também para o povo – ou seja: governo de acordo com a preferência.⁶ (p. 17)

Esta primera idea permite delinear algunos aspectos de este sistema, pues en la actualidad encontrar un significado preciso, considerando el contenido de esta expresión, es una tarea bastante compleja. Sartori (1965) se refiere a ello cuando afirma que “se definir democracia significa meramente apresentar o significado da palavra, o problema está imediatamente solucionado, porque tudo o que se requer no caso é algum conhecimento da língua grega”⁷ (p. 17).

En la tentativa para delimitar la definición propuesta, Dahl (1997) plantea ocho criterios para identificar una democracia, estos son: (i) el derecho al voto, (ii) el derecho a ser elegido, (iii) el derecho de los líderes políticos para competir por apoyo y por votos, (iv) elecciones libres y justas, (v) libertad de reunión, (vi) libertad de expresión, (vii) fuentes alternativas de información, e (viii) instituciones capaces de exigir al gobierno, que sus medidas dependan del voto y de otras manifestaciones de voluntad popular.

Si bien estos criterios permitirían clasificar modelos democráticos con mayor especificidad, Lijphart (2003), con la finalidad de identificar las Instituciones más importantes y las reglas democráticas presentes en un sistema democrático, basa su estudio en la definición más amplia que se le otorga a esta expresión, lo que le permite trabajar con dos modelos resultantes, el mayoritario y el consensual.⁸

6 Gobierno del pueblo, o tratándose de la democracia representativa, gobierno de los representantes del pueblo – y, también, a partir de la famosa frase de Abraham Lincoln según la cual, la democracia significa gobierno, no solo del pueblo, sino también para el pueblo – es decir: gobierno de acuerdo con la preferencia popular. Traducción del autor.

7 Si definir democracia significa solamente presentar el significado de esta palabra, el problema está inmediatamente solucionado, porque todo lo que se necesita para ello es algún conocimiento de la lengua griega. Traducción del autor. Al respecto también se puede consultar: Dahl, R. (1997). *Poliarquía*. São Paulo: Edusp.

8 Además, tal y como señala Lijphart, la definición de Lincoln trae implícitos los criterios propuestos por Dahl para identificar una democracia.

Diversas fuentes sirven de base para diferenciar estos dos modelos, las primeras cinco provienen de la estructura compuesta por el poder ejecutivo, los sistemas partidarios y electorales y por los grupos de interés, denominando a este primer grupo: dimensión *ejecutivos – partidos* (Lijphart, 2003). Así, en el modelo mayoritario se tiene: (i) concentración del poder ejecutivo en gabinetes monopartidarios de la mayoría, (ii) relaciones entre el ejecutivo y el legislativo donde el ejecutivo es dominante, (iii) sistemas bipartidarios, (iv) sistemas electorales mayoritarios y desproporcionales, y (v) sistemas de grupos de interés pluralistas, con libre competencia entre grupos.

El modelo consensual por su parte presenta: (i) distribución del poder ejecutivo en amplias coaliciones multipartidarias, (ii) relaciones equilibradas entre ambos poderes (legislativo y ejecutivo), (iii) sistemas multipartidarios, (iv) representación proporcional en los sistemas electorales y (v) sistemas coordinados y “corporativistas” que tienen como objetivo alcanzar el compromiso y la concertación.

Las siguientes cinco diferencias son asociadas al contraste entre el federalismo y el gobierno unitario, llamando a este grupo dimensión *federal – unitario*. En este sector las características del modelo mayoritario son: (i) gobierno unitario y centralizado, (ii) concentración del poder legislativo en una legislatura unicameral, (iii) constituciones flexibles, que pueden ser modificadas por una mayoría simple, (iv) sistemas donde las legislaturas tienen la última palabra sobre la constitucionalidad de las leyes y (v) bancos centrales dependientes del ejecutivo.

Por su parte las democracias consensuales se caracterizan por presentar: (i) gobierno federal y descentralizado, (ii) división del poder legislativo en dos cámaras igualmente fuertes, pero constituidas de manera diferente, (iii) constituciones rígidas, que solo pueden ser modificadas por mayorías extraordinarias (iv) sistemas en los cuales una Corte Suprema o Constitucional realiza la revisión judicial de la constitucionalidad de sus leyes y (v) bancos centrales independientes (Lijphart, 2003).

Según explica Lijphart (2003), determinar cuál de los dos modelos es más ventajoso para un Estado democrático, requiere un análisis mayor y más detallado, sin embargo, en principio, la democracia de consenso produciría mejores resultados, pero sin la expectativa de que las diferencias sean demasiado incisivas o significativas.

Como se pudo observar, dos aspectos que están presentes en casi todas las características que diferencian los sistemas mayoritarios de los consensuales son: la estructura y conformación de los poderes ejecutivo y legislativo y la relación que existe entre estos dos. La importancia de estos poderes se debe al rol sobresaliente que ambos tienen en un Estado, pues por lo general estos serían los únicos actores con poder de veto institucionales; consecuentemente, estarían dotados de capacidad para realizar alteraciones en las políticas públicas.

El papel que adquieren estos dos poderes dentro de un Estado determina el tipo de régimen imperante, pudiendo tratarse de un régimen presidencialista o uno parlamentarista. La diferencia entre ambos reside principalmente en la identificación de quién establece el orden del día (agenda).

Además del control de la agenda y la cohesión de los diferentes *veto players*, existen otros aspectos que permiten diferenciar un sistema del otro;⁹ entre estos destacan los siguientes: (i) En el sistema presidencialista, el jefe de gobierno (presidente) es elegido por un período fijo el cual se encuentra determinado en la constitución, además, no puede ser removido de su cargo por votos de desconfianza del parlamento; mientras que en el sistema parlamentario, el jefe de gobierno, generalmente representado por el primer ministro, depende de la confianza del legislativo, pudiendo ser removido de su cargo a través del voto de censura. (ii) La elección del presidente en el sistema presidencial se realiza mediante elecciones populares o a través de un colegio electoral elegido por el parlamento, en el sistema parlamentario, el primer ministro es elegido por una mayoría de legisladores y depende de la confianza que estos últimos depositen en él (Lijphart, 2003).

En el sistema presidencialista, el ejecutivo es el centro donde se elaboran y ejecutan las políticas estatales, el presidente se convierte en el jefe máximo del gobierno y del Estado, el papel de los ministros consiste en otorgar apoyo al presidente y planificar y ejecutar las políticas públicas propuestas. De esta manera, se puede observar que en los sistemas presidencialistas el ejecutivo reúne características que hacen de él un jugador con veto (Tsebelis, 2009).

9 "Por definição, a distinção entre os regimes presidencialistas e parlamentaristas é a independência política ou interdependência dos poderes Legislativo e Executivo" (Tsebelis, 2009).

En relación al establecimiento de la agenda, en el esquema presidencialista este poder corresponde al parlamento, esta inversión de potestades se debe a que en los sistemas parlamentaristas los proyectos de ley no financieros son propuestos por el gobierno al parlamento quien los acepta o los rechaza, mientras que en los sistemas presidencialistas el parlamento presenta propuestas al ejecutivo quien tiene la facultad de aceptarlos o vetarlos. Al respecto, Tsebelis (2009) explica:

A teoria dos atores com poder de veto afirma que, se os parlamentos são fracos nos sistemas parlamentaristas e fortes nos presidencialistas, se os presidentes são fracos e os primeiros-ministros fortes, não é por razões idiosincráticas ou aleatórias, mas porque o estabelecimento da agenda é controlado pelos governos nos sistemas parlamentaristas e pelos parlamentos nos presidencialistas.¹⁰ (p. 124)

En relación con la cohesión de los actores con poder de veto en estos dos sistemas, se observa que los partidos son más disciplinados en los parlamentaristas,¹¹ esto se debe al voto personal; así, en los sistemas electorales donde los candidatos compiten por un voto personal, estos son propensos a prestar atención a las demandas de sus electores y a las exigencias de su partido; mientras que en situaciones en las que las posibilidades del candidato solo dependan de la lealtad hacia la dirigencia del partido, el partido es la regla, por consiguiente la cohesión y disciplina partidaria será mayor en estos últimos, donde los sistemas no dependan de un voto personal (Tsebelis, 2009).

Si bien los actores institucionales y partidarios son los principales *veto players*, existen otros jugadores (individuales y colectivos) quienes por el lugar que ocupan en la estructura del Estado tendrían la capacidad necesaria para modificar políticas públicas,¹² estos pueden ser desde individuos específicos hasta tribunales de justicia (Tsebelis, 2009).

10 La teoría de los actores con poder de veto afirma que, si los parlamentos son débiles en los sistemas parlamentaristas y fuertes en los presidencialistas, si los presidentes son débiles y los primeros-ministros fuertes, no es por razones idiosincráticas o aleatorias, sino porque el establecimiento de la agenda es controlado por los gobiernos en los sistemas parlamentaristas y por los parlamentos en los presidencialistas. Traducción del autor.

11 Consecuentemente, los sistemas presidencialistas tienen menor estabilidad decisoria (Tsebelis, 2009).

12 Tsebelis explica: "Confirma-se que o numero de atores com poder de veto num país pode mudar com o tempo (quando alguns são absorvidos porque modificam suas posições), ou que o mesmo país pode ter diferentes constelações de atores com poder de veto, dependendo da matéria da legislação (como na Alemanha)" (Tsebelis, 2009).

Los jueces y el poder de veto

En los Estados modernos podemos encontrar dos tipos de jugadores con veto, los institucionales y los partidarios (o no institucionales). Los primeros son aquellos cuyo poder de veto emana de la propia constitución –se destaca entre ellos al ejecutivo–; los segundos, los partidarios, son idiosincráticos y van modificándose según el rumbo que tome la política, esta dinámica impide clasificarlos con facilidad y medir los resultados de sus actos.

La capacidad de los actores con poder veto de alterar el *status quo* imperante, encuentra su limitación y a la vez se relaciona con la independencia y relevancia del poder judicial (Tsebelis, 2009), ello por el determinante papel desempeñado por este último en un sistema – presidencialista o parlamentarista – en favor de la estabilidad del gobierno de turno.

Antes de plantear la posibilidad de que el poder judicial actúe como *veto player*, correspondería analizar el papel de los jueces en los principales sistemas jurídicos actuales. En los países donde predomina el sistema consuetudinario (*common law*), las “leyes” tienen como base las decisiones e interpretaciones de los jueces en sus sentencias; se afirma que estos, crean, aplican e interpretan la ley (Tsebelis, 2009); por otro lado, países que siguen la tradición del *civil law*, poseen un cuerpo legislativo enmarcado en un código legal amplio e impositivo, en estos sistemas, los jueces no crean leyes, sino las interpretan.¹³

A raíz de ello, el papel del poder judicial en los países del *Common law*, comparándolos con sistemas orientados por el sistema romano-germánico debería tener mayor realce; no obstante, esto no siempre es así, pues en la actualidad se está atravesando un proceso de convergencia de estas dos tradiciones; en el sistema romano-germánico, el poder judicial está siendo facultado para realizar interpretaciones estatutarias y/o constitucionales de las leyes (Tsebelis, 2009).

La interpretación constitucional por parte de los tribunales, viene adquiriendo importancia durante las últimas décadas, esto se refleja en la incorporación de un nuevo sujeto dentro de la estructura institucional de un Estado, una Corte o Tribunal Constitucional.

13 Actualmente esta idea “tradicional” de la función del juez en el *Civil Law*, es bastante discutida.

Si bien cuando el poder judicial realiza interpretaciones estatutarias, no está actuando como un jugador con veto, ya que su accionar se encuentra limitado por lo establecido en la legislación, sucede lo contrario cuando se trata de interpretación constitucional, en este caso el rechazo de una Corte o Tribunal Constitucional es suficiente para revocar una ley aprobada por el legislativo (Tsebelis, 2009).

Desde el punto de vista jurídico, este órgano tendría como función principal vigilar y supervisar el sometimiento de la normativa legal a los parámetros establecidos en la constitución, todo ello, en busca de la tan anhelada *seguridad jurídica*; de esta manera se daría respuesta a la interrogante planteada por Liphart (2003) quien cuestiona: “cuando la Constitución y una ley ordinaria entren en conflicto, ¿quién interpretará la Constitución?” (p. 247).

Por otro lado, estudiosos de las ciencias políticas consideran que la inclusión de esta nueva figura dentro del ordenamiento, incrementaría el número de actores con capacidad de incidir sobre el rumbo que tomarán las políticas públicas, convirtiéndolos en nuevos actores con poder de veto;¹⁴ así, la función encargada al Tribunal Constitucional, en algunas circunstancias sería fundamental para la aplicación o no de una política pública.

Los tribunales constitucionales y el control de constitucionalidad

El control constitucional es el mecanismo que consiste en verificar si las leyes son contrarias a la constitución por el fondo o por la forma; la facultad o potestad para realizar este control la tiene el órgano especial creado para dicha labor (Corte o Tribunal Constitucional) o el propio poder judicial valiéndose de la llamada jurisdicción constitucional (Alfaro, 2008).

Es por ello que gran parte de la doctrina resalta la necesidad de la existencia de un órgano específico que tenga como función realizar este control, pues como explica Lijphart (2003) si el Parlamento fuere el juez de la constitucionalidad de sus propias leyes, podría caer en la tentación de resolver todas las dudas

14 “Tribunais constitucionais podem abolir legislação e, conseqüentemente, também são atores com poder de veto”. (Tsebelis, 2009).

a su favor. La solución propuesta es otorgar a los tribunales, o a un tribunal especial constitucional, el poder de revisión, es decir, el poder de evaluar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por la legislatura nacional.

El principio de supremacía de la constitución tiene como característica principal la relación de superioridad y subordinación en la que se encuentran las normas en un determinado ordenamiento jurídico; de esta supremacía, surgió el poder de revisión constitucional de los hechos o leyes contrarias a la constitución o *judicial review* norteamericana.

El control constitucional fue aplicado por la doctrina norteamericana por primera vez en 1803, en la sentencia del Juez Marshall, en el *leading case Marbury vs. Madison*; en síntesis, el argumento de base de la sentencia fue el siguiente: cuando hay contraste entre disposiciones de diversas fuerzas normativas, la norma constitucional siempre prevalece sobre la ordinaria (*lex superior derogat legi inferiori*) (Almanza, 2010).

En la actualidad existen dos sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas,¹⁵ ello según el órgano al cual la constitución encargó este control. Uno de ellos es el denominado control concentrado, donde se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes. El otro sistema es el llamado control difuso, donde cualquier operador del derecho, en caso de estar frente a un conflicto entre una norma de jerarquía superior con otra de jerarquía inferior, debe preferir la primera de estas al resolver un caso concreto; es decir, el juez como intérprete de la ley tendría el deber de recusar la aplicación de la ley que estuviese en disconformidad con la constitución (Marinoni, 2008).

Tratándose del control concentrado, la rigidez de la norma es analizada en completa desvinculación del hecho concreto y constituye el propio objeto de la acción, siendo la norma analizada por ella misma exactamente para proteger de una vez por todas el orden constitucional y, siendo tal decisión proferida por el órgano específico, la eficacia de este juzgado se extiende a todos porque alcanza la propia estructura abstracta del ordenamiento jurídico (Palomino, 2004).

15 Alfaro Pinillos, siguiendo a Fernández Segado, Capelleti y García Belaunde, identifica tres sistemas de jurisdicción constitucional: el sistema difuso, el sistema concentrado y el sistema político; aclarando que este último no es un sistema jurisdiccional propiamente dicho, pues está a cargo de otros organismos políticos que son los encargados de realizar el control constitucional de las leyes, tal y como sucede en Francia y en la mayoría de países socialistas. (Alfaro, 2008).

En la vía difusa, la constitucionalidad de la norma es puesta como razón para decidir, es decir, como antecedente lógico-jurídico de la decisión de mérito. Es una apreciación prejudicial que, según el resultado, determina el sentido de la decisión de mérito, por lo tanto, en el control difuso, el magistrado decide sobre la constitucionalidad para luego decidir sobre la materia del hecho subyacente. Técnicamente, en el control difuso, el magistrado certifica o rechaza la aplicación de la norma solo para el caso concreto, por lo tanto es obligatorio que se reconozca eficacia solamente entre las partes actuantes en el proceso (Palomino, 2004).

También se depara con países que adoptaron los dos modelos de control constitucional, en estos casos estamos frente al control mixto de la constitucionalidad.¹⁶

Como el encargado de realizar el control concreto de la constitución es la Corte o Tribunal Constitucional, este organismo puede adquirir la condición de *veto player*, siempre y cuando esté institucionalmente facultado para modificar o alterar políticas públicas. Esto sucede debido al poder que tiene el Tribunal para alterar o dejar sin efecto leyes, decretos, acuerdos ministeriales y otros; no existiendo mecanismo alguno que permita que esta decisión sea revisada.

La posición estratégica asumida por el Tribunal Constitucional como nuevo *veto player*, plantea interrogantes respecto a si se estaría mudando para un modelo de gobierno donde los jueces (magistrados del T.C.), adquieran protagonismo directo en lo referido a la alteración de las políticas públicas (gobierno de jueces), o si estas Cortes y Tribunales Constitucionales estarían estrechamente relacionadas con los favoritismos provenientes de otros *veto players*, sean estos institucionales o partidarios, incidiendo en la alteración del *status quo* de manera residual (Tsebelis, 2009). Tsebelis concuerda con esta segunda posición, él afirma que la reducida influencia que tendrían los *veto players* en la alteración del *status quo*, se debe a que los jueces constitucionales, por lo general son incluidos en el centro de unanimidad formado por otros jugadores con veto, pues: “para que um ator com poder de veto faça diferença

16 Tal vez los ejemplos más representativos de este modelo mixto sean el modelo portugués, en el cual coexisten una Corte Constitucional y los órganos judiciales ordinarios con competencia para evaluar la legitimidad de la ley en contraste con la constitución, y el modelo brasileiro, donde se conjugan el tradicional modelo difuso de constitucionalidad, con las acciones directas de inconstitucionalidad, de competencia del Supremo Tribunal Federal (Mendes *et al.*, 2011).

nas decisões, ele deve estar localizado fora do núcleo de unanimidade dos outros atores com poder de veto existentes, [sin embargo] muitas vezes, os tribunais constitucionais se situam dentro do núcleo de unanimidade de outros atores com poder de veto”.¹⁷ (p. 317, 318)

De esta manera, la diferencia respecto a la función o no de los jueces constitucionales como actores con poder de veto efectivo, tendría su origen en la organización y la estructura institucional del Estado y sobre todo en las características del proceso de selección de los magistrados.

Por lo tanto, si los jugadores con veto partidarios o institucionales son los que eligen a los jugadores con veto judiciales (Tribunal Constitucional), probablemente las preferencias políticas de estos “votantes” estén reflejadas en la designación de los miembros de este órgano.

El poder de veto y el Tribunal Constitucional peruano

El Código Procesal Constitucional peruano, que entró en vigencia el 01 de enero del 2004, regula aspectos de la actuación judicial en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, específicamente aquellos ejercidos por la jurisdicción constitucional.

Esta facultad que en el Estado peruano se le ha atribuido al Tribunal Constitucional,¹⁸ permite resolver los procesos de inconstitucionalidad y de competencia, además de revisar los recursos de *Habeas Corpus*, *Amparos*, *Habeas Data* y los procesos de cumplimiento (Espinosa-Saldaña, 2005).

Cabe resaltar que el resurgimiento del control concentrado de la Constitución en el Perú se atribuye a la Carta Magna de 1993, la cual en su texto, encomienda esta función – como se explicó – al Tribunal Constitucional. Otro avance importante regulado en este texto, en materia de control de la

17 Para que un actor con poder de veto haga diferencia en las decisiones, este debe estar localizado fuera del núcleo de unanimidad de los otros actores con veto existentes, (sin embargo) en muchas oportunidades, los tribunales constitucionales se ubican dentro del núcleo de unanimidad de los otros actores. Traducción del autor.

18 “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años (...)” (Constitución Política del Perú. Artículo 201)

Constitución, es el referido a los efectos de las sentencias dictadas en los procesos constitucionales.

En relación a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional actúe actuando como un *veto player*, esta se debería principalmente a que el TC ha sido calificado como “órgano de control de la Constitución” y sobre este ha sido confiada la tarea propia de un “poder corrector” en la medida en que este órgano puede dejar sin efecto o anular decisiones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; así como de otros órganos constitucionales como el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones (Alva Orlandini, 2006).

Si bien estas facultades parecen suficientes para calificar al juez del Tribunal Constitucional como un *veto player*, también se debe tener en cuenta la ubicación de este órgano en relación a los núcleos de unanimidad de los otros actores con poder de veto; pues si los jueces constitucionales están dentro del núcleo de unanimidad de estos actores, sus magistrados podrían ser absorbidos por estos últimos (Tsebelis, 2009).

En el caso específico del TC peruano, el proceso de selección de magistrados o vocales para conformar este órgano, permite avizorar cierta transición al núcleo de unanimidad de los otros actores, al respecto la Constitución Política del Perú establece:

Artículo 201°.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. (...). Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.¹⁹

De esta manera estaría corroborándose la conclusión proyectada por Tsebelis, quien afirma que a menudo, los tribunales constitucionales se localizan dentro del núcleo de unanimidad de otros jugadores con veto; “a

19 Cabe mencionar que en la derogada Constitución peruana de 1979, se elegían nueve miembros para este Tribunal, la elección estaba dividida proporcionalmente entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

principal razão é o processo de nomeação para cargos mais altos²⁰ (Tsebelis, 2009, p. 318). Así, los jueces del TC estarían siendo absorbidos por los actores políticos con poder de veto existentes, en este caso, por los partidos políticos que representan dos terceras partes del Congreso de la República.

Conclusiones

La teoría de los jugadores con veto permite explorar y entender el impacto de las instituciones políticas sobre las políticas públicas. Los resultados de los variados sistemas políticos dependen de las preferencias de los actores con capacidad para decidir y de las instituciones con las cuales estos interactúan.

La disposición de los *veto players* en cada sistema político determina el grado de estabilidad de las políticas públicas, por su parte esta inmovilidad afecta características estructurales del sistema, como son la estabilidad del gobierno (o inestabilidad), y la independencia del poder judicial y de la burocracia.

Para modificar el *status quo* legislativo es necesario el acuerdo de un determinado número de actores individuales y colectivos los cuales varían de un sistema político a otro. Los jueces no son actores con poder de veto cuando toman decisiones estatutarias, sin embargo, cuando hacen interpretaciones constitucionales si actúan como *veto players*.

Generalmente, por la ubicación que tienen en relación con otros actores, los jueces o magistrados de las Cortes o Tribunales Constitucionales son absorbidos por los actores políticos con veto existentes. Esto se observa en el caso del Tribunal Constitucional peruano, donde, por el modo de elección de sus miembros existe una estrecha vinculación entre este órgano y los partidos políticos que hacen parte del poder legislativo, tal vez esta sea la causa por la cual algunas decisiones de este órgano son bastante cuestionadas. ■

20 La razón principal es el proceso de nombramiento para sus cargos más altos. Traducción del autor.

Referencias

- Alfaro Pinillos, R. (2008). *Guía exegética y práctica del Código Procesal Constitucional*. Lima: Grijley.
- Almanza Torres, D. (2010). A Coisa Julgada Inconstitucional e sua Regulamentação no Código Processual Constitucional Peruano. En L. G. Marinoni (Ed.), *A força do Precedente* (pp. 183-196). Salvador: Jus podium.
- Alva Orlandino, J. (2006). Comentaríos artículos 201. En E. Gutiérrez (Ed.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Blume, E. (2004). El control de la constitucionalidad en el Perú. (Antecedentes, desarrollo y perspectivas). En Y. Castañeda (Ed.), *Derecho Procesal Constitucional. Tomo I* (pp. 219-273). Lima: Jurista Editores.
- Costa, P. (2012). *Poucos, Muitos, Todos: Lições de história da democracia*. Curitiba: Editora UFPR.
- Dahl, R. (1997). *Poliarquia*. São Paulo: Edusp.
- Elster, J. (1994). *Peças e engrenagens das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará.
- Elster, J. (2009) *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromissos e restrições*. São Paulo: UNESP.
- Espinosa-Saldaña, E. (2005). El control Difuso: Su ámbito de acción en el derecho comparado y sus alcances en el Perú. En E. Espinosa-Saldaña (Ed.), *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional* (pp. 119-142). Lima: Jurista Editores.
- García Montero, M. (2008). *Instituciones y actividad legislativa em América Latina*. Barcelona: CIDOB.
- Lijphart, A. (2003). *Modelos de Democracia. Desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Marinoni, L. G. (2008). *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Monroy Galvez, J. (2008). Poder judicial vs. Tribunal Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, pp. 157-216.
- Martin, N. (1999). *El control democrático del poder judicial en España*. Curitiba: Moinho de Burgo/Moinho do Verbo.

Mendes G. F. & Branco, P. G. (2011). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Mesia, C. (2007). El derecho procesal constitucional y su desarrollo tardío en el Perú. En J. Palomino (Ed.) *El derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde. Tomo I* (pp. 165-210). Lima: Universidad Inca Garcilazo de la Vega.

Palomino, J. (2004). Control y Magistratura Constitucional en el Perú. En S. Castañeda (Ed.) *Derecho Procesal Constitucional. Tomo I* (pp. 275-295). Lima: Jurista Editores.

Sartori, G. (1965). *Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura.

Siqueira, P. E. P. (2006). *A coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar.

Tsebelis, G. (2009). *Atores com poder de veto. Como funcionam as instituições políticas*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Tsebelis, G. (1998). *Jogos ocultos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.