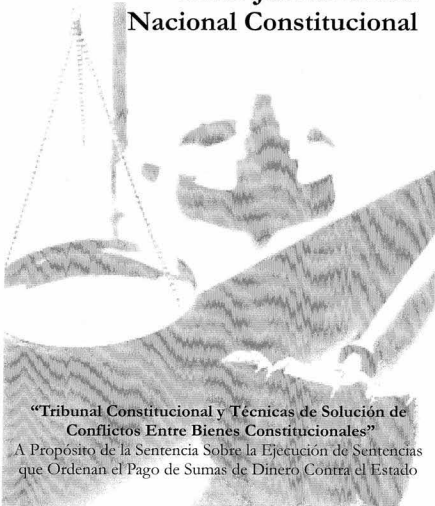


Pleno Jurisdiccional Nacional Constitucional



“Tribunal Constitucional y Técnicas de Solución de Conflictos Entre Bienes Constitucionales”

A Propósito de la Sentencia Sobre la Ejecución de Sentencias que Ordenan el Pago de Sumas de Dinero Contra el Estado

vería que son inderogables e inembargables. Es una protección especial para los bienes de esta clase, cuya condición sin duda puede ser juzgada por el Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional. Es decir, respecto de un tipo de bienes determinados al que se le ha calificado de dominio privado, podría concluirse judicialmente que es realidad de dominio público y por tanto goza de la protección constitucional. Por ejemplo, si una ley dijera que los monumentos arqueológicos son de dominio privado, se podría cuestionar dicha calificación con el argumento de que la propia Constitución resalta los valores heredados de razas ancestrales (Preámbulo). Sin embargo, si se dice que determinado monumento es patrimonio ideológico de un movimiento, ¿podría juzgarse tal calificación? Consideramos que no.

Si se decidiera funcionalmente a través de la autoridad competente que un parque determinado (dominio público) deja de ser parque para lotizarse y luego venderse, ¿se podría cuestionar dicha decisión sobre la base de la norma constitucional? Creemos que el señalamiento de los bienes específicos que se incorporan al dominio público o que salen de él, constituye una competencia que la ley puede abordar con cuenta libertad, siempre que toque en su ejercicio a alguna norma constitucional concreta. Desde el punto de vista constitucional se podrían discutir las categorías, pero no la indicación del bien específico. Desde luego la ley podría regular la asignación de los bienes específicos haciendo que para ello se observen una serie de procedimientos, que de incumplirse harían inválida la asignación por razones legales, pero no constitucionales.

Es el Estado el que debe realizar la asignación de cada bien dentro de las categorías previstas para los bienes de dominio privado, pero debe hacerlo a través de mecanismos transparentes que permitan la intervención de la ciudadanía. De lo contrario, bastaría que el Estado diga que cierto yate de patrimonio decomisado a un mafioso debe ser asignado al uso de la Presidencia de la República para el transporte cómodo del primer mandatario, para que

se genere, qué duda cabe, el comprensible malestar de acreedores y contribuyentes. Este control extralegal (el de la opinión pública) en tanto ético que los criterios institucionales y su dala es parte del sistema democrático.

En definitiva, es adecuado que la ley señale qué bienes o categorías de bienes son inembargables, para que así la decisión sea resultado del complejo proceso legislativo del Congreso y esté expuesto al juicio de la opinión pública.

IV. ¿SON INEMBARGABLES LAS CUENTAS DEL ESTADO EN EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL?

El artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 019-2001 señala que el son inembargables y el Tribunal Constitucional lo ha declarado inconstitucional por eso, en la medida en que no se ha expresado la función pública que cumple las cuentas del Estado. Es decir, la norma es inconstitucional en tanto no señala qué cuentas son inembargables. Si se hubiera dicho que son inembargables las cuentas asignadas a una función esencial del Estado, no habría observación constitucional.

En la misma línea que señalábamos antes, la categoría "cuentas del Estado" puede ser juzgada para ver si es idónea para integrar el dominio público. De la evaluación judicial se puede concluir que no necesariamente toda cuenta del Estado está asignada a un fin público. No toda cuenta del Estado es un bien de dominio público. Pero, establecida la categoría, ¿alguien podría cuestionar una transferencia específica de fondos en una cuenta que tenga la categoría de dominio público? Creemos que no, a menos que se hayan desatendido procedimientos señalados en la ley para tal fin.

Por ello insistimos, el tema de fondo no se ha abordado realmente. Lo central es de qué manera los que contrastan con el Estado ven asegurada su contraprestación, antes que exponer decomisadamente los bienes de todos al interés de los privados que se vinculan con el Estado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TÉCNICAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE BIENES CONSTITUCIONALES

(A propósito de la sentencia sobre la ejecución de sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero contra el Estado)

Edgar Carpio Marrocs (*)

En los últimos dos años, con el fortalecimiento del Tribunal Constitucional como institución encargada de controlar la constitucionalidad de la legislación, se ha podido detectar que en el ejercicio de sus labores ha venido subsistiendo alterna actividad de solución de los conflictos constitucionales (...). Aunque la actividad sobre la ejecución de sentencias contra el Estado no sea propiamente un novedoso tipo de oposición de este Actúan, lo cierto es que en ella se puede identificar el empleo de algunas de ellas. Su conocimiento y exposición de las sentencias que cada una de ellas impone, así un análisis de vital importancia para el desarrollo de la justicia constitucional en nuestro país, que comprende incluso la propia legitimidad del Tribunal Constitucional como supremo custodio de la Constitución. >>

COMENTARIOS

INTRODUCCIÓN

Mediante la STC N° 0015-2001-AMTC, el Tribunal Constitucional resolvió sobre la constitucionalidad constitucional de diversas disposiciones legales que limitaban la efectividad de las resoluciones judiciales.

Al margen de los diversos temas que en dicha sentencia se abordan (como puede ser el mismo rango constitucional del derecho a la efectividad

de las resoluciones judiciales, de la autonomía administrativa como institución con cobertura constitucional a partir del principio de legalidad preconstituida, o de la apelación a lo que el Tribunal denomina "sentencia interpretativa reduccionista", entre otros), hay uno que merece especial importancia por la resolución que su utilización puede tener para resolver casos futuros, máxime de los conflictos entre derechos fundamentales y principios constitucionales protegidos.

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad San Martín de Porres y en la Academia de la Magistratura.

Nos estamos refiriendo a las diversas técnicas de solución de conflictos a las cuales el Tribunal aplica, algunas de ellas sencillas y en la propia parte conclusiva de la sentencia, y no empleadas en todas sus consecuencias, pero incluso de aquellas otras que utiliza, a menudo junto de modo correcto, pero sin especificar que lo hará.

La importancia que tiene su conocimiento, y el adecuado manejo que se haga de ellas, se evidencian del hecho mismo que estas se presentan en su totalidad en toda la sentencia que se pretende analizar, y así en las sentencias que en los dos últimos años el Supremo Interamericano de Justicia del Veredicto dictado. De ahí que no sea ocioso desentere investirse en explicar los alcances de algunas de esas técnicas, para finalmente analizar su empleo en algunos puntos resolutivos en esta sentencia por el Tribunal Constitucional.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Aunque con antecedentes que se remontan al Derecho romano, en el Derecho moderno la formulación del principio de proporcionalidad, como equivalente a una general "prohibición de exceso", surgió en el ámbito gremiano y, concretamente, en la esfera del Derecho de policía.¹¹

Desde entonces, y por más de 100 años, en Alemania se ha venido elaborando el este postulado aplicable a los diversos ámbitos de la actividad estatal, del Estado administrativo. En 1966 la política llegó a su fin. El Tribunal Constitucional Federal alemán reconoció expresamente que la "prohibición de exceso" y el "principio de proporcionalidad" consistían en reglas para para evaluar cualquier actividad del Estado. Según, así:

... que hasta tanto tiempo constitucional, pero a no costarse expresamente previsto en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, dado que se deriva implícitamente del principio constitucional del Estado de Derecho.¹²

De ahí en adelante, se ha extendido a la constitucional de ordenamiento, hasta el punto que hoy puede considerarse como un principio que se puede inferir de todo Estado constitucional.

Por otro, entre nosotros no ha sido necesaria la aplicación a la Constitución del Estado de Derecho para asignarle el rango constitucional al principio de proporcionalidad. Este se encuentra expresamente reconocido en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha considerado que un aplicabilidad de ese mismo principio a la relación a no de la vigencia en un estado de excepción, para una interpretación literal de sus dos últimas palabras "pueden ser, uno, en cualquier caso, que se analice la validez constitucional de la restricción o suspensión de derechos.

Aunque no faltan ciertos precedentes en la historia jurisprudencial del Tribunal que hacen extensiva la aplicabilidad de la prohibición de exceso al caso del conflicto entre dos derechos fundamentales, la tendencia hoy predominante es considerar que mediante el principio de proporcionalidad se evalúa si la interferencia causal en el ámbito de los derechos fundamentales resulta o no excesiva.¹³

Como tal, el principio de proporcionalidad se descompone en tres subprincipios¹⁴:

El primer lugar exige que la intervención estatal sobre un derecho fundamental obedezca o se realice sobre la base de un fin constitucionalmente válido en la Constitución. Desde ese punto de vista, se evalúa si el régimen interviniente (limitación o restricción) sobre el ejercicio de un derecho persigue satisfacer un derecho o bien constitucionalmente protegido.

Segundo se requiere subsecuentemente verificar el análisis de la "necesidad" del medio empleado por el legislador para conseguir la finalidad perseguida. Ha de advertirse, sin embargo, que este juicio de necesidad no se reduce en la comparación de que el medio empleado constituye la medida más estricta para la consecución de la finalidad perseguida, sino que basta con que constituya la necesaria.¹⁵

A este primer subprincipio también se le denomina examen de adecuación.

En segundo lugar, se exige que el medio empleado por el legislador se trate de una medida necesaria e indispensable. Con ella se analiza si el legislador, entre las diversas medidas a las que podía optar para conseguir igual fin, pudo optar por alguna más alternativa menos gravosa sobre el derecho afectado.

Los alcances que pudieran derivarse de esta segunda subprincipio, que puede calibrarse en una exacta intervención sobre el ámbito de discrecionalidad con el que cuenta el legislador de desmoronarlo, conformarse con mitigarlo a través de un promedio *in fine* entre de los Tribunales Constitucionales, que se reduce en líneas, como afirma González Beilfuss, a la finalidad de control a los supuestos en

que se ha "postulado un sacrificio patrimonial intencional de derechos, que la Constitución garantiza".¹⁶

En tercer lugar, se exige que el medio empleado para conseguir el fin constitucionalmente protegido, no sea excesivo. Este examen de necesidad es el que se materializa en los segundos subprincipios, esto es, por que evaluar que el legislador haya optado por escoger entre todos los medios para alcanzar un fin constitucionalmente protegido, pero que sea más "necesario" para el derecho afectado.

Finalmente, el tercer subprincipio, que es el examen de proporcionalidad en sentido estricto, exige evaluar si la interferencia intrínseca al derecho "constituye una medida equilibrada entre el perjuicio que sufre el derecho limitado y el beneficio que de él se deriva en favor del bien público".¹⁷

Como señala José María Rodríguez, las exigencias de proporcionalidad están presididas por la lógica de la relación de medio a fin. Es decir, se trata de analizar si la satisfacción de un determinado medio (la limitación del derecho) es proporcional para la consecución de ciertos fines (fin bien colectivo). "Todos, luego, la relación de medio a fin, pero luego un *per se* diferente: el medio ha de ser *eficaz* para la consecución del objetivo, *necesario* e *intra moderata*; respecto de todos los *medios* *adidos* e *interrogados* de alternar, y *razonable* o *proporcional* a la medida *con* *beneficio* en su resultado".¹⁸

3. EL PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA

El principio de concordancia práctica o, igualmente llamable de "armonización", es considerado como un criterio específico de interpretación de

(1) Dehio y otros, en: "Manual Práctico de Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán", en: "Cuadernos de Derecho Público", N.º 5, DOAJ, Madrid 1996, págs. 203. En prologo afirma: "se debe a Alemania y al Derecho público alemán, el lugar de nacimiento del principio de proporcionalidad".

(2) KULTUR, "Wahrheit, Wahrheit, Wahrheit", en: "Cuadernos de Derecho Público", N.º 5, DOAJ, Madrid 1996, págs. 203. Asimismo, BARNER, Javier, "Desarrollo del principio de proporcionalidad en el derecho comparado continental", en: "Revista de Liberación Política", N.º 133, Madrid 1994, págs. 499-519.

(3) Sobre el tema, el importante trabajo de Carlos Serrano Paludo, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", CENCAR, Madrid 2003, página.

(4) RODRÍGUEZ DE SANTAVIAGO, José María, "La proporcionalidad de bienes e intereses en el derecho alemán", en: "Manual Práctico de Derecho", N.º 5, DOAJ, Madrid 1996, págs. 203.

(5) GONZÁLEZ BEILFUSS, MARÍA, "El examen de necesidad en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional español", ponencia presentada al VIII Congreso Interamericano de Derecho Constitucional, págs. 16-18. En internet: www.tribunalconstitucional.es/tribunalconstitucional/pdf_venezuela_0199_02_nov_09061.

(6) GONZÁLEZ BEILFUSS, MARÍA, Op. cit. Pág. 18.

(7) RODRÍGUEZ DE SANTAVIAGO, José María, Op. cit. Pág. 25. SANDRILLI ALBA, "La proporcionalidad del acceso administrativo", Cuadernos de Derecho Público, N.º 365, 367 págs. Sobre la aplicación de este principio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, puede verse: STROCK, Christian, "El fin fundamental en González Beilfuss, República Federal de Alemania", en: "Revista de Liberación Política", N.º 1, 1992, págs. 253 y 309.

(8) LITTECK, Jörg, "Angewandte Verfassungslehre", en: "Angewandte Verfassungslehre", en: "Derecho y Sociedad", N.º 1, 1994, págs. 207 y págs.

(9) BARNER, Javier, Op. cit. Pág. 25.

las normas constitucionales. Según la expresión Konrad Hesse, este exige del intérprete que "los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema, que todos ellos concuerden en su esencia. Allí donde se producen colisiones no se debe, a través de una precipitada "ponderación de bienes", realizar el uso a costa del otro". En esos casos, "se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima"¹⁰⁹.

Observado bien el asunto, sin embargo, no parece que el principio de concordancia práctica aliado a un criterio de interpretación constitucional, sino más bien a una técnica de solución de conflictos entre bienes constitucionales, sean estos derechos, prestaciones o valores de igual rango. Como nuevamente expone José María Rodríguez, el principio presupone que, presente un caso de colisión de bienes del mismo rango, esos "objetivos... no se encuentran en ordenado con la afirmación de la prevalencia incondicional o absoluta de alguno sobre los demás"¹¹⁰, sino del modo que de mejor forma ambos resulten optimizados. "El juicio de concordancia práctica exige (impone positiva) que el punto de equilibrio sea aquel en que los dos principios alcancen su máximo grado de realización"¹¹¹.

Si no se trata de encontrar una solución en la que la optimización de un bien se otorga a costa del sacrificio del otro, sino en hallar un modo de resolver el conflicto es el que se realice paralelamente ambos bienes, el problema enrazaes es cómo lograr esa optimización simultánea de los bienes en conflicto.

Para conseguir tal meta, habitualmente los tribunales constitucionales marcan lo que Roberto

Según Roberto Bix, "si la interpretación mira a asignar un significado al discurso del legislador (o la disposición), el balanceamiento de los intereses... (bueno) brinda una solución satisfactoria en presencia de un conflicto entre intereses. Una solución que no pretende colocarse como único significado normativo viable del texto legislativo (...) sino que reconoce al estado de las decisiones y de sus relativos justificaciones referidas. El balanceamiento no pretende fijar el único significado atribuible a una disposición, sino individualizar el punto de equilibrio entre las posiciones de los intereses en juego en el caso específico, lo que presupone, desde luego, una precedente actividad interpretativa de reconstrucción y calificación de los intereses por conciliar"¹¹².

No obstante, ha de precisarse inmediatamente que esa regla funciona a condición de que se admita que el *balancing* al cual nos estamos refiriendo, es el que en el derecho comparado se designa como *balancing ad hoc*, no, por cierto, al *dogmático balancing*. Distinguiamos un poco sobre tal asunto.

a) La ponderación: una técnica de solución de conflictos o un criterio de interpretación constitucional

Se discute si el *balancing* es un criterio interpretativo o solo una técnica de argumentación para resolver conflictos entre derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, una vez que se ha efectuado su interpretación¹¹³.

Se veía, por cierto, de dos actividades que, en el plano abstracto, pueden ser distintas pero que, en la práctica, se encuentran muy compensadas, al punto que se ha señalado que es equivalente o incluso cualquier línea de demarcación que se pudiera practicar¹¹⁴.

errados exclusivamente derechos fundamentales, es lo que se denomina "ponderación" o *balancing*. Este no se aplica, por regla general, en aquellos en los que el conflicto involucra a un principio o un valor constitucional, sino si el conflicto es con un derecho fundamental, pues para la solución de ese último orden de problemas se aplica el principio de proporcionalidad, como antes se ha indicado.

No obstante, ha de precisarse inmediatamente que esa regla funciona a condición de que se admita que el *balancing* al cual nos estamos refiriendo, es el que en el derecho comparado se designa como *balancing ad hoc*, no, por cierto, al *dogmático balancing*. Distinguiamos un poco sobre tal asunto.

a) La ponderación: una técnica de solución de conflictos o un criterio de interpretación constitucional

Se discute si el *balancing* es un criterio interpretativo o solo una técnica de argumentación para resolver conflictos entre derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, una vez que se ha efectuado su interpretación¹¹³.

Se veía, por cierto, de dos actividades que, en el plano abstracto, pueden ser distintas pero que, en la práctica, se encuentran muy compensadas, al punto que se ha señalado que es equivalente o incluso cualquier línea de demarcación que se pudiera practicar¹¹⁴.

(14) Sobre el tema, VESINZANI, Alberto. "Interpretación de los balances de los derechos fundamentales". *Coloquio* 2002, págs. 100 y sigs. Giorgio Pao ("Punto e parón del balanceamento: una teoria di manifestazione del principio di bilanciamento", en *Diritto e Responsabilità*, N.º 6, 2003, págs. 377) considera que es una técnica de argumentación.

(15) Para Riccardo Guastini ("L'interpretazione della Costituzione. III. La ponderazione", en el libro "Lezioni di Teoria Costituzionale", Giappichelli Editore, Torino 2001, págs. 160). "La ponderazione... si opera sulla una tecnica di interpretazione... la scelta di valor e di cui si opera una volta sola".

(16) RUGGERI, Antonio. "Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale", en *Diritto e Società*, N.º 4, 2000, págs. 600-601. Desde, además, se evalúa el tema y se afirma que, en finit, el *balancing* no es más la prerrogativa de la interpretación y la ponderación.

(17) Bix, Roberto. Op. cit. Pág. 60.

(18) Sergio Gato Saura (CJ) balanceando degli interessi come tecnica di controllo costituzionale", en *Giustizia e Costituzione*, Parte 6, 1998, págs. 396-397). La primera manifestación del *balancing* actividad es, en rigor, una actividad interpretativa y no una actividad de ponderación. Véase, G. Zanovelli *deber razonabilidad en el juicio constitucional*, Clodius editores, Milano 2000, págs. 200 y sigs.

(9) HESSE, Konrad. "Lecciones de Derecho Constitucional". CEC, Madrid, 1992, págs. 66-67.

(10) SOLAZAR, José José. "Algunas cuestiones técnicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 71, Madrid 1991, págs. 99-99. Cf. en sentido contrario, RODRÍGUEZ PÉREZ, Francisco. "Tiempos todos los derechos humanos (igual jerarquía)", en *la Ley*, N.º 4, Lima 1992, págs. 3-4.

(11) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Op. cit. Pág. 28.

(12) Bix, Roberto. "Derecho y argumentación. El balanceamiento de los intereses en la jurisprudencia constitucional", *Clodius* editores, Milano, 1992, Págs. 62-63.

(13) HESSE, Konrad. Op. cit. Pág. 66.

b) La ponderación como técnica para la solución de conflictos entre derechos constitucionales

La ponderación presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentados. Este tipo de conflictos se conciben resolviéndose mediante la ponderación que concierne la fuerza normal de resolver este tipo de conflictos en las constituciones modernas, que se errónea del hecho de que el reconocimiento de los derechos se realiza en una regla, en la que no solo concierne "normas" derivadas del mismo peso, sino, además, otros valores, individuales y colectivos, de idéntico rango. Desde esta perspectiva, como afirma ALARY, el concepto de "colisión entre derechos fundamentales" puede entenderse con un adverbio adecuado: "puede entenderse con un adverbio adecuado: en sentido estricto, cuando la colisión se produce exclusivamente entre derechos fundamentales. En sentido amplio, en cambio, cuando la colisión se produce con otros bienes o valores del mismo rango".

En cualquiera de los casos, un presupuesto importante de la técnica de la ponderación es que el conflicto se presente entre bienes y/o derechos que concierne al ordenamiento jurídico del mismo rango. En tales supuestos, como se afirma en la doctrina italiana, el juez constitucional se encuentra ante una particular hipótesis de conflicto, pues, dado el mismo rango constitucional de los bienes y derechos en conflicto, no cabe que se aplique a los conflictos de los anteriores demandar la agenciar al conflicto del posterior demandar la ley, ni al de los anteriores demandar la ley. No es aplicable el primer criterio, pero sí el de segundo, que resuelve el mismo rango normativo. También el segundo, pero se trata de derechos y bienes

no reconocidos constitucionalmente en un mismo momento normativo. Y tampoco el último, dado que "entre las normas que fundan los dos derechos en conflicto no se encuentra una relación de especialidad, ninguna de las dos normas es especial respecto de la otra", ambos son mandatos de ponderación.

En la medida en que cada derecho o bien constitucionalmente protegido tiene una finalidad y, por tanto, mandatos de ponderación paradigmáticos, el conflicto no puede resolverse mediante la solución de la subordinación. Esta última presupone la colisión de dos "reglas", cuya aplicación requiere que se presenten las hipótesis de hecho o de hecho que contemplan. La regla sea remota con estructura conductiva, sea no, son aplicables en los casos conflictivos. La subordinación, como técnica para resolver conflictos, presupone que el caso "caer" en la hipótesis del primer principio en la regla, a fin de aplicar una consecuencia jurídica. Definitivamente aquello no sucede en la colisión entre derechos fundamentales. Estos no son normas que tengan un supuesto de hecho predefinido, al cual debiera una consecuencia jurídica, sino mandatos de ponderación que exigen ser concretizados y actualizados de modo gradual. Por tanto, las hipótesis de concretización de uno no pueden excluir las del otro.

Como mencionara afirma Alary, un criterio para entrar dentro de fundamentación se define como colisión de principios. Y el procedimiento que tiene para solucionar la colisión de principios no es en los dos aspectos de la misma cosa. El primero es de carácter teórico-normativo, el otro de carácter sociológico.

c) El *balancing*: un principio ponderable o una regla para la solución de conflictos?

Pues si la técnica de la ponderación permite resolver conflictos entre dos principios, debe presuponerse la ponderación, en sí misma, es un principio, o acaso solo una regla para solucionar conflictos entre aquellos. Según Roy LITWIN, "los derechos constitucionales no son como la ponderación, es decir, no concierne al *balancing* como se principia, sino fundamentalmente, como una "regla", una regla de "no justificación, por la solución de conflictos entre principios.

Como advierte, sin embargo, que una colisión debe ser una técnica a la que se concierne, no solo aplica los tribunales constitucionales, no solo ellos lo hacen del mismo modo. Ello depende de la naturaleza de la controversia constitucional que se les presenta, del proceso en el cual se presenta dicha controversia y, dado luego, de las bases de conflicto. Ellos se particularmente relevantes en casos como el penúltimo, en el que el Tribunal Constitucional no solo aplica como órgano de control constitucional de las leyes, sino en, líneas como la de juzgar en conformidad al IUSA. Es relevante o no una disposición constitucional que no solo es un derecho fundamental, sino que también se le ha confiado la de resolver ciertas cuestiones sobre violación de derechos fundamentales.

De tal que queda clarísimo, para utilizar la analogía usada en el derecho constitucional, en el de *deponición* *balancing* y el de *de* *balancing*.

d) El *balancing* definitivo (*definitive* o *categorical balancing*)

En el denominado *balancing* definitivo, el conflicto entre derechos fundamentales, o entre un derecho y un principio constitucional, se resuelve

individualizando una regla general y abstracta, susceptible de aplicarse para cada caso futuro. "Es un procedimiento que tiende a individualizar, sobre la base del fin, de la ratio de la disposición constitucional en cuestión, una lista de demarcaciones entre aquello que entra en lo que aquello que "salta fuera" de la generalización, general y abstracta, el bien protegido, modificable y susceptible de entrar en conflicto con) entre aquello que el Tribunal en el tipo de procedimientos jurídicos".

Se fin en crítica de aplicación general cuando el Tribunal Constitucional identifica los demarcaciones solo separar asociadas que entra en la esfera protegida de un derecho o cuando no ocurre. El *definitive* representa a una "regla" que genera consecuencias de derecho, pero por perseguir este fin paga un precio no indudable: debe proceder a ampliar definiciones vagas y abstractas entre aquello que se define entre y aquello que está fuera de la generalización constitucionalmente (...). Lo que implica la pérdida del fin de la generalización constitucional, esto es, la individualización de un "valor" (la democracia, por ejemplo, en relación a la libertad de expresión) respecto al cual la generalización se serva".

Desde esta perspectiva, como nota García, cabe observar que la definición en abstracto de los contenidos del derecho —en el caso, el ESTAT, se resuelve el *categorical balancing*—, no es una actividad de ponderación en sentido propio, sino de interpretación. "Una vez definido el contenido de cada que separa las actividades protegidas de aquellas no protegidas, se impone en la argumentación, en efecto, una demarcación de reglas que no solo implica estar en contra la constitucionalidad de hecho que pueden seguir una solución diversa como la que requiere la aplicación de la regla. Esta demarcación de reglas, como también hace problemática la expansión del área

(19) ALARY, Robert, "Colisión y fundamentación: qué problema de base de la dignidad del *deus* fundamentum", en LA TORRELLA Maitino y SINDIATO Auzanoso, "La responsabilidad por un acto de proporcionalidad en un estado de derecho", pp. 29-30. En otro caso, la ponderación se establece en el marco de proporcionalidad en un estado de derecho, que se presenta como el límite impuesto por el principio de proporcionalidad al que se le atribuye. Sobre el tema, CARRASO NARRACOR, Felipe, "La interpretación de los derechos fundamentales", *Estudios de Filosofía*, Lima, 2001, pp. 122 y 123.

(20) PINTO, George, "Normas y principios de fundamentación: un debate de materialización del principio de igualdad", en *Revista de Derecho y Filosofía*, N.º 4, 2003, pp. 340-341. GUSTAFSSON, Riccardo, "Fundamentación de la ponderación", en *Revista de Filosofía*, N.º 4, 2003, pp. 340-341. GUSTAFSSON, Riccardo, "Fundamentación de la ponderación", en *Revista de Filosofía*, N.º 4, 2003, pp. 340-341.

(21) PINTO, George, "Op. cit.", pp. 340.

(22) ALARY, Robert, "Colisión y fundamentación: qué problema de base de la dignidad del *deus* fundamentum", en LA TORRELLA Maitino y SINDIATO Auzanoso, "Op. cit.", pp. 31.

(23) LITWIN, Roy, "Responsabilidad (ante todo)", *Argentine Publishers*, Vol. XII, 1991, pp. 342.

(24) Esta es la regla que, por lo demás, se aplica a los tribunales constitucionales de una parte del continente. Sobre el tema de América del Sur, en *Sur de Peace*, Año 4, N.º 2, Thales (Chile) 2002, pp. 71 y 72.

(25) HIN, Roberto, "Op. cit.", pp. 65, nota N.º 160.

(26) HIN, Roberto, "Op. cit.", pp. 65.

de tutela del derecho a otros intereses homogéneos¹²⁷.

Por lo general, la ponderación definitiva es una técnica gravitante en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes. En tales procesos, aunque la defensa de un derecho subjetivo de una de las partes, el conflicto se resuelve con prescindencia de las circunstancias concretas donde podría aplicarse la norma. Lo que no sucede, después de largo, si se trata de un supuesto de conflicto entre libertad de información y derecho al honor de dos particulares, en el que la solución del conflicto entre derechos se obtendrá a partir de las circunstancias del caso.

e) El balancing of law (o case by case)

En cambio, en el segundo, el conflicto se resuelve en función de cada caso, tomando en cuenta los intereses en conflicto y las circunstancias específicas que sobrevienen en él. Por su propia naturaleza, en este dilema se parte de la existencia de una regla estable de solución del conflicto, pero la solución del problema se determina en función de las circunstancias del caso. Al juicio de Baccaro-Guastini, en talo supuesto el operador judicial establece una "jurisprudencia autológica móvil", pues se selecciona el caso estableciendo una relación jerárquica entre dos principios, es razón de las particularidades del caso, es el que en la solución del problema se toma en consideración el posible impacto de su aplicación. "Se trata de una relación de valor inestable, mutable, que vale para el caso concreto, pero que podría intervenir en relación con un caso concreto diverso"¹²⁸.

"Dicho más claramente, también una decisión *ad hoc* es formalizable en términos de aplicación (de una) regla general, pero la diferencia respecto a la decisión *definitiva* es que en el primer caso el juez no enuncia la regla, o sea, no declara simplemente una regla (cambien jurisprudencial) generalizada, y tampoco dice que el criterio para la solución de aquel específico caso (aquella regla) será aplicable a todos los casos futuros con elementos similares"¹²⁹.

La expresión "ponderación" o "balancing" en este último supuesto, sugiere una actividad decisoria no guiada por reglas generales y determinadas, sino en virtud de demandas del caso concreto, más que una solución a través de la ciencia *juris*, esta se obtiene mediante la *prudentia juris*, al menos por las siguientes razones: En primer lugar, porque se atribuye a un derecho o a un principio, en el caso concreto, una preferencia, al respecto de un juicio de valor que no se deriva, según algunos, del deberismo normativo (que les asigna, en el mismo rango, talo del intérprete, que "atribuye un orden de preferencia". En segundo lugar, como se ha expuesto, nada garantiza que en un caso futuro se atribuya a las mismas conclusiones, al mismo orden de preferencia, en la medida en que, en abstracto, los dos derechos son el mismo rango. Desde esta perspectiva, como afirma Guastini, ponderar no quería decir tanto balancear o encontrar un punto de equilibrio, sino, sobre todo, sacrificar un principio en favor del otro"¹³⁰.

Por ese tipo de efectos, no es casual que sobre este tipo de ponderación se hayan formado sentencias críticas¹³¹. Así, por ejemplo, en la doctrina italiana,

aplicación depende del modelo de justicia constitucional incorporado por un ordenamiento determinado (el primero, por lo general, para los *ius cogens*, en tanto que el segundo, para los *ius cogens* de la tradición de la *judicial review*). En el último caso es que se trata de técnicas que no se excluyen mutuamente.

f) La delegación del balancing

Cabe observar, finalmente, que en ocasiones los tribunales constitucionales no realizan el balance o ponderación por sí mismos, sino que exigen que ese se efectúe al momento de aplicar la norma por el juez o por un órgano de la Administración Pública. Se trata de supuestos en los que el Tribunal "no está en condición de dar un veredicto y diverso orden de ponderación de los intereses presentes, por ejemplo, por la complejidad de los hechos en los que talo que aplico para dar conclusiones concisos. Lo mismo principio que incide sobre la materia, o a la imposibilidad de extraer de modo unívoco del sistema la "regla de prevalencia" válida para el caso en examen".

Ello sucede con frecuencia en los procesos abstractos de inconstitucionalidad de leyes, donde por la naturaleza misma del control, no es posible observar si, pese a tratarse de una ley abstractamente válida, está involucrada. En tales casos, el tener una aplicación inválida. En tales casos, el Tribunal Constitucional suele "delegar" en los órganos que irán a aplicar la ley, la realización del *balancing* de los bienes que se encuentran en un eventual conflicto.

No debe pensarse, sin embargo, que esa delegación del *balancing* sea una prohibición de efectuarse en un proceso abstracto de inconstitucionalidad.

(127) SACCAIA, Osmo. "Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale", en *Giurisprudenza Costituzionale*, citado, pág. 390.

(128) GUASTINI, Riccardo. "Principio de derecho y discrecionalidad judicial", en su libro *Studio di Teoria Costituzionale*, UNAM-Panorama, México 2001, pág. 146.

(129) PÉREZ, Gregorio. "Teoría y práctica del constitucionalismo: un liberal de manifestaciones del primero y teoría del "identidad personal", en *Deusto y Proposiciones*, citado, pág. 51.

(130) De ahí que, a juicio de Guastini, la ponderación consiste en establecer, entre los principios o derechos que se encuentran en conflicto, una "jerarquía autológica móvil". Cf. GUASTINI, Op. cit. págs. 146-147.

(131) Sobre la necesidad de establecer reglas de *balancing* que lo controlen y luego permitirle los estándares de su implementación, CHIESA, Oscar. "Bilanciamento non temporaneo o stabilizzato ovvero il ragionevole", en *Giurisprudenza Costituzionale*, N° 6, 1998, págs. 3125 y 3126.

(132) PACE, Op. cit. pág. 32.

(133) BALDASSARE, Antonio. "Costituzione e ruolo del valore", en *Problemi del Diritto*, N° 4, 1991, págs. 639 y 640.

(134) Cf. ZACHARIELSKY, Gustavo. "El derecho aléct. Ley, derecho, justicia", Editorial Trilce, Madrid 1996, p. 102.

(135) PACE, Op. cit. pág. 33.

(136) PACE, Op. cit. pág. 34.

(137) MACQUEA, Alessandro. "Valori e interpretazioni in Ernst Forsthoff", en *As. Rivista di storia giuridica*, N° 1, 1964, págs. 6 y 9. La cita es de la pág. 7 de su trabajo.

(138) ALEXI, Robert. "Fronte del dicatario y derecho humano", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, p. 87.

dad de las leyes. En los procesos donde el Tribunal juzga sobre "casos" (impugn, liberos corpus, liberos data, etc), esta controla que los órganos judiciales en administración, al aplicar la ley, hayan efectuado la ponderación, por lo que la labor del Tribunal Constitucional, por la del juez constitucional) no reduce a verificar que este se haya practicado idóneamente. Ello es conocimiento del carácter vinculante de los decretos fundamentados y por tanto, de su "efecto de inderogación" por todo el ordenamiento jurídico. Y si bien es verdad que según, por lo general, no hay procedimiento que dependa que el Tribunal continúe en el órgano que aplica la ley, si hay un control sobre si esas aplicaciones de ponderación se efectuaron.

En definitiva, la delegación del balanceo se produce en todos aquellos casos en los que la inconstitucionalidad legislativa, en sí misma, no genera un problema de inderogación de la disposición legislativa, pero que puede presentarse en su aplicación concreta.¹⁰

5. INDELEGABILIDAD DE BIENES DEL ESTADO A LA EFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: UNA SOLUCIÓN BAJO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En los diversos dispositivos impugnados, por considerarse que violaban el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, se encuentran los artículos 2 de la Ley N° 26756 y 1 del Decreto de Urgencia N° 015-2001. El primero, establece que solo serán embargables los bienes del Estado que se inscriban en una lista que se redacta y publica, en tanto que el segundo declara que los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituyen bienes embargables.

Las alegadas inconstitucionalidades de dichos preceptos fueron argumentadas por el Tribunal Constitucional luego de establecer, por un lado, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales decorado predominantemente en la norma que regula el trámite constitutivo de los impug-

na, si el efecto se produce en juicio en el Estado. En tanto, previene "no volver a ser juzgado", debiéndose del artículo 73 de la Constitución, establece expresamente por el carácter vinculante de las determinaciones hechas de dominio público.

Afirmamos de lo referido con el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el Tribunal no precisa en qué consiste la garantía de inderogabilidad de los bienes de dominio público del Estado. Pero se entenderá que así significa o, mejor aún, que se ha efectuado a través de una motivación, por ejemplo, del fundamento N° 14, en efecto, alude a que el tema de los bienes de dominio público y la garantía de inderogabilidad, ha sido resuelto por el Tribunal en la STC N° 0006-1996-AUT.

Similar operación habría de efectuarse más adelante cuando se analizara la violación constitucional del artículo 2 de la Ley N° 26756, al declarar la inconstitucionalidad de una frase, el Tribunal se refiere a lo indicado que la disposición según la cual "...son embargables los bienes del Estado que se inscriban expresamente en la respectiva ley", debe entenderse sacramentalmente que la prohibición o restricción implícita de incluir una medida de ejecución forzada contra bienes del Estado está referida no al acto formal, que el bien se encuentre inscrito en la ley, sino, esencialmente a que exista la creación de un bien de dominio público. Y nada más se analiza en la súplica del artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 005-2001, cuyo contenido es idéntico como reprochoso del principio de legalidad presupuestaria.

En todos estos casos, el Tribunal no utiliza el principio de proporcionalidad para analizar si la intervención estatal en el ámbito del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales resulta legítima, sino el balanceo de valores, al introducir o identificar aquellos que está involucrado y excluido del contenido constitucionalmente protegido por esa norma, cuando el derecho en juicio es el Estado. El mismo balanceo de valores es empleado en su caso impugnatorio, en los casos, expresamente, cuando el Tribunal analiza que los bienes de dominio público no pueden ser

objeto de ejecución forzada, y que las reglas de procedimiento previstas en la ley, se sustentan en el principio de legalidad presupuestaria.

De esta manera, sobre los bienes constitucionales en conflicto, el Tribunal figura una lista de determinación entre aquellos que está dentro y aquellos que está fuera del ámbito protegido por cada uno de ellos, para la constitución restrictiva, utilizando una técnica interpretativa restrictiva, que solo bajo el sentido interpretativo que el señalado, la disposición impugnada, en definitiva, no se inconstitucional.

El Tribunal Constitucional habría, y de identificarse al texto en el fundamento N° 7 de su sentencia: "El artículo a juicio del Tribunal Constitucional, es determinante con un hito en su perspectiva, al determinar si con un hito en su perspectiva, el derecho decaído, y si se genera, rotular al dicho derecho decaído, no lo genera, como consecuencia de por tal derecho". Esta evaluación sobre si la restricción "bienes o no son garantizados constitucionalmente" sucesiva, efectivamente, que el Tribunal analiza el problema bajo el balanceo de valores.

6. DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES VS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD PRESUPUESTARIA (Y DE EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO); JERARQUÍA DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD?

Uno de los temas en los que el Tribunal analiza la decencia del principio de proporcionalidad en la STC N° 0015-2001-AUT, es el utilizado para abordar la impugnación de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley N° 27654, la que declara: "Las sumas en calidad de como si paga que otorgan el pago de sumas de dinero, según determinación técnica y administrativa por el Poder Ejecutivo en el marco de la Ley N° 27654, no constituyen un derecho".

De los contenidos fundamentados en los que el tema de la colisión entre el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el principio de legalidad presupuestaria se resuelve, nuestro argumento es que el Tribunal da por supuesto -o es posible argumentar- que existe, prima facie, un conflicto en-

tre dos bienes constitucionales. Un derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales -habrá sido interactuado con el objeto de satisfacer un bien constitucionalmente relevante- el principio de legalidad presupuestaria-. De modo que el problema, en este caso, no pasa solo por analizar la razonabilidad de la restricción del derecho al fisco, fundamentalmente, si la ponderación efectuado por el legislador es desproporcionada.

No obstante, el Tribunal alude a que la disposición con una restricción "razonable", pues limita a una "lista y excluyente" forma de "verdad pueden surgir los montos para cubrir las deudas estatales que privilegia el ordenamiento judicial". En otras, esta más estricto respecto por el Tribunal, la inconstitucionalidad de la frase "lista y excluyente" del artículo 1 de la Ley N° 27654 no se deriva de la existencia de un bien constitucional. Y es que el "bien de constitucionalidad" que entra a colisionar con el derecho decaído es la garantía de la inderogación de las leyes. En otras, es claro que este fin constitucional que privilegia alcanzar el legislador estaba presentando en identificación se trata, en efecto, de preservar el principio de legalidad presupuestaria, como el propio Tribunal Constitucional podría de referir.

El problema, pues, pasado por analizar el tema bajo los alcances del principio de proporcionalidad. Y, en concreto, analizar los alcances de la disposición impugnada bajo lo que sería su fundamento, "razones de necesidad" es decir, que se evalúan, en concreto, si el medio empleado por el legislador -a través de donde se deberían hacer sobre las sumas que otorgan a una medida necesaria e indispensable, para cubrir los montos que se declaran al fisco, el legislador debía escoger el que era más moderado de cara al derecho interactuado.

La verdad es que esta falta del texto de la norma que regula el pago de las sumas de dinero, en este sentido, de la anterior, no es un signo razonable de necesidad, que es uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad. El problema del Tribunal, (...) es establecer que "lista y excluyente" debiera tenerse presente para el pago de las sumas de dinero en el que tuvo origen la deuda, se trata de identificar de acuerdo a la existencia de pérdidas presupuestarias específicas conexas a todas las deudas para cubrir las respectivas obligaciones".