

El disentimiento en el Derecho

Hugo R. Gómez Apac

En primer lugar, expresar nuestro agradecimiento a la Asociación Civil Derecho & Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú por otorgarnos este espacio en la sección Mayéutica de Pólemos – Portal Jurídico Interdisciplinario, el cual nos permitirá compartir con los lectores reflexiones y análisis críticos (disentimientos) de carácter eminentemente académico respecto de la legislación vigente, propuestas normativas, resoluciones administrativas, sentencias, precedentes y aportes doctrinarios en diversos ámbitos del Derecho¹.

El nombre de la columna, más que referirse a los eventuales votos disidentes que podríamos emitir en nuestra condición de magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, alude a una característica particular del Derecho, disciplina de la cual vivimos prendados desde hace casi tres décadas, que es la presencia de posturas disidentes, ya sea que se trate de corrientes doctrinarias antagónicas, en los estadios más avanzados de la discusión, o de simples posiciones encontradas, en los casos que la discusión recién empieza o tiene un carácter efímero o poco relevante. En cualquier caso, el disentimiento es la regla. De modo que no es para nada extraño que un jurista sostenga una teoría y que otro la contradiga, que un catedrático alegue que una figura o institución tiene determinada naturaleza jurídica para que otro se lo replique, o que un tribunal establezca un precedente de observancia obligatoria y el colegiado que lo sustituya modifique dicho precedente en un sentido completamente opuesto.

¿Por qué es tan connatural al Derecho la presencia de disidencias? Hay varios factores. En esta oportunidad nos referiremos a tres de ellos: la interpretación jurídica, la ideología del intérprete y la existencia misma de litigios o controversias.

¹ En un inicio pensamos en limitarnos a las disciplinas jurídicas que nos son más familiares, como el Derecho Constitucional, Administrativo, de la Competencia, del Consumidor, Ambiental, Comunitario Andino y de la Propiedad Intelectual; sin embargo, es bastante probable que la tentación por cuestionar (disentir) académicamente lo que podríamos considerar equivocado nos llevará, esperemos con suerte, a otras materias en este momento insospechadas.

Empecemos con la interpretación de la norma jurídica. El proceso interpretativo no es un proceso matemático que dé un único resultado. El operador jurídico tiene a su alcance varios métodos de interpretación: el gramatical (o literal), el histórico, el sistemático, el teleológico (la finalidad de la norma), el de la *ratio legis* (la razón de ser de la norma), el axiológico (los valores de la norma), el evolutivo (adaptar la norma a circunstancias actuales), entre otros. La utilización de un método puede llevar a un resultado distinto que el empleo de otro u otros métodos. Y no hay preeminencia entre ellos. Es falso que el gramatical sea el privilegiado, como también es falso que solo se interpretan los textos oscuros o dudosos. Hasta el texto más diáfano puede ser interpretado, y el resultado de la interpretación puede ser opuesto a lo que dice literalmente la norma. La experiencia nos demuestra que muchas veces el método literal es el más funesto, el que produce resultados absurdos que deben ser descartados, especialmente en el ámbito de la gestión pública².

En su razonamiento, el operador jurídico —un abogado, un juez o un profesor universitario— escogerá el método o métodos que considere pertinentes en aras de sustentar adecuadamente su posición. Si la utilización de tres métodos

² Por ejemplo, el art. 96 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva del Ecuador de 1994 decía que «Bajo ningún concepto los **administradores** podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este Estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.» (Énfasis agregado). [Registro Oficial N° 411, Año II, Segundo Suplemento, Quito, jueves 31 de marzo de 1994].

En el texto citado, el término resaltado “administradores” era un error evidente. La norma debía decir “administrados”. Una interpretación adecuada debió advertir el error y corregirlo en el sentido de que donde decía “administradores” (un órgano u organismo de la administración pública) debía entenderse “administrados” (los ciudadanos sujetos a las potestades administrativas de la administración pública).

Sin embargo, por extraño que parezca, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en Sentencia de fecha 29 de octubre de 1999, al resolver un recurso de casación, señaló lo siguiente:

«...cierto es, que al parecer el contenido total de la norma (...) iba dirigida a consagrar un principio doctrinario universalmente aceptado, según el cual el **administrado** no puede verse perjudicado por una acción indebida o una omisión del administrador, más lamentablemente, quizá por error, el texto legal dice: “Bajo ningún concepto los **administradores** podrán ser perjudicados...”, por lo que, en consecuencia, tal norma jamás puede ser alegada en su favor por los **administrados**...» (Énfasis agregado). [Gaceta Judicial, Órgano de la Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, Año C, Serie XVII, N° 2, enero-abril 2000, p. 550].

conduce a una interpretación distinta de la que se obtendría del gramatical, no resulta equivocado sostener que ella es la correcta, pese a que para un lego resulte arbitrario apartarse de lo que textualmente dice la norma. Imagínense un escenario en el que dos métodos nos conducen a “A”, otros dos a “B” y el gramatical a “C”. ¿Cuál es la interpretación correcta? Pues aquella que es más persuasiva³, la que parece más lógica, la más eficiente en la solución del problema, todo lo cual va a depender finalmente de la apreciación subjetiva del destinatario de la interpretación: el juez, las partes del proceso o el estudiante de Derecho.

El proceso interpretativo es inteligencia y persuasión. Todo depende de cómo el intérprete aborde el problema, de qué métodos escoja y cómo los utilice, y de cómo hile o concatene un razonamiento convincente que genere certeza y no duda, convicción y no incertidumbre en el destinatario de la interpretación. ¿Qué métodos, términos, fuentes y silogismos utilizará el intérprete y cómo los “combinará” para persuadir? ¿Cómo armará su discurso argumentativo? No hay una sola respuesta. La interpretación ofrece varias, unas más persuasivas que otras. Y elegir la correcta es como valorar una pintura, pura apreciación subjetiva, de carácter intelectual, sí, pero subjetiva a fin de cuentas. Como ya lo manifestó Marcial Rubio, la interpretación jurídica pertenece más al ámbito de las reglas de “combinación” de colores o del juego de ajedrez, pues si bien establece requerimientos, permite flexibilidad y creatividad, de modo que más que una ciencia, es un arte⁴. Y gracias a la interpretación, el Derecho no es una disciplina que descubre o entiende, sino, como lo ha sostenido brillantemente Fernando de Trazegnies, un obrar que crea y que transforma, un arte como la guerra⁵.

³ Como afirma Fernando de Trazegnies:

«Al igual que en el amor, el jurista pretende seducir. Si no hay verdades absolutas en Derecho, si la interpretación no nos ofrece una solución única posible, si la lógica sólo nos lleva a mostrarnos un haz de eventuales aplicaciones sin poder escoger entre ellas sobre la base de exclusivamente una deducción, entonces el jurista no puede “demostrar” su pretensión, como lo hacen las matemáticas (...) El jurista tiene que persuadir, tiene que enamorar, tiene que promover la adhesión de otro a su propia posición.»

[Fernando de Trazegnies Granda, *Pensando insolentemente – Tres perspectivas académicas sobre el Derecho*, primera edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, p. 156].

⁴ Marcial Rubio Correa, *El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho*, novena edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 210.

⁵ Fernando de Trazegnies Granda, Op. Cit., pp. 62 y 63.

El segundo factor es la ideología (política, económica, religiosa) del intérprete. La ideología es la forma cómo el intérprete ve el mundo, y es difícil que su visión no impregne, aunque sea mínimamente con trazos casi imperceptibles, el proceso interpretativo de la norma. Un magistrado del Tribunal Constitucional (**TC**) de tendencia liberal tendrá preferencia por utilizar los métodos gramatical e histórico al momento de interpretar el alcance de las libertades económicas y el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial pública previstos en el Título III (del Régimen Económico) de la Constitución Política de 1993, mientras que si el magistrado es de tendencia socialista preferirá una interpretación sistemática que busque relativizar tales libertades y principio rector al concordar el Régimen Económico con lo dispuesto en el art. 1 de la Constitución, que establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. La ideología no solo influye sobre el proceso interpretativo, sino en la aproximación del jurista hacia la norma o institución jurídica⁶.

El Derecho no es una creación pacífica y lineal, nace siempre dentro del conflicto, surge como una dialéctica en la que las posiciones juegan un papel fundamental⁷. Así, el tercer factor es la existencia misma de litigios o controversias, tanto en sede administrativa como jurisdiccional. Salvo aquellos escenarios de rebeldía o allanamiento, lo natural es que el demandante (o denunciante) sostenga una cosa y el demandado (o denunciado) lo contrario. El abogado del demandante utilizará los métodos de interpretación que favorezcan su causa y citará jurisprudencia, doctrina y legislación comparada que apoyen su tesis. El abogado del demandado hará lo propio. Ambos abogados tratarán de articular un razonamiento coherente y persuasivo.

Dejemos a un lado los casos, que debe haberlos, en los que el abogado defiende una posición que no comparte. Centrémonos en los que la causa del patrocinado guarda sintonía con la posición del abogado, siendo irrelevante si dicha posición ya la tenía con anterioridad al patrocinio o la adquirió al escuchar a su defendido. El hecho es que un abogado que pretende ganar, planteará una buena defensa que sea persuasiva para la autoridad que resolverá el pleito. Lo que suele ocurrir con posterioridad a ello, si es que el abogado es estudioso,

⁶ Así, por ejemplo, un profesor de Derecho Laboral que profesa el libre mercado advertirá con mayor énfasis que la rigidez laboral fomenta el desempleo, mientras que un profesor de la misma cátedra, pero de una tendencia ideológica opuesta, considerará más importante la protección de los derechos laborales.

⁷ Fernando de Trazegnies Granda, Op. Cit., p. 52.

vehemente y porfiado, es que no solo saldrá de la controversia convencido de su propia teoría, sino que la defenderá fuera del proceso, por ejemplo, en la cátedra o dando conferencias. Todo el esfuerzo argumentativo y de investigación desplegado al redactar los alegatos en defensa de su patrocinado los volcará luego en la elaboración de artículos o libros académicos, de modo que más allá del litigio, e independientemente de si ganó o perdió el pleito, y más autoconvencido de su propia postura, saldrá a convencer al resto. Y posiblemente luego, cual evangelista de su propia tesis, publicará más artículos o libros actualizando, complementando o fortaleciendo su teoría. El resultado no es otro que la creación de doctrina jurídica. El abogado de la otra parte, si tiene el mismo temperamento y habilidad, hará un ejercicio similar, y entonces seremos testigos de la aparición de dos corrientes doctrinarias antagónicas, nacidas a partir de un pleito administrativo o judicial. Estas nuevas corrientes doctrinarias sustentarán nuevos alegatos y posiblemente formen parte del razonamiento de resoluciones y sentencias emitidas en futuras controversias. La disidencia, convertida en doctrina jurídica, recorrerá bibliotecas, visitará conferencias y tratará de ser acogida en fallos administrativos y judiciales.

Diferentes métodos de interpretación de la norma jurídica, la influencia de la ideología del intérprete sobre el uso de tales métodos y la existencia misma de controversias administrativas o judiciales que crean corrientes doctrinarias opuestas constituyen factores que determinan posiciones disidentes en el mundo jurídico. Así es el Derecho. Un proceso creativo que, lejos de llevarnos al dogma de una posición única, nos muestra debate, discusión, dialéctica, tendencias y posiciones, unas más sólidas que otras, dependiendo de nuestras propias inclinaciones e intereses. En la práctica, la disidencia puede originarse en uno de los factores mencionados, en una combinación de ellos, o incluso cuando tales influjos se mezclan con otros que por espacio y delicadeza hemos considerado pertinente no abordarlos en detalle, como la enemistad o venganza personal. Es la realidad. Hay situaciones en las que, cuando el temperamento y el odio dominan la personalidad, el abogado o la autoridad es capaz de crear toda una teoría con el único propósito de desbaratar la planteada por su enemigo.

El conflicto aparece porque existen diferentes intereses y puntos de vista, y no siempre son resultado de un egoísta enfrentamiento material, sino una consecuencia de la adhesión a valores diferentes, que pueden incluir propuestas solidarias discrepantes entre sí⁸. Un ejemplo de disidencia en el que la ideología (conservadora de un lado, y progresista del otro), entendida como perspectiva

⁸ Ibídem, p. 53.

moral y axiológica, pilotea la interpretación jurídica, es la Sentencia del Pleno del TC 676/2020 del 3 de noviembre de 2020⁹, mediante el cual el máximo intérprete de la Constitución declaró, por mayoría, la improcedencia de la demanda de amparo presentada por el señor Óscar Ugarteche Galarza contra el Reniec¹⁰ debido a que esta entidad pública había rechazado la solicitud de inscripción del matrimonio que él había celebrado en México con el señor Fidel Aroche Reyes (Caso “Ugarteche”). El matrimonio igualitario (o entre personas del mismo sexo) era el *quid* de la controversia.

En el Caso “Ugarteche” no hay propiamente una sentencia, sino seis votos singulares. Los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada votaron por la improcedencia, mientras que Espinosa-Saldaña, Ledesma Narváez y Ramos Núñez por que la demanda sea declarada fundada. Los dos últimos hicieron juntos un solo voto singular.

El magistrado Miranda votó por la improcedencia al considerar que existía una vía procedimental específica (el proceso contencioso administrativo), igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. El voto de los magistrados Ferrero, Blume y Sardón ingresó al fondo de la controversia al sostener que en el ordenamiento jurídico peruano el matrimonio es entre hombre y mujer, y que no hay un derecho constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que en rigor debieron declarar infundada la demanda, no su improcedencia.

En su voto singular, el magistrado Ferrero cita el voto disidente del juez John Roberts, Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien en el Caso *Obergefell v. Hodges* de 2015¹¹ dijo que la definición universal del matrimonio, como la unión entre hombre y mujer, no es una coincidencia histórica. Para el magistrado peruano, el matrimonio heterosexual se diferencia de la unión homosexual en que a través del primero la especie puede reproducirse, mientras que en el segundo no. Realiza una interpretación sistemática de los arts. 4 de la Constitución, 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 676/2020 (Expediente 01739-2018-PA/TC) del 3 de noviembre de 2020.

¹⁰ El Registro Nacional de Identificación y Registro Civil.

¹¹ Corte Suprema de los Estados Unidos: caso *Obergefell et al. v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health, et al. 576 U.S. _ (2015), del 26 de junio de 2015.

(**Convención Americana**), todos los cuales reconocen el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio. También cita como referente el Caso *Chapin y Charpentier* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016), en el que este tribunal señaló que los Estados siguen siendo libres de otorgar derecho al matrimonio solo a las parejas heterosexuales¹². Finalmente, menciona que la Opinión Consultiva OC-24/17¹³ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH**) no es vinculante.

El magistrado Blume realiza una interpretación sistemática de los arts. 4 y 5 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el art. 17 de la Convención Americana. Cita los arts. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 234 del Código Civil peruano, que establecen que el matrimonio es entre varón y mujer. Sostiene que la Opinión Consultiva OC-24/17 no es vinculante, y en apoyo de su tesis cita el voto individual parcialmente disidente emitido por el juez Eduardo Vio Grossi en la referida opinión consultiva.

El magistrado Sardón cita los arts. 234 del Código Civil, 5 de la Constitución y 17.2 de la Convención Americana. En su opinión, este tratado internacional no ampara la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo. Menciona que Costa Rica no le pidió a la Corte IDH que legislara sobre el matrimonio igualitario para ese país y menos para todos los países del hemisferio, por lo que dicha corte se excedió al emitir la Opinión Consultiva OC-24/17. El Perú, agrega, no tiene por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó. Critica duramente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues afirma que adolece de graves defectos estructurales y que se encuentra “ideologizado”. En su voto singular, señala que «Ningún Dueño de la Verdad ni Monopolista de la Virtud puede obligarnos a pensar de una manera u otra».

Desde la otra orilla, los magistrados Ledesma y Ramos sostienen que las personas de orientación sexual no heterosexual son un grupo humano históricamente discriminado y citan la «Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género» de la Asamblea General de las

¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos: caso Chapin y Charpentier vs. Francia (Solicitud N° 40183/07), del 9 de junio de 2016, fundamento 48.

¹³ A solicitud de Costa Rica, mediante la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, la Corte IDH, con 6 votos a favor y 1 en contra, opinó en uno de sus extremos que es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

Naciones Unidas del 22 de diciembre de 2008 (**Declaración NU 2008**) que exige la igualdad de goce de derechos por parte de todos los seres humanos con independencia de su orientación sexual. Mencionan que la referida orientación sexual no es una enfermedad o patología; y que de conformidad con diversos documentos del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, la orientación sexual es una categoría especialmente protegida contra la discriminación. Para estos dos magistrados corresponde una interpretación sistemática que ponga de relieve otros derechos fundamentales, como a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad y orientación sexual, reconocidos en el art. 2 de la Constitución. Citan abundante legislación y jurisprudencia de altas cortes de justicia de otros países que han habilitado el matrimonio igualitario. Consideran que las opiniones consultivas de la Corte IDH son un parámetro fundamental para entender los verdaderos alcances y contenidos de la Convención Americana, por lo que constituye un criterio excesivamente formalista reducir su relevancia al país que efectuó la consulta. Sostienen que la inscripción de un matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al orden público internacional por dos razones principales: (i) la exhortación realizada por la Corte IDH y (ii) que la Constitución peruana no avala la introducción de un trato discriminatorio en contra de las personas que deseen celebrar un matrimonio civil en función de su orientación sexual. Ambos magistrados reconocen que su voto no será del agrado de la mayoría de la población peruana que profesa la religión católica.

Finalmente, el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña, quien reconoce que el colectivo LGTBIQ se encuentra en especial situación de vulnerabilidad frente a la discriminación y hace referencia a la Declaración NU 2008, así como al Estudio de la Comisión IDH sobre «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes» de 2012 y a la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre «Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género» de 2016. También precisa que la homosexualidad no es una enfermedad. Sostiene que ninguna persona puede ser discriminada por razón de su orientación sexual en atención al derecho a no ser discriminado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Considera que el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero es un asunto de puro derecho, por lo que el proceso contencioso administrativo no sería una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo, pues dilataría innecesariamente la discusión del asunto. Sostiene que sí habría cobertura constitucional para el matrimonio igualitario. Afirma que la Opinión Consultiva OC-24/17 es vinculante, y que en su opinión no es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese prohibido el matrimonio distinto al

heterosexual. Concluye que la demanda debió ser declarada fundada, pues el Reniec violó el derecho a la no discriminación del señor Ugarteche.

Como puede apreciarse en esta apretada síntesis, salvo el magistrado Miranda, que rechazó la demanda por un aspecto formal, los otros seis magistrados abordaron el fondo de la controversia: ¿Debió o no inscribir el Reniec el matrimonio entre dos personas del mismo sexo celebrado en el extranjero? Tres magistrados rechazaron la demanda porque insistieron, entre otros argumentos, en una interpretación gramatical de la definición de matrimonio contenida en el Código Civil, la Constitución y diversos tratados internacionales. Los otros tres magistrados consideraron, en cambio, también entre otros fundamentos, y privilegiando una interpretación sistemática, que al rechazar la solicitud del señor Ugarteche, el Reniec había violado sus derechos constitucionales a la no discriminación y al libre desarrollo de su personalidad.

Para ir terminando, a continuación se mencionan dos ejemplos jurisprudenciales en los que un tribunal establece un precedente de observancia obligatoria, pero luego el colegiado que lo sustituye modifica dicho precedente en un sentido diametralmente opuesto.

El primer ejemplo trata de dos precedentes administrativos de observancia obligatoria emitidos por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi sobre la metodología de análisis de los acuerdos de precios entre competidores. En el Caso “Empresas avícolas” de 1997¹⁴, los vocales de dicha Sala declararon como precedente que los acuerdos de precios entre competidores eran *per se* ilegales, lo que significa que no se necesita sopesar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de dichos acuerdos para determinar su ilicitud, pues para el legislador el balance siempre es negativo. En el Caso “SOAT” de 2003¹⁵, la misma Sala, pero con una composición distinta, consideró que los acuerdos de precios entre competidores debían ser analizados bajo una *sui generis* regla de la razón, en el sentido de que pueden ser lícitos si se cumplen ciertas condiciones¹⁶. Dos colegiados interpretaron las mismas normas

¹⁴ Resolución 276-97-TDC (Expediente 029-96-CLC) del 19 de noviembre de 1997.

¹⁵ Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI (Expediente 004-2002-CLC) del 16 de junio de 2003.

¹⁶ i) Si el acuerdo de precios contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si el referido acuerdo es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si tal acuerdo no se convierte de manera indirecta en una forma que facilite a las

—los artículos pertinentes de los Decretos Legislativos 701¹⁷ y 807¹⁸ y la exposición de motivos de este último—, pero arribaron a resultados diametralmente opuestos. Para zanjar la discusión, el Decreto Legislativo 1034¹⁹, de junio de 2008, establece que los acuerdos de precios entre competidores constituyen prohibiciones absolutas; es decir, son *per se* ilegales.

El segundo ejemplo versa sobre dos precedentes constitucionales vinculantes emitidos por el TC con relación a la controversial figura del “control difuso administrativo”²⁰. En el Caso “Salazar Yarlenque” de 2006, el TC estableció que los tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten justicia administrativa con carácter nacional, que se encuentran adscritos al Poder Ejecutivo y que su propósito es declarar derechos fundamentales de los administrados, tienen la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnere manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, siempre que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia, que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución, y que el ejercicio del control difuso administrativo tenga por objeto una mayor protección de los derechos constitucionales de los administrados²¹. En el Caso “Consortio Requena” de 2014, el TC, con una composición diferente, explicó que el precedente Salazar Yarlenque desnaturalizaba una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la carta magna, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad, por lo que en ningún caso los

empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.

¹⁷ Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de noviembre de 1991.

¹⁸ Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de abril de 1996.

¹⁹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.

²⁰ Entendiendo por “control difuso administrativo” la potestad de ciertos tribunales administrativos para efectuar el control constitucional de normas con rango de ley.

²¹ Sentencia del TC (Expediente 3741-2004-AA/TC) del 11 de octubre de 2006, aclarada mediante Resolución del 13 de octubre de 2006.

tribunales administrativos tienen competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución²².

El disentimiento es común en el Derecho. Siempre aparecen nuevas posiciones antagónicas. Conviven hasta que una supera a la otra, aunque a veces la vencida luego es reivindicada, y el proceso comienza nuevamente. A veces es la ley la que zanja la discusión, pero en algunos casos solo de manera temporal, pues luego la ley es derogada, modificada o sustituida en revancha de lo que hizo la anterior. Como afirma acertadamente Fernando de Trazegnies:

«...los resultados de la lucha —expresados como normas, contratos y doctrinas aceptables— no quedan fijos para siempre; son meras cristalizaciones temporales que inmediatamente son reintroducidas a su vez en las luchas futuras como materiales de construcción de nuevas soluciones originales. Es por ello que las leyes no son el Derecho, sino apenas solidificaciones transitorias, prontamente cuestionadas, reinterpretadas y utilizadas sea como arma, sea como blanco, en esa dialéctica de intereses y poderes que no termina nunca.»²³

A través de la columna “Voto Disidente”, que inauguramos con el presente artículo, prometemos a los lectores que intentaremos demostrar, independientemente de si estarán o no de acuerdo con la posición que esgrimiremos, que en la confrontación, en la dialéctica, en el disentimiento, está lo más apasionante del Derecho.

Quito, 27 de febrero de 2021

²² Sentencia del TC (Expediente 04293-2012-PA/TC) del 18 de marzo de 2014.

²³ Fernando de Trazegnies Granda, Op. Cit., pp. 53 y 54.