

# III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

---

## Ponencia de Perú



# LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO

Dr. Francisco Javier Acosta Sánchez  
Presidente del Tribunal Constitucional del Perú

## SUMARIO:

I. Introducción. II. Control concreto de inconstitucionalidad. II.1. Introducción. II.2 Naturaleza del control. II.3 Sujetos legitimados para la impugnación. II.4 Requisitos materiales para la admisión o ejercicio del control difuso. II.5 Características principales del procedimiento del control difuso. II.6 Normas susceptibles de ser inaplicadas a través del control difuso. II.7 Efectos de las sentencias o resoluciones de inaplicabilidad. II.8 Un problema en el control difuso en los procesos no constitucionales. II.9 el control difuso en los procesos constitucionales de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. II.10 El control difuso por el Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos a través del recurso extraordinario. II.11 Problemas en la legislación sobre el control difuso en los procesos constitucionales de tutela de derechos. II.13 ¿Puede ejercer el Tribunal Constitucional el control difuso en los otros procesos que conoce?. III. Control abstracto de constitucionalidad. III.1 Antecedentes. III.4 Órgano competente: el Tribunal Constitucional. III.4.1 Naturaleza. III.4.2 Competencia. III.5 La magistratura constitucional. III.5.1 Requisitos para la magistratura constitucional. III.5.2 Elección. III.5.3 Estatuto de los Magistrados: prohibiciones e incompatibilidades, independencia, inviolabilidad e inmunidad, derecho y prerrogativas. III.6 El proceso de inconstitucionalidad (acción de inconstitucionalidad). III.7 Normas objeto de impugnación. III.8 Control formal y material de constitucionalidad. III.9 Parámetro de constitucionalidad (el bloque de la constitucionalidad, los principios constitucionales). III.10 Sujetos legitimados. III.11 Representación de los sujetos legitimados. III.12 Requisitos y recaudos de la demanda. III.13 Calificación de la demanda. III.14 Traslado y contestación de la demanda. Vista de la causa. III.15 La sentencia: concepto, estructura, valor de cosa juzgada, efectos y publicación. III.16 Sentencia: quórum, mayoría requerida, votos singulares y fundamentos de voto. III.17 Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. III.18 Características complementarias del proceso constitucional. III.19 Algunos desarrollos jurisprudenciales en las sentencias. IV. Los principales problemas que plantea el control de la constitucionalidad en el modelo peruano. IV.1 Votación requerida para la declaración de inconstitucionalidad. IV.2 Votación requerida para la modificación de jurisprudencia. IV.3 Necesidad de magistratura suplente. IV.4 El Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución. IV.5 Necesidad de la incorporación de una nueva competencia al Tribunal Constitucional: la "consulta" en el control difuso. Conclusiones. Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN.

El punto de partida a efectos de comprender los mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional peruano es el principio de supremacía constitucional en cuanto fundamento de aquél y premisa básica a partir del cual se explica la consagración de un sistema de control de la constitucionalidad dentro de un concreto sistema político. Así, el principio de supremacía constitucional constituye, en definitiva, el fundamento jurídico político de la existencia del control jurisdiccional de la constitucionalidad. Por esto, para comprender éste ha menester introducirnos en aquél dentro del ordenamiento jurídico peruano

El principio de supremacía constitucional, denominado también como principio de constitucionalidad, es un principio fundamental o, si se prefiere, materialmente constitucional, que constituye un elemento basilar del ordenamiento peruano. Se halla consagrado expresamente por la Constitución, cuyo artículo 51° lo enuncia en los siguientes términos:

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”

Es en función de este principio que la Constitución se autodefine como la norma suprema del ordenamiento jurídico peruano y, por lo tanto, adquiere la virtualidad de norma vinculante *erga omnes*. Ahora bien, sentado el principio, es necesario la implementación de mecanismos orientados a preservarla y hacerla eficaz, dentro de ellos, tenemos por excelencia, a un mecanismo jurisdiccional que es el control de la constitucionalidad de las leyes

Es desde esta perspectiva que la Constitución ha diseñado un modelo de jurisdicción constitucional cuyo objeto radica precisamente en el control de la constitucionalidad de las leyes. Este diseño, consagra simultáneamente el control difuso como el control abstracto, aquél como facultad inherente a todo juez y éste reservado al Tribunal Constitucional a través de los procesos de inconstitucionalidad que conoce de modo exclusivo. Tal esquema, ya durante la vigencia de la Constitución de 1979, fue calificado por el jurista Domingo García Belaunde, como un modelo dual o paralelo<sup>1</sup>, por el hecho de la coexistencia de esas dos modalidades de control de constitucionalidad, lo cual también resulta válido para la configuración deparada por la actual Constitución de 1993, como el mismo se ha encargado de resaltar<sup>2</sup>.

## II. CONTROL CONCRETO DE INCONSTITUCIONALIDAD

### II.1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico peruano existe el denominado control difuso de la constitucionalidad. En efecto, él sigue el modelo americano de la *judicial review* en el que todo juez se halla investido de la potestad de inaplicar una norma cuando considera que ella es incompatible con la Constitución.

El punto de partida para comprenderlo es que, a diferencia de algunos modelos como el de España e Italia, el control difuso no origina la denominada “cuestión de inconstitucionalidad”, sino, por el contrario, se trata de una atribución de control reconocida a todo juez. En efecto, si durante la prosecución de un proceso, de la naturaleza que fuere, se presentara una incompatibilidad de la ley con la Constitución, esta situación no llega a constituir propiamente una cuestión incidental en el estricto sentido técnico jurídico de él, esto es, como un asunto aleatorio surgido dentro de un proceso judicial, el mismo que suspenda su resolución hasta en tanto la instancia competente haya resuelto la cuestión incidental. Claro está esto es lo que sucede en los sistemas que consagran la denominada “cuestión de constitucionalidad” como los antes señalados, que, ciertamente, no es el caso peruano.

En el ordenamiento jurídico peruano no existe una regulación autónoma y sistemática sobre el control concreto de la constitucionalidad, las normas que lo regulan se hallan dispersas en la Constitución y otras leyes. Así, nuestra norma fundamental enuncia al respecto, en el segundo párrafo de su artículo 138°, lo siguiente:

“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

Este precepto constitucional halla concretización en una norma legal de origen preconstitucional que es la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), cuyo artículo 14° establece lo siguiente:

<sup>1</sup> García Belaunde, Domingo “El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú” en *IUS ET PRAXIS*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 13, Lima, 1989, pp.145 y ss.

<sup>2</sup> García Belaunde, Domingo “La jurisdicción constitucional en Perú” en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 837.

“De conformidad con el artículo 236° de la Constitución<sup>3</sup>, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aún cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trate de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.”

Sin duda, ésta es la norma que en mayor detalle regula el control difuso, que, no obstante, halla complemento en otras dos del Código Procesal Civil, una referida al recurso de casación y otra relativa a la consulta:

“Artículo 386°.- Causales.- Son causales para interponer recurso de casación:

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial;
2. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial; o,
3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del artículo 236° de la Constitución.”

“Artículo 408.- Procedencia de la consulta.- La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas:

- 1.(...)
- 2.(...)
3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y,
4. (...)

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.”

Esta norma viene a introducir una vía adicional por la que la Corte Suprema tendría bajo su competencia el control difuso de la constitucionalidad, esto es, a través del recurso de casación. Por tanto, los casos de control difuso llegan a conocimiento de la Corte Suprema a través de dos medios: consulta y casación.

Estas normas del Código Procesal Civil se hallan en plena compatibilidad con el enunciado del citado artículo 14° de la LOPJ, pues, como ésta, se orientan a que sea la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema la que tenga que definir la interpretación definitiva en el control concreto de la constitucionalidad, con exclusión de cualquier otro órgano. Esto con excepción de los casos en los que el Tribunal Constitucional ya declaró inconstitucional una norma, la cual no podrá ser inaplicada a través del control difuso (Art. 39° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Mención especial merecen las normas relativas a la Acción de Hábeas Corpus y Amparo que contemplan una regulación especial sobre el control difuso en dichos procesos, a ellos se dedicará un apartado especial.

<sup>3</sup> Se refiere a la Constitución de 1979, en la que el artículo 236° contenía un precepto análogo al 138° de la actual Constitución de 1993, esto es, atributiva del control difuso de la constitucionalidad a los jueces.

Lo anterior refleja de inmediato la ausencia de una regulación autónoma sobre el control difuso, en efecto, ella se halla desperdigada en varios cuerpos normativos como la LOPJ, la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, el Código Procesal Civil. Esto resulta inconveniente no sólo por razones prácticas, sino sobretudo porque se desconoce que el control difuso constituye un instituto con unas características que requieren de una regulación normativa autónoma y exhaustiva, y porque, debido a su naturaleza, es un instituto propio de los mecanismos procesales para tutelar la supremacía constitucional, por lo que, en buena cuenta, es una materia propia de lo que puede ser un Código Procesal Constitucional.

## II.2 NATURALEZA DEL CONTROL

Se ha discutido la naturaleza de este tipo de control, habiéndose propuesto al respecto que se trata de una excepción, de la proyección del principio de supremacía constitucional al ámbito jurisdiccional, o del ejercicio de un atributo propio de la función jurisdiccional<sup>4</sup>.

Como de modo acertado se ha sostenido, el control difuso constituye una proyección del principio de supremacía constitucional al ámbito de la función jurisdiccional del Estado<sup>5</sup>. Esta caracterización resulta confirmada si se atiende a que en nuestro sistema, el ejercicio del control de inaplicabilidad, no genera un mecanismo procesal de orden incidental como el que surge en la denominada "cuestión de inconstitucionalidad".

Sin embargo, lo anterior no excluye que desde el punto de vista procesal tenga que señalarse que este tipo de control adquiere el carácter *incidental* en cuanto, como tal, no constituye el objeto de un proceso autónomo, sino de uno distinto que puede ser un proceso de naturaleza civil, penal, laboral, etc. Es desde esta perspectiva que él reviste carácter incidental, no de un proceso autónomo, como en el caso del control abstracto de la constitucionalidad.

El ámbito de aplicación de este principio ha sido precisado de modo ilustrativo por Jorge Danós en los siguientes términos: "La gama de situaciones en que podría tener aplicación es bastante amplia y de ningún modo se reduce a consistir en un simple contraderecho del demandado (o procesado) puesto que no se dirige exclusivamente contra demandas, sino contra cualquier pretensión de alguna de las partes en las que se invoquen dispositivos inconstitucionales; inclusive, puede ir contra de normas de procedimiento. En síntesis tiene efectividad; para impedir la aplicación de cualquier norma (sustantiva o procesal), por cualquiera de las partes intervinientes de un proceso (demandante o demandado), en cualquier etapa del mismo."<sup>6</sup>

## II.3 SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA IMPUGNACIÓN

La citada norma constitucional confiere a todo Juez, la potestad de ejercer el denominado control difuso de la constitucionalidad, siendo así una potestad ejercitable de oficio. Los "jueces" a los que alude dicha norma comprende lógicamente a todo órgano unipersonal (juez) o colegiado (Salas de las Cortes Superiores o de la Corte Suprema) del Poder Judicial, comprendería entonces a: jueces de paz, jueces de primera instancia, las Salas de la Corte Superior y de la Corte Suprema.

Pero además de los órganos jurisdiccionales mencionados, el control de inaplicabilidad puede ser incoado por los sujetos del proceso, esto es, tanto por el demandante como por el demandado (o procesado).

Al margen de lo anterior, podría plantearse la interrogante si, es válido dentro del ordenamiento, que el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura o la Justicia Militar, pueden válidamente ejercer el control difuso. Las normas del ordenamiento peruano no regulan tan extremo, sin embargo, si se atiende al hecho de que por mandato constitucional ellos son competentes para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en determinadas materias, se llegaría a admitir que si ostentan tal

<sup>4</sup> Cfr. Danós Ordoñez, Jorge y Sousa Calle, Martha "El control normativo jurisdiccional de las normas con rango de ley" en Eguiguren Praetii, Francisco *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco Editores S.A., 1987, Lima, pp.298-299.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 303 y 305.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p.304.

función; empero, aceptar tal tesis interpretativa ¿no significaría acaso la fragmentación de la unidad interpretativa de la Constitución? Lo cierto es que no hay una previsión legal al respecto y, de pronto, sería más prudente que se abstengan de ejercer dicha facultad en tanto no se incorpore a nuestro sistema un mecanismo que permita al Tribunal Constitucional tener competencia de los casos que suponen el ejercicio del control difuso en cualquier tipo de procesos, para pronunciarse sobre este extremo, por ejemplo, a través de la remisión a su conocimiento a través de la consulta.

Lo anterior, desde luego, no implica desconocer que los supuestos en los que el Tribunal ha ejercido el control difuso es vinculante para todos los órganos que ejercen función jurisdiccional, pues, a tenor de la primera disposición general de la LOTC, los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a la interpretación de la Constitución que aquél efectúe en todos los procesos que conoce.<sup>7</sup>

#### II.4 REQUISITOS MATERIALES PARA LA ADMISIÓN O EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO

El conjunto de presupuestos que habilitan que alguna de las partes puedan plantear la incompatibilidad de la ley con la Constitución o para que el Juez pueda ejercer el control de inaplicabilidad no cuenta con una regulación sistemática y autónoma al respecto, sin embargo, en base a nuestro ordenamiento jurídico, los requisitos sustantivos para avaluar la constitucionalidad o no de una ley, ha de verificarse los siguientes extremos: la existencia de un concreto proceso en sede judicial, la situación objetiva de incompatibilidad entre una norma de jerarquía de ley o infralegal con la Constitución, que la inconstitucionalidad de una norma sea determinante en la resolución del caso; y, que la inconstitucionalidad resulte insalvable. Veamos.

- a) La *existencia de un caso concreto*, es decir, de un proceso judicial de cualquier naturaleza (civil, penal, laboral, etc.)
- b) La presencia de una *situación objetiva de inconstitucionalidad* de una norma a aplicarse en un caso concreto (Cfr. Art. 138, 2º párrafo, Constitución: "En todo proceso, de existir *incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal*, los jueces prefieren la primera,..."(cursiva nuestra) ). Cabe precisar que el parámetro de evaluación de constitucionalidad incluirá, si las circunstancias del caso así lo ameritan, el denominado bloque de la constitucionalidad al cual menciona el artículo 22º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).
- c) La *inconstitucionalidad de una norma tiene que ser un aspecto principal de la cuestión controvertida* dentro de un proceso, y no accesorio, de modo tal que su resolución dependa de la inaplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. Por consiguiente, no corresponde aplicar dicho control si la norma a inaplicarse por inconstitucional no resulta determinante en la resolución del proceso, encontrándose, más bien, tangencial o de orden estrictamente secundario.
- d) La *inaplicación como ultima ratio*. El control de inaplicabilidad deberá efectuarse solamente cuando no ha sido posible interpretar la norma cuestionada, de conformidad con la Constitución. Esto por virtud del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, por el cual, se presume que éstas y demás normas dictadas por el Estado son constitucionales, salvo prueba en contrario. Este principio, por lo demás, ha sido recogido legislativamente por la LOTC, cuya Segunda Disposición General establece que "Los jueces y tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional."

La concurrencia de estos tres últimos aspectos en la resolución de *un proceso*, de la naturaleza que éste fuere, habilitan para que el Juez ejerza dentro de él, el control de inaplicabilidad. En el ejercicio de este control es de suma importancia una aplicación ponderada y oportuna del principio de *iura novit curia*, de vital importancia, máxime, donde se halla de por medio valores y principios constitucionalmente tutelados. La

<sup>7</sup> El Tribunal Constitucional, en su condición de Juez, ejerce también el control difuso, por ejemplo, en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo. V. infra.

importancia de ello radica en que, a través de él, la fuerza normativa de la Constitución resulta fortificada.

## II.5 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTROL DIFUSO

Como se tiene dicho, el control de inaplicabilidad no genera un procedimiento específico como el de la denominada "cuestión de inconstitucionalidad" para resolverla; por tanto, en el supuesto de que dicho control fuera operado, el proceso discurre normalmente, pues la incompatibilidad es resuelta dentro del mismo proceso. En tal sentido, si la resolución de primera o segunda instancia, no es impugnada, arribará siempre en grado de consulta, a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. La regla es que todos los casos en los que se verifique este control, tengan que ser de conocimiento de esta Sala, esto alcanza a las sentencias de segunda instancia, incluso en el caso que contra éstas no quepa recurso de casación.<sup>8</sup>

Cabe señalar que la consulta sólo procede en los casos en los que se ha realizado el control difuso respecto de normas de rango de ley, pues en el caso de normas de rango inferior, no se precisa de ello.<sup>9</sup>

Por medio de la consulta, el expediente del proceso en el que se ha efectuado el control difuso es elevado a la Sala antes mencionada, realizado ello, se procede a la vista de la causa en audiencia pública, en la cual, las partes, si lo solicitan, pueden informar oralmente y exponer sus alegatos, luego de lo cual, la consulta es dejada al voto para su consiguiente resolución.<sup>10</sup> La Sala Constitucional y Social puede aprobar o desaprobar la resolución materia de consulta.

La circunstancia de que en algún proceso se efectuara el control difuso no da lugar a que la norma inaplicada suspenda su vigencia, no existe, pues, con motivo del control difuso una medida cautelar, que por lo demás, no puede efectuarse ni a través del control concentrado de la constitucionalidad. Ello no obsta, en los supuestos que esto proceda, el efecto de los procesos cautelares existentes en el sistema peruano, si bien debe advertirse que la provisión cautelar no afecta en absoluto la vigencia de la norma incompatible con la Constitución.

## II.6 NORMAS SUSCEPTIBLES DE SER INAPLICADAS A TRAVÉS DEL CONTROL DIFUSO

A través del control difuso no sólo se tutela el principio de supremacía de la Constitución, sino, en general, del principio de jerarquía normativa. Por ello, puede también efectuarse control difuso o de inaplicabilidad respecto de normas generales de rango o jerarquía inferior al de la ley, como por ejemplo, las normas reglamentarias emitida por el Poder Ejecutivo, esto es, los decretos supremos, los decretos de alcaldía reglamentarios de las ordenanzas municipales, las normas reglamentarias de las normas de carácter general emitidas por los gobiernos regionales, en cuanto éstos se constituyan y, además, otras normas administrativas de carácter general.

Ahora bien, el control de inaplicabilidad que nos interesa es el efectuado respecto a normas que tienen rango de ley, es decir: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter regional, ordenanzas y edictos

<sup>8</sup> Esto es así, en la medida de que uno de los supuestos en que procede el recurso de casación es precisamente frente a sentencias en las que se efectúa el control difuso.

Código Procesal Civil - Artículo 386º.- Causales.- Son causales para interponer recurso de casación: (...)

1. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial:

(...)

3. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. *Está incluida en el inciso 1 la causal de aplicación indebida del artículo 236º de la Constitución.* (cursiva nuestra)

<sup>9</sup> Cfr. Art. 14º LOPJ. *in fine.*

<sup>10</sup> Cfr. LOPJ Arts. 131 y ss.

municipales. Son éstas las normas que constituyen objeto del control abstracto de la constitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional, por lo que diferimos su tratamiento al ofrecido luego sobre el proceso de inconstitucionalidad.

## II.7 EFECTOS DE LAS SENTENCIAS O RESOLUCIONES DE INAPLICABILIDAD

Los efectos de las resoluciones o de la sentencia que efectúa el control de inaplicabilidad, se limitan al caso concreto, es decir, es de efectos interpartes. Así lo establece el artículo 14° de la LOPJ, en la parte que enuncia que "(...)En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece(...)"

Sin embargo, cabe precisar que el artículo 22° de la citada ley orgánica, ha consagrado como principio general del derecho el de *stare decisis* o precedente vinculante. En efecto, dicha norma enuncia que:

"Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento(...)" (subrayados nuestros).<sup>11</sup>

Con este precepto legal, se ha venido a sancionar, en definitiva, la jurisprudencia en cuanto auténtica fuente de derecho, lo cual tiene un importante significado en el efecto de las resoluciones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en las que se verifica el control difuso. En tal sentido, en virtud del citado artículo, la jurisprudencia que en materia de control difuso estableciera la mencionada Sala, resultará vinculante para las instancias del Poder Judicial, quiere decir esto que los casos análogos a aquél en el que se inaplicó determinada norma debido a su incompatibilidad con la Constitución, exigirán una consecuencia jurídica similar, bajo responsabilidad. De este modo, aunque la norma inaplicada continúa formalmente vigente en el ordenamiento jurídico, la consecuencia del principio de precedente vinculante es que esa norma ya no podrá ser aplicada y con ello, resulta virtualmente expulsada del ordenamiento jurídico. La consecuencia de este aspecto es que, los efectos prácticos del control difuso y los del concentrado o abstracto, tienden a asimilarse.

## II.8 UN PROBLEMA EN EL CONTROL DIFUSO EN LOS PROCESOS NO CONSTITUCIONALES

Para plantear este problema, el punto de partida es entender que las normas declaradas inconstitucionales a través del control concentrado, no pueden ser inaplicadas y que, el eventual control difuso que haya efectuado con anterioridad el Poder Judicial no obsta, en absoluto, para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la misma norma, si así lo estima, en la medida que él es el supremo intérprete de la Constitución. Esta eventual disonancia interpretativa es una consecuencia inadmisibles en el ordenamiento

<sup>11</sup> El texto íntegro del citado artículo es el siguiente:

"Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse de sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan."

constitucional por dos razones. La primera es el peligro que conlleva para el sistema jurídico el hecho de que se ofrezcan dispares interpretaciones de la Constitución que no viene sino a socavar su propia fuerza interpretativa y, además, de que ello conllevaría un atentado contra el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Adicionalmente a lo anterior, debe repararse en el hecho de que el control difuso efectuado por el Poder Judicial, no va llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional, sino a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, en grado de consulta. Por tanto, cabe señalar que en este supuesto no es el Tribunal Constitucional el que decide el sentido final de la Constitución, sino otro órgano, con lo que adviene en un intérprete más, concurrente con éste, y no en el supremo intérprete tal cual es su condición. Por lo demás, esto ocasiona interpretaciones eventualmente contradictorias sobre la Constitución. Pensamos que estos problemas derivados de la inaplicación hallan origen en que el control difuso y el control concentrado desenvocan en dos órganos diferentes (Corte Suprema y Tribunal Constitucional, respectivamente) que resultan, finalmente, en dos titulares de la interpretación definitiva de la Constitución. He ahí el problema, en los sistemas de control concentrado esto no sucede porque ello está reservado al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de constitucionalidad y por otra, en los del control difuso como el de Norteamérica o el argentino, esto no sucede, debido a que será la Corte Suprema, la que finalmente conozca, sin disputa en la actividad interpretativa por otro órgano de función jurisdiccional.

Es oportuno mencionar que el artículo 14° de la LOPJ nace al amparo de una concepción en la cual la Corte Suprema se constituye el titular de la última palabra, en materia de control difuso de la constitucionalidad, es decir el intérprete último, por lo menos, en esta modalidad de control. Por cierto, en este caso, no se hacía sino guardar una línea consecuente de desarrollo de la *judicial review* en el que es finalmente la Suprema Corte Norteamericana la que ostenta la condición de intérprete supremo de la Constitución. De este modo, la forma en la que se regulaba el control difuso de la constitucionalidad sólo trataba de ser fiel con el modelo que le servía de inspiración; empero, ello, sin advertir que, a diferencia del modelo norteamericano, frente a la Corte Suprema se tenía otro órgano constitucional que también tendría la palabra final en la interpretación de la Constitución, el que entonces fuera el Tribunal de Garantías Constitucionales, si bien, sólo a través del control abstracto o concentrado. Esta dualidad de titulares de la interpretación final de la Constitución, al parecer no fue debidamente aquilatada en relación a las disfuncionalidades que en materia de interpretación de la Constitución podía generar, extremo que, ciertamente, se plantea también con el actual Tribunal Constitucional.

## **II.9 EL CONTROL DIFUSO EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE AMPARO, HÁBEAS DATA Y ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO**

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, merece especial atención el control difuso en los procesos constitucionales de tutela de derechos, como el hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, esto, debido al rol fundamental que dicho control desenvuelve en la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, el artículo 3° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, ley N.º 23506, establece que:

“Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo procedimiento.”

De este modo, se incardina en los procesos constitucionales de derechos, una modalidad de control indirecto de la constitucionalidad, de modo tal que a través de ellos se tutela simultáneamente, los derechos de la persona así como la jerarquía de las fuentes y, concretamente, la supremacía de la Constitución. Es oportuno precisar que en esta forma se consagra un género de proceso constitucional contra actos basados en normas incompatibles con la Constitución, mas no una modalidad de proceso subjetivo (tuitivo de derechos) encaminado directamente contra dichas normas, como es el caso del denominado amparo contra leyes del derecho mexicano.

Los presupuestos sustantivos a partir de los cuales procede efectuarse son similares *mutatis mutandi* a los antes señalados respecto al control difuso en los procesos ordinarios. Estos es:

- a) Que se haya iniciado un *proceso constitucional de tutela de derechos* (hábeas corpus, amparo, hábeas data, o de cumplimiento) por el que se demanda tutela jurisdiccional frente a un acto lesivo conculcatorio de algún derecho constitucional.
- b) Que el *acto lesivo* (violación o amenaza de violación) consista en un *acto aplicativo de una norma incompatible con la Constitución*. No se trata de cualquier acto lesivo, sino de aquél efectuado en aplicación de una norma considerada inconstitucional.<sup>12</sup> Es en esta peculiaridad del acto lesivo denunciado, donde se evidencia la inescindible relación entre el objeto de tutelar el derecho fundamental con la consiguiente inaplicación al caso de la norma que sustenta tal acto.
- c) Que se trate de una *incompatibilidad inexorable o ineludible con la Constitución*, sólo en tanto no sea posible interpretar la norma en cuestión, de conformidad con la propia Constitución. Si bien debe precisarse que en este caso tendrá que matizarse la ponderación del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes debido al valor de los derechos cuya tutela se halla de por medio y, de ese modo, ceder relativamente, ante el principio de *favor libertatis* o *pro homine*.

En cuanto a la forma en la que se opera el control de la *inaplicación* no precisa la formación de un proceso incidental, a cuya resultas se tenga que suspender el proceso principal (amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento), sino que debe ser resuelto dentro de él mismo.

La resolución que en estos casos estima la demanda, sólo tiene efectos interpartes o limitados al caso concreto, pues, "(...)no derogan ni anulan las normas, sino que únicamente se limitan declarar su no aplicación al caso concreto.(...)"<sup>13</sup> Es decir, la norma inaplicada continúa formalmente vigente dentro del ordenamiento, no obstante, como ya se dijo, la eficacia práctica de estas resoluciones trascienden el caso concreto y tienen un efecto análogo al derogatorio a través del control concentrado de la constitucionalidad; pues, por virtud del principio de precedente vinculante, la norma inaplicada no podrá serlo válidamente en procesos ulteriores, en cuanto, a tenor de la Ley Complementaria de Hábeas Corpus y Amparo, "Lo resuelto en definitiva en estos casos servirá como precedente para situaciones análogas." (Art. 5º) y porque la jurisprudencia que en procesos de tutela de derechos fija principios de alcance general son de observancia obligatoria.<sup>14</sup> Esto no obsta, empero, que la judicatura pueda apartarse del precedente establecido,<sup>15</sup> esto es de la inaplicación efectuada; aunque una recta interpretación de esta facultad sugiere que ello sólo sea aceptable si las razones jurídicas (modificación de la norma) o fácticas (mutación de valores, etc) han variado sustancialmente.

Estas resoluciones son publicadas en el diario oficial *El Peruano*, como todas las resoluciones finales, consentidas y ejecutoriadas, recaídas en procesos constitucionales de tutela de derechos, por mandato de ley.<sup>16</sup>

La importancia del control difuso en los mencionados procesos constitucionales, radica en que son precisamente los procesos que tienen por objeto la tutela de derechos fundamentales, y no procesos de otra naturaleza, en los que puede resultar particularmente oportuno y eficaz su ejercicio, mas aún, si se repara que el mayor porcentaje de acciones de garantía se orientan contra el Estado, donde ciertamente el origen del acto lesivo no siempre puede radicar en el acto de aplicación de una norma, sino en ésta, ya cuando contraviene la Constitución o la ley, como sucede, por ejemplo, a través de leyes u otras normas generales infralegales. Por esto, este mecanismo de control tiene medular importancia para la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en el sistema constitucional peruano.

<sup>12</sup> Este es el extremo de su procedencia que precisa el citado artículo 3º de la ley N° 23506.

<sup>13</sup> Art. 5º de la ley complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 25398).

<sup>14</sup> Art. 9º de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23506).

<sup>15</sup> Art. 9º de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23506) y Art. 8º de su ley complementaria (N° 25398).

<sup>16</sup> Art. 42º de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

## II.10 EL CONTROL DIFUSO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS A TRAVÉS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

El Tribunal Constitucional ha ejercido en algunos casos el control difuso. Esto ha sucedido en casos muy significativos como los de materia tributaria en donde se hallaban de por medio la tutela de derechos fundamentales frente a la potestad tributaria del Estado.

Lo que este género de decisiones ha dejado en evidencia es el doble carácter de los procesos constitucionales de tutela de derechos, en especial del amparo, pues, a través de él, se ha resguardado simultáneamente, los derechos fundamentales implicados en cuanto intereses jurídicos subjetivos, y la regularidad del proceso de producción del derecho, de modo tal que se respete el principio de jerarquía de fuentes.

En estos casos, el Tribunal Constitucional se ha considerado del todo habilitado a ejercer el control difuso de la constitucionalidad. Esta tesis interpretativa ha sido reivindicada en diferentes sentencias, dentro de las que, por su contundencia, podría citarse las siguientes:

En el caso de doña Inés Tello de Necco contra el Jurado de Honor de la Magistratura, el Tribunal sostuvo "Que, el artículo 138, segundo párrafo, de la Carta Fundamental consagra el principio básico de la Supremacía Constitucional, por el que cualquier norma o acto de los poderes constituidos quedan subordinados a la Constitución; que el artículo 3° de la Ley N° 23506 prescribe que las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma incompatible con la Constitución" (primer Fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N° 056-97-AA/TC).

En el caso del Personal de Activos, Jubilados y Cesantes de ENACE contra el Supremo Gobierno, sostuvo el Juez de la Constitución, "Que, por medio de la acción de amparo, lo que si cabe es solicitar la inaplicabilidad de la norma legal cuya ejecución puede vulnerar algún derecho protegido por la Constitución, (...)" (cuarto Fundamento de la Sentencia recaída en el Exp. N° 278-93-AA/TC).

A su vez, en el caso de Constructora Inmobiliaria Valle del sur S.R.Ltda. contra el Ejecutor Coactivo del IPSS, señaló que "(...) cualquier tipo de norma es pasible de ser evaluada constitucionalmente por vía del control difuso cuando su vigencia coloca en entredicho algún derecho fundamental conforme lo dispone el artículo 3° de la Ley N° 23506 (...)" (quinto Fundamento de la sentencia recaída en el Exp. N° 461-96-AA/TC).

Reconociendo de modo expreso el poder-deber del control de inaplicabilidad, sentenció en el caso Cía Urbana de Rentas Perú S.A. y Cía de Inversiones Montealegre Perú S.A. contra el Supremo Gobierno, "Que la facultad de no aplicar una norma por no ser compatible con la Constitución en procesos como el amparo, cuya competencia es reconocida a los jueces y magistrados del Poder Judicial, y de este mismo Colegiado, no puede realizarse en forma abstracta sino como resultado de la existencia de una situación concreta de hechos, cuya dilucidación exige la aplicación de una norma legal, (...)" (subrayados nuestros) (tercer Fundamento de la sentencia recaída en el Exp. N° 314-93-AA/TC.).

Es de este modo en el que ha interpretado el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución así como el artículo 3° de la ley de Hábeas Corpus y Amparo. Con ello, en definitiva, la función de control de constitucionalidad que la Constitución y su Ley Orgánica le reconocen (Art. 201° y 1°, respectivamente), no se circunscribe únicamente al proceso de inconstitucionalidad, sino ha de proyectarse también en otros procesos constitucionales, y de modo muy significativo en lo que concierne a la tutela de los derechos fundamentales, frente a normas de rango de ley provenientes del poder ejecutivo y frente a las del legislativo, a través del recurso extraordinario.

Dentro de los casos en los que el Tribunal ha ejercido el control difuso de constitucionalidad de normas con rango de ley, podemos referirnos a algunos. Cabe resaltar que un conjunto importante de estas sentencias fueron expedidas en procesos de amparo sobre materia tributaria. Así sucedió en la sentencia recaída en el caso Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara (Exp. N° 646-96-AA/TC), en el que se concluye en que el impuesto mínimo a la renta establecido por el artículo 109° del decreto legislativo N° 774 resulta confiscatorio y por ello, atentatorio del principio constitucional de no confiscatoriedad, por lo que, en ejercicio del control difuso, inaplica por inconstitucional la citada norma, en virtud de la cual se había emitido los actos administrativos consistentes en las órdenes de

pago que disponían la cancelación de tal impuesto, disponiéndose consiguientemente la nulidad de dichas órdenes. Este precedente fue seguido en el caso Textil del Pacífico S.A. (Exp. N° 680-96-AA/TC), así como en los de Consorcio Textil del Pacífico S.A. (Exp. N° 485-96-AA/TC) y Compañía Textil El Progreso S.A. (Exp. N° 1023-96-AA/TC).

Igualmente, en materia tributaria, en la sentencia recaída en el caso de Embotelladora Piura S.A. contra el Supremo Gobierno (Exp. N° 464-96-AA/TC), se declara inaplicable los artículos 1° y 3° del decreto legislativo N° 796, sobre Impuesto de Promoción Municipal Adicional, por considerarlos atentatorios al derecho de inmutabilidad de los términos contractuales (Art. 62° Constitución) y del derecho a la igualdad. De modo análogo, esta tesis es seguida en la sentencia dictada en el caso de Duilio Cuneo y Cía. S.C.R. Ltda. (Exp. N° 780-96-AA/TC).

Por otro lado, en la sentencia dictada en el caso Inés Tello de Ñecco contra el Jurado de Honor de la Magistratura (Exp. N° 056-97-AA/TC), se tuvo la ocasión de inaplicar por inconstitucional una norma (inc. 6 del Art. 177°) de la Ley Orgánica del Poder Judicial por considerar que ella contravenía el principio de presunción de inocencia enunciado por la Constitución (Art. 2°, inc. 24, lit. "e").

Otro es el de la sentencia recaída en el caso Constructora Inmobiliaria Valle del Sur S.R.Ltda. contra el Ejecutor Coactivo de lo que en aquél tiempo fuera el Instituto Peruano de Seguridad Social (Exp. N° 461-96-AA/TC), en esta ocasión, el Tribunal Constitucional inaplica por inconstitucional diversos artículos (3°, 6°, 7°, 8° y 11°) del entonces vigente Decreto Ley N° 17355, sobre procedimiento de cobranza coactiva, por considerar que dichas normas resultaban insuficientes para garantizar el ejercicio adecuado del derecho de defensa.

El control difuso o concreto efectuado por el Tribunal Constitucional no se circunscribió a las normas de rango de ley provenientes de los poderes ejecutivo y legislativo, sino también alcanzó a las originadas en las municipalidades, concretamente, a través de la inaplicación de normas generales por ella emitidas (ordenanzas, edictos). Así sucedió en la sentencia dictada en el caso de lo que fuera el Instituto Peruano de Seguridad Social contra la Municipalidad Distrital de Jesús María (Lima) (Exp. N° 916-97-AA/TC), en el que se declaró inaplicables dos Ordenanzas Municipales (Nos. 003-96 y 008-96) por ella emitidas, considerando que limitaban el derecho de propiedad constitucionalmente tutelado (Art. 70°, Constitución). Del mismo modo, en la sentencia recaída en el caso de Juan Paniagua Corazao y otro, contra la Municipalidad Distrital de La Molina (Lima) (Exp. N° 297-96-AA/TC), se declaró inaplicable un edicto municipal (N° 001-94) expedido por dicha Municipalidad, fundamentando su decisión en que aquél había sido dictado sin sujeción al principio de legalidad que las municipalidades deben respetar en el ejercicio de sus potestades tributarias (Art. 74°, Constitución).

Si es que habría que precisar un requisito esencial para la procedencia del control difuso en los procesos de tutela de derechos como el de amparo, a partir de jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, él radica en la necesidad de la existencia de un caso concreto (un proceso de amparo, por ejemplo) cuya resolución de mérito o de fondo dependa de la inaplicación de la norma incompatible con la Constitución. De lo contrario, en casos en los que no medie el acto de aplicación de la norma incompatible con la Constitución, el Tribunal ha declarado improcedente las demandas correspondientes, pues ello supondría una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, supuesto éste reservado para el proceso de inconstitucionalidad y, además, porque en principio, como se dijo, no procede el amparo contra normas de rango de ley.

Que el Tribunal Constitucional haya ejercido en los casos citados el control difuso de la constitucionalidad tiene un especial significado en la medida que la interpretación constitucional por él efectuada tiene fuerza vinculante respecto al Poder Judicial en mérito a la primera disposición general de la LOTC, aspecto que se imbrica con su carácter de supremo intérprete de la Constitución<sup>17</sup>; por lo cual, la resultante concreta es que, por virtud de ese carácter vinculante, prácticamente, las normas mencionadas han quedado expulsadas del ordenamiento jurídico peruano, pues ellas no podrían ser válidamente aplicadas por magistrados del Poder Judicial, menos aún en sede de la administración pública. Desde

<sup>17</sup> Sobre el carácter de Supremo Intérprete de la Constitución del Tribunal Constitucional. Vid. *Infra*.

luego, esto no alcanza a disposiciones legales que ya han sido derogadas (así, el decreto ley 17355, por la nueva ley de procedimiento de cobranza coactiva), pero que en el momento en que el Tribunal las inaplicó tenían vigencia. En cuanto a normas aún vigentes, es de resaltar de modo muy significativo la ya mencionada norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero que, en casos análogos, no podría válidamente ser aplicada, pues de lo contrario se estaría procediendo en contra de lo preceptuado por la primera disposición general de la LOTC.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad, en algunos casos, de acudir al mecanismo de la inaplicación ante normas legales de carácter autoaplicativo, casos en los cuales, podría afirmarse que se ha introducido una forma débil de amparo contra leyes. Decimos esto, por cuanto el proceso de amparo, a tenor de la Constitución (artículo 200° . inc. 2°) no procede contra normas legales, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha proyectado también su poder-deber de control de inaplicabilidad en casos donde la arbitrariedad de la norma legal ha sido evidente y, correlativamente, suponía una total indefensión de tutela jurisdiccional dispuesta por la misma norma. Esto ha sido de especial significado en casos de Magistrados del Poder Judicial destituidos.

## II.11 PROBLEMAS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE EL CONTROL DIFUSO EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE TUTELA DE DERECHOS

La legislación vigente presenta algunos aspectos problemáticos no previstos. Este es el caso de las sentencias estimatorias en segunda instancia en las que se aplica el control difuso. De acuerdo a la cuarta disposición transitoria de la LOTC, los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, sólo tienen dos instancias en el Poder Judicial, luego de lo cual procede la interposición de recurso extraordinario a ser resuelto por el Tribunal Constitucional, pero únicamente, si la resolución de segunda instancia del Poder Judicial –que no necesariamente es una sentencia, sino también un auto de rechazo *in limine*- es denegatoria. Pero, qué sucede si, como planteamos, no es resolución denegatoria sino estimatoria y, por otra parte, en ella se ha aplicado el control difuso. La legislación vigente no ha previsto de modo específico este supuesto.

Al respecto podrían plantearse dos interpretaciones: la primera es la que, acorde con la cuarta disposición transitoria de la LOTC, lo resuelto en segunda instancia en sentido estimatorio concluya definitivamente el proceso, sin importar que dentro de él se haya aplicado el control difuso y, además, al margen de lo dispuesto por el artículo 14° de la LOPJ que prescribe que en todos los procesos donde ello haya sucedido y no ha mediado impugnación, se tenga que elevar en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. En este caso, la sentencia estimatoria de segunda instancia que aplicó control difuso e incluso la de primera instancia que fuera consentida, en la que también se operó tal control, permanecerán en ese nivel sin que sea elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social. La otra posible interpretación sería la que postule que, no cabiendo recurso extraordinario ante sentencia estimatoria, ésta tenga que ser elevada en consulta a la mencionada Sala de la Corte Suprema, en mérito al citado artículo 14° de la LOPJ. Ambas interpretaciones son posibles como lo demuestra el hecho de que dicha Sala haya asumido en alguna ocasión, simultáneamente, las dos posturas.<sup>18</sup> Sin embargo, la segunda tesis interpretativa tiene el efecto negativo de generar otro intérprete final de la Constitución en claro detrimento de la condición de supremo intérprete de la Constitución que ostenta el Tribunal Constitucional.

En la solución de este problema urge la inmediata reforma legislativa que posibilite que todos los procesos de tutela de derechos en los que se opera el control difuso, sean de

<sup>18</sup> Este fue el caso de la resolución de fecha 28 de abril de 1998 (Exp. 1245-95: Cotton Mill S.A. con Superintendencia Nacional de Administración Tributaria), en el cual, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema admitió y aprobó la consulta (aunque, en este caso, lo hizo sólo siguiendo la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ya había establecido sobre el control difuso respecto al artículo 109° del decreto legislativo N° 774. Vid. supra) y, el otro, es el de la resolución de fecha 03 de octubre de 1998 (Exp. 544-98: Juana Cecilia Bernal Hernández con Electronorte S.A.) en la que no admite la consulta porque, de acuerdo con los fundamentos del Fiscal en lo Contencioso Administrativo, entiende que ella no procede en el caso de las acciones de garantía, aún cuando sí para los procesos ordinarios.

conocimiento del Tribunal Constitucional, sobre lo cual volvemos luego. Pero, entre tanto, la única posibilidad, aunque poco satisfactoria, pero respetuosa de la legislación vigente y en especial de la forma en la que la Constitución atribuye al Tribunal el conocimiento de procesos constitucionales de tutela de derechos (recurso extraordinario), es que las sentencias de segunda instancia en las que se aplicó el control difuso permanezcan en tal estado de conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria de la LOTC, lo cual comprende las sentencias de primera instancia consentidas en las se operó tal control. Con ello, se tiene, al menos provisionalmente, que la consulta que conoce la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, sólo procede respecto al control difuso efectuado en procesos ordinarios (civiles, penales, laborales, etc.), mas no respecto a procesos de tutela de derechos o acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento).

Claro está que, si precisamos la real magnitud del problema, éste se plantea respecto a los casos de control difuso sobre normas que no han sido aún objeto de dicho control, porque, las que lo fueron en sentencia del Tribunal Constitucional no representan demasiada gravedad en vista de que no hacen sino seguir la jurisprudencia por el establecida, salvo, claro está, de que se trate de una equivocada o meramente aparente aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal.

Por otra parte, cabe mencionar que el problema mencionado no se presenta en el caso de que los procesos constitucionales de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), sean de conocimiento del Tribunal a través del recurso extraordinario.

Estos problemas de disonancia interpretativa que se genera en el control difuso nos colocan frente a la necesidad de la implementación de un mecanismo que los evite, lo cual será formulado en la última parte de este trabajo.

### **II.13 ¿PUEDE EJERCER EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL CONTROL DIFUSO EN LOS OTROS PROCESOS QUE CONOCE?**

Cabe interrogar si el Tribunal Constitucional puede ejercer el control difuso en los procesos que conoce. La legislación no restablece algo al respecto. La Constitución (art. 138º) sólo impone el control de inaplicabilidad a todos los Jueces así como el principio de supremacía constitucional (art. 51º). El punto de partida para ensayar una respuesta es que en los procesos de inconstitucionalidad, en principio, no puede inaplicar la norma objeto de impugnación del proceso. Si bien, esto resulta obvio en cuanto se entiende la naturaleza y el objeto del proceso de inconstitucionalidad, es preciso resaltar su absoluta improcedencia debido a que con en cierta ocasión, algunos Magistrados del Tribunal pretendieron declarar inaplicable una ley que era objeto de un proceso de inconstitucionalidad.

Ahora bien, tanto en el proceso relativo a conflictos de competencia y de atribuciones como en los recursos extraordinarios, él puede ejercer validamente el control difuso al que, por virtud del principio de supremacía de la Constitución, se halla sometido.

## **III. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD**

### **III.1 ANTECEDENTES**

A diferencia del control difuso de constitucionalidad, el control abstracto en el ordenamiento jurídico peruano es de reciente data. Fue la Constitución de 1979 la que lo introduce a través de la incorporación del denominado "Tribunal de Garantías Constitucionales", que tomó como referencia los modelos de control concentrado de la constitucionalidad, en especial el de España. La Constitución lo definía como "el órgano de control de la Constitución" (Art. 296º) y tenía competencia para el conocimiento de dos materias (Art. 298): las acciones de inconstitucionalidad y los recursos de casación ante resoluciones denegatorias de hábeas corpus y amparo dictadas por el Poder Judicial.

Este órgano ejerció sus funciones desde noviembre de 1982, hasta abril de 1992. Dentro de misma orientación ya iniciada con la Constitución de 1979, la Constitución de 1993, instituye el ahora denominado, Tribunal Constitucional. Esta opción constituyó una afirmación a favor de Estado Constitucional de Derecho en el Perú porque, frente a ella, durante los debates de la constituyente de entonces, se propuso con vehemencia la idea de suprimirlo y sustituirlo con la asignación del control abstracto de la constitucionalidad a una Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República. Las razones de ello se hallaban esencialmente en la experiencia relativamente desalentadora del Tribunal de Garantías Constitucionales y, desde luego, también, en la ausencia de un cabal entendimiento de la importancia de esta institución dentro del esquema constitucional contemporáneo para la conservación del Estado Constitucional del Derecho y la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución. En este sentido, si es que ha de resaltarse de manera muy enfática algún aspecto de la Constitución de 1993 en lo concerniente a la jurisdicción constitucional, no cabe duda que ello corresponde al mantenimiento del control concentrado de la constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional está regulado por la Constitución, en su Título V y por su Ley Orgánica, la ley N° 26435, publicada el 10 de enero de 1995. Se instaló el 24 de junio de 1996 en la ciudad de Arequipa, fecha a partir de la cual viene ejerciendo sus funciones, aunque desde el veintinueve de mayo de 1997, debido a la destitución de tres de sus Magistrados, funciona sólo con cuatro Magistrados y, debido a ello no conoce por el momento las acciones de inconstitucionalidad, puesto que el quórum para resolver este tipo de procesos es de seis Magistrados.<sup>19</sup>

Debido al breve periodo durante el que ejerció su competencia en materia de control concentrado de la constitucionalidad, once meses aproximadamente, es poco lo que podemos destacar en relación a la experiencia jurisprudencial que se ha obtenido y sobre los problemas que podría hallarse respecto al proceso en sí, o alguno de sus institutos. En consecuencia, la problemática central a desarrollar en el presente punto se halla referida a los problemas que han imposibilitado un decurso normal del Tribunal peruano en el control concentrado de la constitucionalidad, sin que ello obste, desde luego, el tratamiento del proceso o acción de inconstitucionalidad y de sus principales aspectos.

### III.4 ÓRGANO COMPETENTE: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El órgano competente para el conocimiento de los procesos (o acciones) de inconstitucionalidad es el Tribunal Constitucional, es un órgano constitucional autónomo e independiente y está compuesto por siete Magistrados elegidos por el Congreso para un periodo de cinco años. De él trataremos su naturaleza (status), competencias, requisitos para el cargo de Magistrado del Tribunal, su elección y finalmente, el estatuto de sus Magistrados (estatuto de los magistrados: prohibiciones e incompatibilidades, independencia, inviolabilidad e inmunidad, derechos y prerrogativas).

#### III.4.1 NATURALEZA

Nuestra norma fundamental define al Tribunal Constitucional como el "órgano de control de la Constitución" (Art. 201°), con mayor precisión, el artículo 1° de su ley orgánica enuncia que es el "órgano de control de la constitucionalidad".

Se está ante un órgano de naturaleza constitucional al que se ha atribuido la custodia de la Constitución, no frente a un órgano de "relevancia" constitucional. Es un órgano constitucional porque es un *órgano fundamental en la estructura del Estado que participa en la configuración del proceso de orientación política en un status de paridad e*

<sup>19</sup> Con fecha 29 de mayo de 1997, se publica la Ley No. 26801 que incorpora una disposición transitoria a la LOTC que habilita al Tribunal Constitucional para que continúe en ejercicio de su función jurisdiccional resolviendo los recursos extraordinarios y los conflictos de competencia con el quórum de cuatro miembros, esto, en tanto se cubran los cargos vacantes.

*independencia respecto a otros órganos constitucionales y halla su configuración institucional nuclear en la propia Constitución.*<sup>20</sup>

Es un órgano fundamental, porque conforma la estructura institucional básica del Estado como un elemento indispensable en el proceso de formación de la voluntad estatal, sin cuya presencia la parte orgánica de la Constitución pierde identidad o fisonomía. Esto es tan cierto por el tipo histórico del Estado contemporáneo, es decir, el de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual resulta inconcebible que fundamenta el sistema constitucional peruano. Lo anterior se debe precisamente al hecho de que el Tribunal participa en la actuación y determinación de lo que doctrina italiana denomina como el proceso de orientación política (*indirizzo politico*), esto es, la formación de la voluntad estatal como función soberana y subyacente a las funciones específicas por las que aquélla se exterioriza o manifiesta; aun cuando el Tribunal Constitucional debido a su función jurisdiccional no participa en la determinación positiva del mismo, incide en él y lo condiciona en la medida que la descalificación de normas o actos por inconstitucionales implica el rechazo de la orientación política subyacente a ellos,<sup>21</sup> o, eventualmente, su anuencia, si se confirma la constitucionalidad de aquéllos. El Tribunal Constitucional se halla en un status de paridad frente a los otros órganos constitucionales debido a que, al igual que ellos, se halla en el vértice de organización del Estado; en consecuencia, es un órgano autónomo e independiente respecto a aquéllos, conforme lo establece el artículo 201° de la Constitución. En coherente línea con ello, el artículo 1° de la LOTC, señala que "Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales" y -añade- "Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica". La mencionada autonomía es funcional, administrativa, de gobierno y económica (presupuestal); en el primer caso en cuanto autonomía en el ejercicio de su función jurisdiccional, sólo vinculada a la Constitución y a la ley, en el segundo, en cuanto capaz de administrar sus recursos y bienes y personal; de gobierno, porque elige los órganos que han de conducirlo (Presidencia y Vicepresidencia); y, económica, en virtud de que tiene asignado un presupuesto. Finalmente, en virtud de su naturaleza de órgano constitucional, los aspectos esenciales del Tribunal están contemplados por la propia Constitución, en efecto, ésta regula la composición, designación de sus miembros, status institucional, función y competencias, en sus artículos 201° y 202°, respectivamente. La configuración mínima o nuclear de los atributos institucionales del Tribunal no se origina en la ley, ni siquiera en su ley orgánica, sino en la Constitución.

Por lo dicho, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional, pero a la vez, es un órgano jurisdiccional en cuanto tiene como imperativo el control de la constitucionalidad a través de la función jurisdiccional, es un Tribunal, un Juez de la Constitución, y como tal, un órgano que a través de los procesos que tiene bajo su competencia se ocupa de tutelar la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales.

En síntesis, se trata de un *órgano constitucional con función jurisdiccional en materia constitucional*, caracterización ésta que refleja su naturaleza dual, de órgano constitucional y órgano jurisdiccional.

### III.4.2 COMPETENCIA

El sistema de competencias del Tribunal Constitucional es previsto por la Constitución bajo la modalidad de cláusula cerrada o de *numerus clausus*. Por tanto, el constituyente descartó *ab initio* la posibilidad de acudir al enunciado de competencias constitucionalmente

<sup>20</sup> Se aplica al Tribunal Constitucional peruano las consideraciones efectuadas respecto a la Corte italiana y al Tribunal español. Vid. Respectivamente Pierandrei, Franco "La Corte Costituzionale" (voz) en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, Vol. X, pp. 894 y sgte; García-Peláyo, Manuel "El 'status' del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 1, Madrid, 1981, pp.11 y ss. Respecto al Tribunal peruano, en aplicación de estos mismos criterios V. Danós Ordóñez, Jorge "Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, CAJ, 199, pp.292 y ss.

<sup>21</sup> Para Temistocles Martínez "Il controllo di costituzionalità delle corti, quindi, si esercita sull'atto sottoposto al loro giudizio ma si estende anche a quel settore dell'indirizzo politico del quale l'atto e espressione: ne deriva che la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'atto e, al tempó stesso, dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'indirizzo politico in esso obbiettivato."(subrayado nuestro) Martínez. Temistocles "Indirizzo politico" (voz) en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1971.T.XXI, pp. 160-161.

establecidas junto a una remisión al legislador, para que él pudiera conocer "otras que la ley establezca". Cabe señalar que este aspecto reviste singular importancia para la dogmática constitucional, pues en virtud de él, queda proscrita la posibilidad de que pudiera incorporarse, válidamente, otras competencias al Tribunal, a través de otras formas legislativas que no sea la vía de la reforma constitucional.

Conforme al artículo 202° de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional:

- 1) Conocer, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad
- 2) Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.
- 3) Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignada por la Constitución, conforme a ley.

Sin duda, esta configuración de competencias del Tribunal Constitucional supera a aquella diseñada por la Constitución de 1979 para su precedente, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Y ello, concretamente en dos aspectos: el conocimiento de los conflictos constitucionales de atribuciones y competencias y el de los recursos extraordinarios, en calidad de instancia. En efecto, el Tribunal de Garantías carecía de competencia en materia de conflictos constitucionales, la cual, además, como tal, no existía en la Constitución de 1979; por otra parte, en cuanto a resoluciones denegatorias conocía únicamente en casación, mas no en condición de instancia; aspectos éstos que convergen en un Tribunal dotado de competencias ampliadas en una dirección más auspiciosa con la protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales.

Como puede apreciarse, el conjunto de competencias atribuidas al Tribunal Constitucional comprende el núcleo básico de las que un órgano de tal naturaleza se halla investido, es decir, control normativo, tutela de derechos constitucionales y conflictos constitucionales; el primero a través de la acción o proceso de inconstitucionalidad, el segundo por medio del recurso extraordinario; y, el último, a través del conflicto de competencias y atribuciones. Es por medio del conocimiento de estos tres aspectos que el Tribunal ejerce su función jurisdiccional de "control de la constitucionalidad", pues en cada uno de ellos no hace sino tutelar jurisdiccionalmente principios, valores y, en general, intereses constitucionalmente protegidos.

Que estas competencias sean el mínimum competencial indispensable, no significa que no haya carencia de otras que son también propias de la materia constitucional y que, además, son necesarias para un adecuado funcionamiento de la jurisdicción constitucional en nuestro sistema, tal como lo exponemos luego.

### III.5 LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

#### III.5.1 REQUISITOS PARA LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

Para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema de la República<sup>22</sup>. Estos requisitos son:<sup>23</sup> ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, haber sido Magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante diez años; haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años. Los requisitos atinentes a una dilatada experiencia profesional del derecho ya sea en el ejercicio forense, la judicatura, el ámbito académico, se deben a la elevada idoneidad profesional que se necesita para la magistratura constitucional, ello en coherencia con la exigencia de que, como señala Hans Kelsen, el Tribunal se componga de juristas eminentes. Aquí, la idoneidad profesional funciona como garantía de idoneidad del Tribunal en su función jurisdiccional y ciertamente, de la independencia de sus Magistrados.

Correlativamente, se hallan impedidos de acceder a la magistratura constitucional<sup>24</sup>: Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que no han dejado el cargo con un año de antelación a su postulación, o, si fueron objeto de separación o destitución por

<sup>22</sup> Constitución Art. 201°

<sup>23</sup> LOTC Art. 10°

<sup>24</sup> LOTC Art. 11°

medida disciplinaria: abogados inhabilitados por sentencia judicial; quienes han sido condenados o se encuentren procesados por delito doloso y, finalmente, los que han sido declarados en estado de quiebra. En este caso la finalidad fundamental es garantizar la idoneidad moral de los Magistrados.

### III.5.2 ELECCIÓN

El Tribunal Constitucional está conformado por siete Magistrados elegidos por el Congreso de la República para un periodo de cinco años, sin derecho a reelección inmediata. En cuanto es el Congreso el que los elige, el Tribunal recibe a través de este mecanismo una legitimación popular indirecta, pues son los Congresistas, en su condición de representantes de la Nación quienes los eligen.

La mayoría exigida para la elección de los Magistrados es de dos tercios del número legal de Congresistas, lo que equivale a un total de ochenta votos de ciento veinte. La mayoría cualificada prevista es coherente con la necesidad indispensable de alcanzar un amplio consenso en una materia de tan alta importancia como ésta.

El procedimiento está regulado en amplitud por la propia LOTC (Arts. 7º y 9º) y, en especial, por el *Reglamento especial para la elección de Magistrados del Tribunal Constitucional*, la Resolución N° 031-95-CCD dictada por el Congreso Constituyente Democrático.<sup>25</sup>

El procedimiento de elección de Magistrados está compuesta por dos fases, una preliminar a cargo de una Comisión Especial y otra conclusiva encargada al Pleno del Congreso, la primera con una función de calificación, la segunda con una función decisoria. El procedimiento se inicia con el nombramiento de la *Comisión Especial*, la que se integra por un mínimo de cinco y un máximo de nueve Congresistas que, en lo posible, sea proporcional a cada grupo parlamentario en el Congreso. La Comisión publica en el diario oficial la convocatoria para la presentación de candidatos, ésta debe efectuarse dentro de diez días de efectuada aquélla, luego de lo cual la Comisión, dentro de los tres días siguientes, procede a publicar la lista de candidatos propuestos para la eventual presentación de tachas en el término de los diez días posteriores. Concluido este plazo o resueltas las tachas, la Comisión califica a los candidatos y concluye con la selección de los que, en su concepto, ameritan ser propuestos al Pleno del Congreso, requiriéndose para tal efecto, la decisión aprobatoria de dos tercios de sus miembros. Con la propuesta de la Comisión, el Pleno del Congreso procede a la elección de los Magistrados mediante votación individual por cédulas de sus miembros. En caso de que no se alcance la mayoría requerida, el Pleno procede a una segunda votación. Por otra parte, si no logra cubrir el número total de Magistrados requeridos, la Comisión, dentro de un plazo no mayor a diez días naturales, formula sucesivas propuestas hasta que se realice la selección.

### III.5.3 ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS: PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES, INDEPENDENCIA, INVOLABILIDAD E INMUNIDAD, DERECHO Y PRERROGATIVAS

La función de Magistrado del Tribunal es a dedicación exclusiva, en consecuencia es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo (público o privado) o el desempeño de otra actividad o profesión, con excepción de la docencia universitaria. Les alcanzan, además, las mismas incompatibilidades que a los Congresistas. Entre las prohibiciones que por razón de función se les impone se hallan la de no afiliarse a organizaciones políticas así como la de no defender ni asesorar pública o privadamente, salvo en causa propia. Gozan de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional, pues, “no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad”<sup>26</sup>. Se hallan investidos de inviolabilidad, pues no responden por los votos u opiniones emitidas en su ejercicio de su función y, finalmente, tienen inmunidad porque no pueden ser detenidos ni

<sup>25</sup> Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de abril de 1995. Cfr. *Legislación Procesal Constitucional. Las Garantías Constitucionales*, edición preparada por el Tribunal Constitucional del Perú. R & F Publicistas Asociados. Lima, 1999, pp. 51 y ss.

<sup>26</sup> LOTC Art. 13º

procesados sin la correspondiente autorización del propio Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito. Finalmente, gozan de los mismos derechos y prerrogativas de los Congresistas.<sup>27</sup>

### III.6 EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD (ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD)

El proceso de inconstitucionalidad, denominado tanto por la Constitución de 1979 como por la de 1993, como "Acción de Inconstitucionalidad", es el que tiene por objeto el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes y de normas con igual rango.

El objeto del proceso de inconstitucionalidad es el tutelar el principio de supremacía de la Constitución y el principio de jerarquía normativa, de modo tal que se conserve el sistema objetivo de fuentes previsto por el ordenamiento constitucional y con él, la regularidad formal y material en el proceso de producción de las leyes. En efecto, el artículo 20° de la LOTC establece que "*Mediante el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad(...), el Tribunal garantiza la primacía de la Constitución(...)*" (cursivas nuestras).

Cabe observar que se trata de un control jurisdiccional de la constitucionalidad, pues el control político de la constitucionalidad se compete al que ejercen tanto el poder ejecutivo y el poder legislativo en el contexto de sus relaciones interorgánicas (derecho de veto, desaprobación de proyectos de ley provenientes del ejecutivo).

Como se señaló antes, nuestra tradición jurídica denomina "Acción" al proceso cuyo objeto es el control de la constitucionalidad de las leyes. Con rigor, si por acción se entiende el acceso a la tutela jurisdiccional proveída por el Estado para la protección de un determinado derecho, no resulta consecuente con su naturaleza adjetivarla con una denominación que sólo denota el aspecto subjetivo de él (el acceso a ese proceso). De allí, que sea más adecuado, conforme ya lo ha señalado autorizada doctrina peruana<sup>28</sup> en relación a la denominación de "Acción" que el artículo 200° asigna a los procesos de naturaleza constitucional, denominarlo como "proceso", en cuanto se trata de un conjunto ordenado y concatenado de actos procesales orientados a un pronunciamiento jurisdiccional declarativo de certeza. Por esta razón, optamos por la denominación de "proceso de inconstitucionalidad", precisando que con ella denotamos a la "Acción de Inconstitucionalidad".

El proceso de inconstitucionalidad consagra un control reparador o *a posteriori* de la constitucionalidad, de esta forma resulta excluido absolutamente el control preventivo, sobre normas de rango de ley que aún no han sido ni promulgados ni publicados.

### III.7 NORMAS OBJETO DE IMPUGNACIÓN

Las normas susceptibles de impugnarse a través del proceso de inconstitucionalidad, son las normas que tienen rango de ley, así tenemos<sup>29</sup>:

- leyes: son las típicas normas emitidas por el Congreso de la República en ejercicio de su función legislativa.
- decretos legislativos: son disposiciones emitidas por el poder ejecutivo en mérito a la delegación para legislar que él recibe del Congreso.
- decretos de urgencia: son disposiciones emitidas por el Congreso en ejercicio de facultades extraordinarias.
- tratados internacionales: comprende tanto los que requieren de la aprobación del congreso como aquéllos que no y provienen, únicamente, del Poder Ejecutivo.
- reglamentos del Congreso: el reglamento del congreso es una norma de carácter estatutario, tiene fuerza de ley, regula la organización y las funciones de Congreso, así como los derechos y deberes de los Congresistas.

<sup>27</sup> LOTC art. 13°. Constitución Art. 201°, 2° párrafo.

<sup>28</sup> García Belaunde, Domingo "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993" en *La Constitución de 1993 análisis y comentarios. Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 10, Lima, CAJ, pp.255 y sgte.

<sup>29</sup> Cfr. Constitución. Art. 200°, inc. 4 y LOTC. 20°.

- normas regionales de carácter general: los Gobiernos Regionales aún no se han constituido. por tanto, estas normas aún no existen en nuestro ordenamiento.
- ordenanzas municipales: constituyen normas generales regulatorias expedidas por los gobiernos municipales, a través de las cuales se regula la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada. De modo transitorio, por mandato expreso de la LOTC, bajo las ordenanzas municipales se incluye a otras normas de los gobiernos locales, los edictos municipales.<sup>30</sup>

Aunque dentro de las normas pasibles del control de constitucionalidad, no se menciona expresamente a las leyes orgánicas, es claro que la eventual inconstitucionalidad de ellas se impugna a través del proceso de inconstitucionalidad, es dentro de este contexto que se admitió a trámite el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Cabe resaltar dentro de las normas mencionadas, también habrá de considerarse comprendida los decretos leyes. Bajo esta denominación, se comprende a aquellas disposiciones emitidas por los gobiernos de facto, cuya jerarquía ha sido analogada a la de la ley. Por lo tanto, será el proceso de inconstitucionalidad, el medio a cuyo través se enerve los decretos leyes eventualmente inconstitucionales, extremo que es de resaltar, toda vez que son aún numerosas las normas de tal carácter que aún continúan en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano.

### III.8 CONTROL FORMAL Y MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La inconstitucionalidad de una norma puede ser por el fondo o por la forma, en el primer caso, supone la incompatibilidad material o de contenido de la norma impugnada con lo preceptuado por la Constitución. Por su parte, la inconstitucionalidad por la forma es la que se detecta en las normas de rango de ley cuyo proceso de producción halla algún vicio formal en algunas de sus fases, ya sea la de aprobación, promulgación o publicación. Así lo ha establecido la propia Constitución y la LOTC.<sup>31</sup>

Pero además, la inconstitucionalidad puede también originarse cuando las normas de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley no han sido aprobados bajo la forma de una ley orgánica cuando existiera una reserva de ley orgánica constitucionalmente dispuesta o en el caso de que impliquen modificación o derogación de una ley revestida de ese carácter.<sup>32</sup>

### III.9 PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD (EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD, LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES)

El parámetro de constitucionalidad viene a ser el conjunto de normas que el Tribunal Constitucional emplea para evaluar la constitucionalidad de la norma impugnada. Ciertamente, obvio es que este parámetro está conformado, en principio, por la Constitución; sin embargo, ella no la agota y viene también a integrarla, el bloque de la constitucionalidad y los principios generales y constitucionales; y, además, en calidad de fuente interpretativa, los tratados internacionales, pero en especial, los referidos a derechos humanos.

Por disposición expresa del artículo 22° de la LOTC, el parámetro mencionado se compone, además, por el denominado bloque de constitucionalidad, el cual está conformado por leyes

<sup>30</sup> En virtud de la Octava Disposición Transitoria de la LOTC, de modo provisional, los edictos municipales son comprendidos dentro de las categoría de las ordenanzas a efectos de su control por el Tribunal Constitucional. Los edictos son normas generales dictadas por los gobiernos municipales (denominados en otros lugares como "ayuntamientos"), a través de las cuales se aprueban tributos municipales y el Reglamento de Organización Interior de aquellos (Cfr. Art. 110°, 2° párrafo de la Ley Orgánica de Municipalidades (ley N° 23853).

<sup>31</sup> Const. Art. 204°, inc. 4°, in fine; LOTC, Art. 21°

<sup>32</sup> LOTC, Art. 21°, 2° párrafo.

que determinan las competencias o atribuciones de los órganos del Estado<sup>33</sup>. Siendo así, en principio, el bloque se conformaría únicamente por leyes orgánicas inherentes a los órganos del Estado, entendiendo por éstos sólo los *órganos constitucionales*. Precisión ésta que resulta importante en la medida que las leyes orgánicas, dentro del ordenamiento constitucional peruano, tienen como materia propia la estructura y funcionamiento de entidades, en general, previstas por la Constitución, lo cual, desde luego, desborda el ámbito de las que constituyen, estrictamente, órganos del Estado<sup>34</sup>; esto sin considerar que las leyes orgánicas comprenden, además, las que por mandato constitucional expreso se hallan reservadas a ley orgánica, aun cuando carecen de contenido estrictamente orgánico.<sup>35</sup> En síntesis, al menos desde una interpretación literal del citado artículo 22º, el bloque de constitucionalidad comprende no a todas las leyes orgánicas, sino sólo las concernientes a los órganos del Estado.

Los principios constitucionales conforman otro componente del mencionado bloque, lo que no podía ser de otro modo, si se repara que la Constitución es una *norma principal* por naturaleza, de elevado contenido axiológico que subyace a su texto. Ciertamente, dentro de este contexto habrá que entender por tales a los principios que no han sido consagrados constitucionalmente, pero que subyacen a su techo ideológico o que se derivan de la jurisprudencia o de autorizada doctrina. Aun cuando estos principios y valores, implícitos o no expresos, no hallan una remisión directa o reconocimiento específico por la Constitución, ellos conforman el ordenamiento constitucional peruano en cuanto el artículo 3º de la Constitución reconoce derechos que no se hallan expresamente consagrados constitucionalmente pero que se derivan de los principios como los de dignidad de la persona, Estado democrático de derecho, soberanía popular y forma republicana de gobierno. En el ámbito de los principios expresamente reconocidos, es claro que ellos son aplicables directamente, no estando en cuestión este aspecto, en ningún momento; este es el caso, por ejemplo, de los principios materiales antes citados o el caso de principios interpretativos como los de razonabilidad y proporcionalidad, que han sido aplicados en sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad.<sup>36</sup>

Por otra parte, no puede olvidarse que, como lo tiene dispuesto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la interpretación de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, deberá efectuarse dentro del contexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales relativos a tales materias, ratificados por el Estado peruano, lo cual puede ampliar el parámetro de constitucionalidad, esto sin entrar en la discusión si ellos tienen eficacia meramente interpretativa o son, efectivamente, aplicables directamente.

A efecto del control de constitucionalidad de los decretos legislativos debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que el parámetro está constituido de modo muy importante por la ley autoritativa, esto es, por aquella expedida por el Congreso, en la que se precisa la materia y el periodo para los que se habilita al poder ejecutivo para legislar. Esto es así, en la medida que resulta indispensable para evaluar la constitucionalidad de un decreto

<sup>33</sup> LOTC "Artículo 22º.- Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el Artículo 20º, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado."

<sup>34</sup> Constitución "Artículo 106º.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

(...)"

<sup>35</sup> Así, las que la Constitución ha reservado para las que desarrollen la participación política de los ciudadanos (Art. 31º), el uso y otorgamiento de recursos naturales (Art. 66º), las garantías (o procesos) constitucionales (Art. 200º).

<sup>36</sup> Es de resaltar que los principios de razonabilidad y proporcionalidad, aun cuando la Constitución los prevé restrictivamente respecto al control de los actos restrictivos de derechos durante los regímenes de excepción, han sido extendidos jurisprudencialmente, para la evaluación de todo acto eventualmente lesivo de los derechos constitucionales e incluso de normas; interpretación en la que ha tenido destacada participación el Tribunal Constitucional (Constitución "Artículo 200º.-"(...) Cuando se interpongan acciones de esta naturaleza (se refiere a las acciones de hábeas corpus y de amparo) en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio."

legislativo si él ha sido expedido dentro de los términos de la ley autoritativa, estos es, sobre las materias delegadas y dentro del periodo autorizado.

### III.10 SUJETOS LEGITIMADOS

Como todo proceso, el de inconstitucionalidad está conformado por sujetos que revisten la legitimidad activa y pasiva. En cuanto a los primeros, la instancia del proceso de inconstitucionalidad resulta privilegiada a determinados sujetos, no existe, en ese sentido un acción popular accesible a cualquier persona. Pueden incoar este proceso<sup>37</sup>:

- El Presidente de la República.
- El Fiscal de la Nación.
- El Defensor del Pueblo.
- El veinticinco por ciento del número legal de Congresistas.
- Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas anteriormente señalado;
- Los presidentes de la Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materia de su competencia.
- Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Es de resaltarse a este respecto que si bien la legitimación activa no corresponde a la amplitud propia de una acción popular, la regulación de este aspecto resulta más amplia que aquella prevista por la Constitución de 1979.

La legitimación pasiva en este proceso dependerá de la norma que es impugnada, de modo que ella corresponderá, según el caso, a los siguientes órganos o entes<sup>38</sup>:

- El Congreso o la Comisión Permanente, si se trata de Leyes o de Reglamentos del Congreso.
- El Congreso o la Comisión Permanente y el Poder Ejecutivo, si se trata de Tratados Internacionales, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia.
- Las Municipalidades provinciales si se trata de ordenanzas municipales.
- Los gobiernos regionales, si se trata de normas regionales de carácter general.

### III.11 REPRESENTACIÓN DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS

Los sujetos procesales dotados de legitimación activa pueden actuar por sí o mediante apoderado, según el caso, así tenemos<sup>39</sup>:

- a) Actuación obligatoria por apoderado:
  - El Presidente de la República mediante unos de sus Ministros, designado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, quien además puede delegar su representación a un Procurador Público.
  - Los Congresistas, que lo designan de ex profeso para tal efecto.
  - Los ciudadanos, a través de un representante.
  - Los Colegios Profesionales, representados por el Decano por acuerdo de su junta directiva.
- b) Actuación directa (por sí) o por apoderado:
  - El Defensor del Pueblo.
  - El Ministerio Público.
  - Presidentes de Región.
  - Alcaldes Provinciales.

Se exige que los ciudadanos, alcaldes y presidentes de Región, y los colegios profesionales actúen con patrocinio de letrado, debiendo precisarse respecto al patrocinio ante el Tribunal Constitucional que él debe ser halla autorizado para abogados en ejercicio, resultando inhabilitados a tal efecto quienes hayan sido Magistrados de aquél hasta dos años de haber cesado del cargo, bajo la condición de que el cese se deba a renuncia, incompatibilidad o

<sup>37</sup> Cfr. Art. 203º de la Constitución y Art. 25º de la LOTC.

<sup>38</sup> Cfr. Art. 32º de la LOTC.

<sup>39</sup> Cfr. Art. 27º de la LOTC.

culminación de periodo de designación, pues si tuviese como causa otra de las previstas, la inhabilitación resultará permanente.<sup>40</sup>

### III.12 REQUISITOS Y RECAUDOS DE LA DEMANDA

La demanda de inconstitucionalidad debe precisar los siguientes aspectos:<sup>41</sup>

- identidad de los órganos o personas que instan el proceso, con señalamiento de su domicilio legal y procesal.
- Indicación de la norma impugnada en forma precisa.
- Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la demanda.
- Relación enumerada de los documentos que se adjunta.
- Designación de apoderado, si fuera el caso.

La demanda debe adjuntar copias de ella y de los recaudos pertinentes. Asimismo, debe acompañar las correspondientes certificaciones de los acuerdos del Consejo de Ministros, de la Junta Directiva del Colegio Profesional, del Consejo de Coordinación Regional (del gobierno regional) y del Consejo Provincial (del gobierno local), según el caso, en los que se ha acordado iniciar el proceso de inconstitucionalidad, o de ser así, las certificaciones de las firmas de los Congresistas otorgada por el Oficial Mayor del Congreso, o del número de ciudadanos requerido expedido por el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.<sup>42</sup>

Cabe precisar, por otra parte que, a efectos de ubicar la facultad para instar el proceso de inconstitucionalidad dentro del contexto de lo que es el acceso a la justicia, que el procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito.<sup>43</sup>

La demanda de inconstitucionalidad debe ser interpuesta dentro del plazo de seis meses contados a partir de la publicación de la norma impugnada, de lo contrario prescribe la acción para instar el proceso. Sin embargo, aún cuando esto obsta que la norma impugnada pueda ser controlada a través del proceso de inconstitucionalidad o de control concentrado, cabe resaltar que ello no excluye que esa misma norma pueda serlo a través del control difuso, si bien con los efectos interpartes y simplemente inaplicatorios (no derogatorios) de la sentencia.<sup>44</sup>

### III.13 CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA

La admisión de la demanda es resuelta dentro de un plazo que no puede exceder al de diez días de interpuesta. Pero, la demanda, de ser el caso, puede ser declarada inadmisibles, con la motivación correspondiente, si es presentada, con omisión de los requisitos y recaudos exigidos, o extemporáneamente, fuera del plazo previsto, o eventualmente, si el Tribunal ya hubiere resuelto desestimatoriamente una demanda igual en el fondo.<sup>45</sup> En rigor, estos dos últimos aspectos constituyen causales que dan lugar a una resolución que declare la *improcedencia* de la demanda, y no exactamente a una de inadmisibilidad, como lo señala la norma. Por esto, con razonable lógica, se admite que el Tribunal pueda disponer la subsanación de los requisitos omitidos, si así lo considera.<sup>46</sup>

En clara consonancia con el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, en el proceso de inconstitucionalidad no existe provisiones cautelares, de modo tal que en el supuesto de que la demanda fuera admitida, la norma impugnada no es suspendida en su vigencia ni en su aplicación, lo cual no obsta, nuevamente aquí, que ella pueda ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso.<sup>47</sup>

<sup>40</sup> Cfr. Art. 28° LOTC

<sup>41</sup> Art. 29° LOTC

<sup>42</sup> Cfr. Art. 30° LOTC

<sup>43</sup> Art. 62° LOTC

<sup>44</sup> Cfr. Art. 26° LOTC, según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26618, publicada el 8 de junio de 1996. El texto primigenio de este artículo establecía el plazo de interposición en seis años contados a partir de la publicación de la norma impugnada y en seis meses, en el caso de tratados.

<sup>45</sup> Cfr. Art. 31° LOTC. V. también respecto a lo último, el segundo párrafo del artículo 37° de la LOTC, según el cual "La sentencia denegatoria de inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional."

<sup>46</sup> Cfr. Art. 31°, tercer párrafo.

<sup>47</sup> Cfr. Art. 24° LOTC.

### III.14 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.VISTA DE LA CAUSA

Admitida la demanda, se corre traslado de ésta a los sujetos procesales titulares de la legitimación pasiva, los cuales tienen el plazo improrrogable de 30 días contados a partir de notificada la demanda, para apersonarse y formular el alegato en defensa de la norma impugnada. De no ser así, se da por absuelto el trámite en rebeldía.<sup>48</sup>

El acto procesal siguiente es la Vista de la Causa. Ésta se produce en la fecha que le Tribunal ha de determinar dentro del plazo de diez días siguientes de transcurrido el plazo para la contestación antes señalado. En dicho acto las partes tienen el derecho de informar oralmente, por el tiempo que aquél les asigne<sup>49</sup>. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha sido sumamente generoso en el tiempo dispensado a los informantes, sin una rigidez específica en cuanto al tiempo e, incluso, con derecho réplica y dúplica, todo ello, a efecto de un efectivo ejercicio del derecho de las partes a ser oídos por el Tribunal, aspecto relevante en cuanto constituye un atributo del debido proceso, y por otra parte, con la finalidad de una mayor y mejor ilustración por parte de los Magistrados del asunto controvertido.

Con este acto concluye la etapa postulatoria del proceso de inconstitucionalidad, para advenir luego la etapa decisoria constituida por el acto procesal de la sentencia.

### III.15 LA SENTENCIA: CONCEPTO, ESTRUCTURA, VALOR DE COSA JUZGADA, EFECTOS y PUBLICACIÓN

La etapa decisoria del proceso de inconstitucionalidad está constituida por la sentencia, ésta constituye un acto procesal colegiado, de estructura determinada, con autoridad de cosa juzgada, y revestida de efectos generales invalidatorios erga omnes.

Es el acto procesal por excelencia del proceso de inconstitucionalidad por el que se resuelve en definitiva sobre la constitucionalidad o no de la norma objeto de impugnación.

La sentencia constitucional que concluye el proceso de inconstitucionalidad ostenta una estructura determinada por la propia LOTC; en efecto, ella consta de cinco ítems: encabezamiento, asunto, antecedentes, fundamentos y fallo<sup>50</sup>.

La sentencia estimatoria puede declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la totalidad o en parte de ella. Tratándose de la inconstitucionalidad de una norma tributaria, la sentencia debe resolver lo pertinente respecto a las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

La sentencia tiene efectos generales invalidatorios *erga omnes* y *ex nunc*, o efectos pro futuro. Su valor erga omnes es establecido por la propia LOTC (Art. 35°), cuando señala rotundamente que "Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos (...)"(subrayado nuestro). Ahora bien, se trata de "efectos generales" (Art.35°), lo que equivale a decir, derogatorios de la norma impugnada, con lo cual ella queda "sin efecto"(Art.36°), resultando, así, expulsada del ordenamiento jurídico, en clara consonancia con el carácter de *legislación negativa* que la sentencia del Tribunal Constitucional reviste en el control concentrado de la constitucionalidad; y esto, precisamente, en oposición al efecto concreto o interpartes propio de la sentencia del control difuso.

La sentencia, por regla general, tiene efectos pro futuro o ex nunc, de modo tal que carece de efecto retroactivo (Art. 204° Constitución); sin embargo, existen al menos dos excepciones previstas. La primera se refiere a la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas tributarias, en las que se habilita al Tribunal determinar los efectos en el tiempo de su sentencia<sup>51</sup>, esto, en coherencia con el efecto nulo que la Constitución atribuye a las normas tributarias que contravengan los principios constitucionales tributarios enunciados en su artículo 74°. La segunda alude a la inconstitucionalidad de normas de carácter penal, en las que, si bien no se autoriza al Tribunal a proceder como en el caso anterior, se

<sup>48</sup> Cfr. Art. 32° LOTC.

<sup>49</sup> Cfr. Art. 33° LOTC.

<sup>50</sup> Art. 54°

<sup>51</sup> Cfr. Art. 36°, 2° párrafo

exceptúa de la regla de prohibición de revivir procesos fenecidos que implica la declaratoria de inconstitucionalidad<sup>52</sup>, en los casos en que aquéllas hayan sido aplicadas, esto, nuevamente, en consonancia con el principio de retroactividad benigna de las leyes penales, constitucionalmente consagrado.<sup>53</sup>

Cabe observar respecto a lo anterior, que hubiera sido más conveniente que, de modo contrario a lo regulado actualmente y sin contravenir la regla general, constitucionalmente determinada, del efecto *ex nunc* de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, que el efecto en el tiempo de éstas, fuera determinado por el propio Tribunal en cada sentencia, en atención a las particulares circunstancias de cada caso, pero siempre como excepción a la regla antes mencionada. Esta apreciación resulta bastante razonable y, desde luego, constitucionalmente más adecuada, en especial, respecto a normas cuya inconstitucionalidad se viese motivada por contravención a principios y valores constitucionales o a derechos fundamentales, pues éstos en su condición de elementos objetivos del ordenamiento constitucional y de su valor fundante del Estado, gozan de lo que con acierto Otto Bachof, ha denominado, una *mayor pretensión de validez*, o de una posición preferente (*preferred position*), en términos de la jurisprudencia norteamericana. Por ello, el efecto no retroactivo de las sentencias, admitido de modo absoluto o, como en el sistema peruano, restringido a determinados supuestos taxativamente determinados, no resulta de lo más conveniente para un desarrollo efectivamente tuitivo de la jurisdicción constitucional y para el margen de flexibilidad y de creatividad que ésta requiere para cumplir su propósito.

La sentencia tiene el carácter de cosa juzgada<sup>54</sup>, tanto en sentido material como formal. Constituye cosa juzgada material en el sentido de la inmutabilidad de lo decidido en sede jurisdiccional respecto a la norma impugnada, sea en sentido estimatorio, esto es, declarando la inconstitucionalidad de aquélla, sea en sentido desestimatorio, declarando su constitucionalidad. Pero, por otra parte, constituye cosa juzgada formal en la medida que contra dicha sentencia no cabe recurso impugnatorio alguno, lo cual, empero, no obsta que se pueda solicitar la aclaración de ella o su corrección, que, desde luego no supone en absoluto habilitar su impugnación y consiguiente enervación de la autoridad de cosa juzgada que la reviste; en efecto, la aclaración o corrección de la sentencia, procede de oficio o a instancia de parte, dentro de dos días de publicada y con el único propósito de aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que se hubiese incurrido, respectivamente. La resolución correspondiente es expedida, sin más trámite, al segundo día después de formulada la petición.<sup>55</sup>

La cosa juzgada material, como está dicho, prohíbe que el sentido o contenido de lo decidido en la sentencia resulte, directa o indirectamente enervado, contradicho o eludido. Este extremo se halla precisado por la LOTC respecto al Poder Judicial en el ámbito de su función jurisdiccional, en cuanto proscribire que la norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada a través de un proceso de inconstitucionalidad, sea susceptible de ser inaplicada a través del control difuso de la constitucionalidad<sup>56</sup>. Por otra parte, debe entenderse que la cosa juzgada material tiene también como consecuencia el que ningún órgano del Estado, y en especial, aquéllos productores de normas susceptibles de ser impugnadas vía proceso de inconstitucionalidad, emitan otras de sentido análogo a una que ya haya sido declarada inconstitucional. La LOTC no contiene estipulación alguna en ese sentido, lo cual, empero, no puede razonablemente significarse como inexistencia de una proscripción de esa naturaleza, pues supondría enervar la cosa juzgada de la sentencia, resultado éste constitucionalmente inadmisibles. Por tanto, no obstante dicho vacío, una interpretación, o más exactamente, una integración adecuada de él, debe conducir a entender la proscripción mencionada como una de carácter implícito a la cosa juzgada de la sentencia de inconstitucionalidad, tesis que se refuerza si se repara que la ley relativa al proceso de

<sup>52</sup> Cfr. Art. 40º LOTC

<sup>53</sup> Constitución "Artículo 103º.-(...)

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

(...)"

<sup>54</sup> Cfr. Art. 35º, *ab initio* y Art. 37º, *ab initio*, LOTC

<sup>55</sup> Cfr. Art. 59º LOTC

<sup>56</sup> Cfr. Art. 39º, 1er párrafo. LOTC.

control normativo abstracto de las normas de jerarquía inferior a la ley (denominado en el sistema peruano, "Acción Popular") contempla una proscripción expresa de esa naturaleza.

Una particularidad de la cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional, y no solo de las provenientes de los procesos de inconstitucionalidad, es que aquél valor no se circunscribe a la cuestión controvertida por dicho proceso, sino que se extiende también a las consideraciones vertidas en lo que concierne a la interpretación de la Constitución que hallamos en los correspondientes Fundamentos de la Sentencia. Quiere decir esto, que las consideraciones que ayudan a concretizar el significado de las normas genéricas o cláusulas indeterminadas de nuestra norma fundamental vienen a constituir una "norma subconstitucional" que vincula, en mérito a la primera disposición general de la LOTC, a jueces y magistrados del Poder Judicial.

Dictada la sentencia, ésta es enviada para su publicación, dentro de las 48 horas siguientes, al diario oficial "El Peruano",<sup>58</sup> el cual deberá efectuarlo dentro de un plazo de los tres días siguientes de recibida la transcripción de aquélla. Si ello no aconteciera, el Presidente del Tribunal Constitucional está facultado para disponer la publicación en uno de los diarios de mayor circulación nacional.

Si la norma declarada inconstitucional es una norma emanada de un gobierno local (municipalidad provincial) o regional, adicionalmente a la publicación antes señalada, se ordena otra, a efectuarse en el diario de la circunscripción correspondiente en el que se publican los avisos judiciales.

El acto de la publicación de la sentencia es de suma trascendencia en el proceso de inconstitucionalidad, se trata de una condición de la eficacia de la sentencia, en la medida en que ésta no surte efectos sino a partir de ese momento. De modo análogo a la circunstancia de que la existencia de una ley en el ordenamiento jurídico se da a partir de su publicación, el efecto expulsatorio de la sentencia de inconstitucionalidad rige en base a tal acto. Por esta razón, la notificación de aquélla a las partes, sin dejar de ser importante, reviste un carácter secundario en relación al objeto del proceso.

Debido a su importancia, se pretende que de ella tomen conocimiento la mayoría de la población, de allí es que se prescribe que, sin perjuicio de lo anterior, en el caso de sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, la parte resolutive sea publicada por el Tribunal en los diarios de mayor circulación nacional.

### **III. 16 SENTENCIA: QUÓRUM, MAYORÍA REQUERIDA, VOTOS SINGULARES Y FUNDAMENTOS DE VOTO**

El quórum para la resolución de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad es de seis Magistrados. Para la declaración de inconstitucionalidad ha menester la formación de una mayoría calificada de seis votos conformes. Se ha llamado la atención al respecto, considerándose muy elevada la mayoría estipulada, razón por que, la actual Presidencia considera que ese número debería disminuirse a cinco, en mérito al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, compatible, a su vez, con un razonable ejercicio del control de la constitucionalidad.

Atendiendo a su composición colegiada, los Magistrados del Tribunal Constitucional incluido su Presidente, dentro de ejercicio legítimo de su derecho a discrepar y, sin que ello comporte una ruptura del principio de colegialidad inherente a un órgano de tal naturaleza, pueden emitir votos singulares y fundamentos de voto. Los votos singulares, cuando durante la deliberación han sostenido una opinión discrepante, los fundamentos de voto cuando, aún cuando coincide con el sentido del fallo del colegiado, el Magistrado discrepa con sus fundamentos, expresando en el denominado "fundamento de voto", el considerando

<sup>57</sup> "Artículo 26º.- (...) Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida." Ley Procesal de la Acción Popular (ley N° 24968). La Acción Popular es un proceso de naturaleza constitucional por el cual se efectúa el control abstracto de constitucionalidad y de legalidad de las normas de jerarquía inferior a la ley.

<sup>58</sup> Cfr. Art. 34º LOTC

alternativo que él entiende pertinente. Los votos singulares y los fundamentos de voto se publican conjuntamente con la sentencia.<sup>59</sup>

La emisión de votos singulares de parte de los Magistrados del Tribunal Constitucional ha sido frecuente en la praxis de su función jurisdiccional. En efecto, de las dieciséis acciones o procesos de inconstitucionalidad, en doce sentencias se ha acudido ya a votos singulares o fundamentos de voto, concretamente, en las recaídas en los siguientes expedientes: Exp. 001-96-I/TC -con dos votos singulares-, Exp. 002-96-I/TC -con un fundamento adicional de voto-, Exp. 003-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 004-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 005-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 012-96-I/TC -con un fundamento de voto-, Exp. 013-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 014-96-I/TC -con dos votos singulares-, Exp. 018-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 020-96-I/TC -con un voto singular-, Exp. 006-96-I/TC -con un voto singular-.

Un ejercicio razonable de los votos singulares y de fundamentos de voto propician la transparencia de la discusión interna y, ciertamente, evidencian una práctica democrática de sus deliberaciones, máxime si es en las sentencias de los Tribunales Constitucionales, donde la razón, la pluralidad de argumentos y la transparencia del debate, así lo exigen.

### III.17 LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como es sabido, los Tribunales Constitucionales han diseñado sofisticadas técnicas en sus respectivas sentencias, tendientes a evitar el vacío legislativo (*horror vacui*) como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad así como en ejercicio del principio de declaración de inconstitucionalidad como última ratio. Es dentro de tal contexto, que la práctica jurisprudencial de aquéllos ha instituido las denominadas sentencias interpretativas, las que posibilitan una declaración que no necesariamente tiene que ser de inconstitucionalidad o constitucionalidad.

No obstante, el reducido número de procesos de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional Peruano conoció, él acudió a esta técnica en algunas sentencias. Siendo esto digno de resaltar, toda vez que para ello no lo habilita de modo expreso norma alguna de la LOTC, pero que, muy bien, halla respaldo en el principio de declaración de inconstitucionalidad como última ratio contemplado por la segunda disposición general de dicha ley.

Las sentencias interpretativas, pueden ser de dos clases: aditivas y sustitutivas.<sup>60</sup> Las primeras se caracterizan porque consideran que la disposición es inconstitucional en la parte que omite (inconstitucionalidad por defecto), por lo tanto, la consecuencia normativa, contraria pasa a formar parte integrante de la norma (sentencia aditiva); las segundas, descartan la versión interpretativa (original, o de lectura literal) por una que se conforme con la Constitución (aquí se emplea la técnica de interpretación conforme a la Constitución y de la declaración de inconstitucionalidad como última ratio); consecuentemente, la versión interpretativa inconstitucional resulta implícitamente expulsada del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional empleó esta técnica en las siguientes sentencias: Exp. 004-96-I/TC, proceso de inconstitucionalidad contra ley N° 26637 modificatoria de administración del vaso de leche; Exp. 007-96-I/TC, proceso de inconstitucionalidad contra el decreto ley N° 25967 que instaura la Oficina de Normalización Previsional; y, con ciertos matices, en el Exp. N° 014-96-I/TC, proceso de inconstitucionalidad contra la modificatoria de la Ley de Política Nacional de Población.

Cabe resaltar que en ninguna de estas sentencias se señala de modo expreso que se esté acudiendo a esta técnica, habiendo sido, más bien, a través de un fundamento de voto, por el cual, ello es puesto de manifiesto. En efecto, con motivo del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Modificatoria de la Ley de Planificación Familiar que suprimía la proscripción de la esterilización como método de planificación familiar, en el

<sup>59</sup> Cfr. Art. 58<sup>a</sup> LOTC

<sup>60</sup> Romboli, Roberto "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, Núm. 48, CEC, Madrid, 1996, pp. 65 y ss.

fundamento de voto anejo a la sentencia se expresa, refiriéndose a la disposición impugnada que "si dicho precepto, prima facie, promueve la esterilización en base al principio de que se puede hacer todo lo que no está prohibido (...), este Colegiado no debe nunca perder de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, es siempre la última ratio a la que debe acudir. Más aún si, como acontece en el caso de autos, y siguiendo una práctica que por lo demás es generalizada de todos los tribunales constitucionales, este Colegiado encuentra espacio para desechar por inconstitucionales probables versiones interpretativas de una norma, sin que ello repercuta en la ley o precepto legal mismo" (décimo fundamento). Añade en el siguiente fundamento lo siguiente: "Dicho de otra forma, si este Colegiado puede encontrar en una norma al menos una opción interpretativa del precepto legal que no riña con la Constitución, este se encuentra en la facultad, como efectivamente este mismo Tribunal ha hecho en anteriores ocasiones, de no acudir a adoptar una postura tan radical ( ) como constituye, en efecto, la expulsión de una norma legal por inconstitucional del ordenamiento jurídico.

Y creemos firmemente que ello es perfectamente posible y aplicable al caso de autos, porque si en línea de principio la ley impugnada habilitaria la esterilización como método de control de natalidad (?), también es verdad que por la autoridad de la que gozan las sentencias de este Colegiado, en su parte resolutive se puede perfectamente desdeñar opciones interpretativas inconstitucionales, sin que ello implique la arrogación pretoriana de este Supremo Intérprete de la Constitución de facultades legislativas con las que no cuenta, ni se encuentra, en lo más remoto, autorizado a ejercer." (subrayado nuestro)<sup>61</sup>

En el caso contra la ley modificatoria del programa de administración del vaso de leche (ley N° 26637), sucedió que la norma impugnada establecía, que "Las Municipalidades Provinciales, en los distritos capital de la provincia, y las Municipalidades Distritales, en su jurisdicción organizan y determinan los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención del programa." (artículo 4°, 2° párrafo). Los demandantes entendieron que ello importaba una vulneración de la libertad de asociación, "pues las municipalidades no pueden inmiscuirse en los asuntos privados, organizándolos, ya que su constitución se debe a una decisión autónoma de las madres de familia."

Ciertamente, tal como se hallaba redactada la norma impugnada daba lugar a que pudiera entenderse que la atribución para "organizar" lo estaba en el sentido de "constituir" o "conformar". Pero, a la vez y en apoyo de la "concordancia armónica" de otras normas integrantes de la ley impugnada, podía interpretarse que el "organizar" no implicaba en modo alguno "conformar" las organizaciones, sino el "establecer o reformar ciertas reglas, términos y condiciones a las que necesariamente se deberán sujetar tales organizaciones, no con el objeto de reformar su estructura institucional, lo cual significaría una injerencia intolerable, arbitraria y desproporcionada de un ente extraño a la propia organización, y por tanto inconstitucional; sino a las condiciones mismas de acceso a la prestación del programa, cuya administración se les ha confiado." (subrayados nuestros).

Entendió en este caso, el Tribunal Constitucional, que la facultad otorgada para "organizar y determinar" los clubes o comités que habrían de encargarse de la atención del programa, "no está confiriéndole la atribución de sustituirse a la iniciativa individual en la constitución de dichos clubes de madres o comités de vaso de leche (...) que importaría un mandato constitucional inválido. Por el contrario, cuando dicho precepto alude a que los mencionados gobiernos locales 'organizan' y 'determinan' los clubes de madres o comités de vaso de leche, se está refiriendo a las atribuciones que se les ha confiado para establecer o reformar ciertas reglas, términos y condiciones a las que necesariamente se deberán de sujetar tales organizaciones, no con el objeto de reformar su estructura institucional, lo cual significaría una injerencia intolerable, arbitraria y desproporcionada de un ente extraño a la propia organización, y por tanto inconstitucional; sino a las condiciones mismas de acceso a la prestación del programa, cuya administración se les ha confiado." (consideraciones expuestas en el Fundamento 3, 3.1, c). Por ello, entiende que el empleo de los verbos "organizar y determinar" "no tiene por objeto facultar a las municipalidades provinciales o distritales a abolir, modificar, reestructurar o disolver la estructura de tales organizaciones de base ( )" (Fundamento 2, 3.1, d).

<sup>61</sup> Fundamento de Voto del Magistrado Dr. García Marcelo, en la sentencia recaída en dicho proceso.

Ante estas dos posibles interpretaciones, la primera que, en principio y en apariencia, resultaba incompatible con la Constitución, y la otra, que excluía tal opción, el Tribunal Constitucional acogió esta última, razón por la que desestimó la demanda de inconstitucionalidad, al menos en lo que concernía a la eventual contravención a la libertad de asociación.<sup>62</sup>

Otro caso es el de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra determinados artículos del decreto ley N° 25967 sobre modificación del goce de pensiones de jubilación (Exp. 007-96-ITC). En este caso, se cuestionó "que al pasar el Sistema Nacional de Pensiones del IPSS hacia la Oficina de Normalización Previsional (ONP), no solo significa un claro atentado contra su autonomía, porque la ONP es un ente dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, sino que además conlleva una clara y flagrante violación del mandato constitucional antes indicado." (Cfr. la parte de Antecedentes de la Sentencia). Frente a ello, el Tribunal Constitucional sostuvo que "(...) que de conformidad con el artículo 4° del Decreto Legislativo 817 se está trasladando sólo la administración de los diferentes regímenes pensionarios a cargo del Estado a la ONP, pero la responsabilidad del pago oportuno y nivelado de las pensiones continúa a cargo de las entidades en las que los pensionistas cesaron; debiéndose efectuar este pago a los pensionistas con la sola base referencial del ingreso mensual del servidor en actividad que desempeñe el último cargo en que cesó el pensionista, sin que la pensión nivelada así resultante pueda ser alterada por ningún tipo de cálculo actuarial.

Además, el derecho de los pensionistas, es el de percibir por parte del Estado la pensión que les corresponde (...), y no el de recibir la misma, de una entidad determinada; en este extremo, el régimen pensionario regulado por el D.L. N° 20530, ha sido modificado por el D.L. N° 25967, sin que ello conlleve la desprotección de los pensionistas frente al Estado, modificación que es perfectamente constitucional, toda vez, que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, busca la protección de los pensionistas del régimen de los D.L. N° 19990 y 20530, debiendo entenderse que ello se produce en cuanto al goce de la pensión, y no en cuanto a que entidad es la responsable del pago de la misma (...)" (Fundamento 17)

Señala dentro de esa lógica el Tribunal que "En la medida que las transferencias de sistemas previsionales a la ONP, y el pago de las mismas se desarrollen en los términos expresados en la presente fundamentación, este Tribunal no considera que exista ninguna inconstitucionalidad; pero en el caso que las normas de creación, implementación y funcionamiento de la ONP, se apliquen para violentar los derechos adquiridos de los pensionistas, estamos ante violación flagrante de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución." (subrayado nuestro) (Fundamento N° 18)

Un caso singular en el que si bien no se acudió a dicha técnica, debido a la existencia de un fundamento de voto, él tiene como consecuencia indirecta o implícita de la sentencia que la esterilización quirúrgica, en cuanto método de planificación familiar, es inconstitucional. Formalmente no hay sentencia de fondo, pero materialmente, se advierte la proscripción de una versión interpretativa, esto es, una sentencia interpretativa "integrativa" o "sustitutiva". Al margen de las particularidades de la forma en la que se exponen el fundamento de voto y el voto particular, lo que se infiere en forma clara de ellos es que, como en ellas se afirma correctamente, la exclusión de la esterilización quirúrgica daba lugar a la que, de conformidad con el principio de libertad ("nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella prohíbe", Art.2, inc. 24, lit. a), aquella conducta resultara implícitamente permitida por el ordenamiento jurídico; siendo así y considerando que esta norma implícita resulta incompatible con la Constitución, y concretamente con el derecho a la integridad física; aún cuando la sentencia bajo comentario no la proscribió expresamente por su inconstitucionalidad, sin embargo, se arriba a igual resultado si se repara en las consideraciones esgrimidas en sus Fundamentos, los cuales la rechazan (a la esterilización quirúrgica). Tesis ésta que se reafirma cuando se da lectura al fundamento de voto a ella adjunto, en el que, además de relieves lo antes señalado, sugiere lo apropiado y adecuado que para tal circunstancia resultaba el empleo de las denominadas sentencias interpretativas, con específica proscripción de la interpretación descartada, esto es, de la

<sup>62</sup> Es preciso esta aclaración debido a que la inconstitucionalidad de la citada ley era demandada, adicionalmente, porque se entendía la incompatibilidad con otros contenidos de la Constitución.

norma implícita que resultaba inconstitucional (la permisión de la esterilización), con la finalidad de impedir su eventual aplicación. Una aproximación más rigurosa de dicha sentencia, en su integridad, por lo señalado, nos permite colegir que, si bien ella declara -expresamente- improcedente la demanda de inconstitucionalidad, se afirma -implícitamente- la inconstitucionalidad de la esterilización en cuanto método de planificación familiar, ya por cuanto entiende que éste no ha sido legalizado con la modificación efectuada por la ley impugnada, ya porque en el fundamento de voto la entiende inconstitucional. En resumen, se trató de una sentencia que en el fondo resulto interpretativa y, más precisamente, una sentencia interpretativa "aditiva" que ha dejado en claro que la esterilización, en cuanto método de planificación familiar, es inconstitucional, lo cual ciertamente, tiene el efecto de haberla expulsado del ordenamiento constitucional peruano como opción interpretativa válida, en virtud del efecto vinculante de la interpretación que el Tribunal Constitucional efectúa en sus resoluciones en materia constitucional.

Pensamos que la consecuencia principal de esto es que las sentencias constitucionales interpretativas se incorporan como "normas anejas a la ley cuya constitucionalidad se demandó", patentizando así, la jurisprudencia constitucional como una auténtica fuente de derecho en la misma línea, en este caso, que las leyes, si bien no contemplado ello de modo expreso en la LOTC, pero, en clara compatibilidad con la función de control de constitucionalidad que compete al Tribunal Constitucional.

De este modo, a través de esta modalidad de sentencias, el Tribunal Constitucional se integra en plenitud en aquello que con gran acierto, Leopoldo Elia<sup>63</sup>, ha denominado "constitucionalismo cooperativo", caracterizado por la participación activa que aquél adquiere en el proceso de producción y creación del derecho, perfeccionándolo en el sentido de la Constitución, dentro de un contexto en el que antes de generar tensiones entre los órganos que participan en dicho proceso, se inserta de un modo armónico, lo cual resulta bastante significativo para la afirmación en nuestro sistema político, de un órgano de reciente data como el Tribunal Constitucional Peruano. De este modo, podríamos puntualizar que las razones por las que consideramos especialmente propicio y adecuado el recurso a esta modalidad de sentencias constitucionales, específicamente en el contexto del sistema constitucional peruano, son las siguientes:

- La participación del Tribunal Constitucional en el *perfeccionamiento del sistema jurídico*. A través de las sentencias interpretativas, su labor será la de adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional al sentido que establecen los valores, principios y normas de la Constitución, en la forma de "una recreación constante del derecho ordinario a la luz de la Constitución". Lo anterior tiene como resultado contribuir a maximizar la fuerza normativa de la Constitución, que no radica, por antonomasia ni necesariamente, en expulsar los productos normativos inconstitucionales, sino también, en adecuarlos al ordenamiento constitucional a través de un modo que no comporte inexorablemente su expulsión. Sin duda, esto impone al Tribunal efectuar un adecuado empleo de esta técnica, en atención a una ponderada autolimitación judicial (*judicial self-restraint*) y al respeto por el principio de corrección funcional, que evite generar disfuncionalidades en el reparto competencial del proceso de producción del derecho.
- Por lo general, poseen un efecto político de menor tensión, aprovechable en circunstancias políticas especialmente tensas. Con ello se posibilita que el proceso de integración del sistema político se produzca de un modo más osmótico y menos tensional.
- Lo señalado en las dos consideraciones precedentes, posibilitan una dinámica más activa del Tribunal Constitucional en el proceso de integración (Smend) del sistema político peruano, lo cual conduce a ver en dicho órgano una pieza clave para el desarrollo y ulterior fortalecimiento de tal proceso, en clara consonancia con el

<sup>63</sup> Cfr. Leopoldo Elia " 'Constitucionalismo cooperativo', 'racionalidad' y 'sentencias aditivas' en la jurisprudencia italiana sobre control de normas" en Lopez Pina, Antonio (editor) *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la praxis constitucional*, Tecnos S.A., Madrid, 1987, p.80

principio de eficacia integradora de la Constitución (Konrad Hesse), lo cual resulta de medular importancia para sistemas políticos de precaria integración como el peruano.<sup>64</sup>

### III.18 CARACTERÍSTICAS COMPLEMENTARIAS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Dentro de las características que adicionalmente podríamos mencionar respecto al proceso de inconstitucionalidad, están las siguientes: la acumulación del proceso, la prueba, la subsanación de vicios procesales y el derecho supletorio aplicable.

La acumulación del proceso permite al Tribunal Constitucional acumular aquéllos en los casos que presentan identidad de objeto de litigio y, concretamente, identidad de la norma impugnada.

Siendo un proceso de puro derecho, en el proceso de inconstitucionalidad no existe propiamente una etapa probatoria, lo cual no obsta que, si el caso lo exigiera, hubiera la necesidad de actuar algunas pruebas o se solicitara la información pertinente a efecto de ilustrar, la LOTC lo faculta para solicitar éstos o para actuar aquéllos.<sup>65</sup>

Antes de dictar sentencia el Tribunal tiene la facultad de subsanar los vicios procesales, ya sea de oficio o a instancia de parte.<sup>66</sup>

En previsión de eventuales vacíos de la LOTC, ésta ha previsto que en esos casos se proceda a aplicar complementariamente el Código Procesal Civil o a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Desde luego, se trata de una aplicación complementaria que, siempre habrá de tener en cuenta la particularidad del proceso de inconstitucionalidad en cuanto a su naturaleza de proceso constitucional.

### III.19 ALGUNOS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES EN LAS SENTENCIAS

Aún cuando es reducido el número de procesos de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional ha conocido, cabe resaltar algunos aportes dogmático constitucionales, tanto en las sentencias como en los votos singulares y fundamentos de voto. Dentro de ello, podríamos destacar los siguientes:

- *La distinción entre derecho y garantía institucional.*- En el tercer fundamento de la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley 26637, a propósito del derecho de asociación, se reliva su doble condición, la de derecho y la de garantía institucional<sup>67</sup>. Así mismo, en el primer fundamento del voto singular emitido por dos Magistrados del proceso de inconstitucionalidad contra la ley N° 26592<sup>68</sup>, se refiere al referéndum en cuanto derecho constitucional y en cuanto garantía institucional. Lo anterior resulta significativo en cuanto precisa la doble naturaleza de la asociación y el referéndum en cuanto bienes o intereses constitucionalmente tutelados y, a la vez, en la medida que alude a la importante y útil distinción, en el seno de la dogmática constitucional, entre derecho y garantía institucional.
- *Doctrina sobre el límite y contenido esencial de los derechos fundamentales.*- En el segundo fundamento del citado voto singular se afirma, en consonancia con la doctrina, que "los derechos constitucionales no tiene el carácter de absolutos", pues su limitación se deriva tanto por el hecho de su coexistencia con otros derechos como por el reconocimiento de "principios, valores o bienes", también, constitucionalmente tutelados. Ante ello, se plantea el problema de interpretar la aparente proscripción de la limitación de derechos políticos que parece sugerir una interpretación literal de la parte final del artículo 31° de Constitución, que establece que "Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos". No obstante ello, el

<sup>64</sup> Se alude al proceso de integración del Estado en el conocido sentido de la teoría de la integración de Rudolf Smend. Cfr. su ensayo *Constitución y derecho constitucional*, en su obra del mismo título (Trad. de José Ma. Beneyto. CEC, Madrid, pp 43 y ss.

<sup>65</sup> Cfr. Arts. 57° y 56°, respectivamente. LOTC

<sup>66</sup> LOTC Art. 60°

<sup>67</sup> Exp. N° 004-96-I/TC.

<sup>68</sup> Voto Singular de los Señores Magistrados Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley N° 26592, Exp. N° 002-96-I/TC.

voto singular señala que los derechos si son susceptibles de ser limitados, pero sin que ello importe restringir desproporcionadamente su ejercicio; amén de no suprimirlos, pues el límite, precisamente lo constituye el que se respete su contenido esencial. (cuarto Fundamento). Lo importante en esta acotación radica, no en el reconocimiento del carácter limitable de los derechos constitucionales -lo cual es comúnmente reconocido y aceptado-, sino en el señalamiento de un importante instrumento dogmático para la evaluación de normas y de actos que eventualmente impliquen una limitación de los derechos fundamentales, cual es, el del respeto a su contenido esencial. Pero, además, lo anterior importa un esclarecimiento de la forma técnica en la que, por lo general, han de plantearse los problemas de inconstitucionalidad de normas -y actos- ante contenidos constitucionales abiertos y de elevado contenido axiológico como el de los derechos fundamentales. No olvidando, dentro de este contexto, el significado que tiene, para la interpretación de nuestro ordenamiento constitucional, el empleo jurisprudencial de la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuando aquél no lo ha consagrado expresamente como si lo han hecho constituciones de otros Estados (v.gr. Alemania y España).

- *La aplicación del principio interpretativo de unidad de la Constitución.*- En el fundamento tercero del citado voto singular, se acude al principio de unidad de la Constitución, a efectos de interpretar la proscripción casi absoluta de la limitación de derechos políticos que parece sugerir una interpretación literal del ya mencionado artículo 31º de la Constitución, con su desarrollo y subsecuente limitación a los que el legislador se halla habilitado por virtud de la reserva de ley que aquélla menciona (Art. 2, inc 17) para el ejercicio, entre otros, del derecho de referéndum. En mérito al recurso a dicho principio, lo que al inicio parecía una antinomia constitucional -no limitación de los derechos políticos frente a la habilitación para configurar su ejercicio y limitarlos-, no resulta tener tal condición.
- *Principio de incompatibilidad irreconciliable o manifiesta de una inconstitucionalidad.*- A efectos de admitir una situación de inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que "para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles."<sup>69</sup>
- *Principios de razonabilidad y proporcionalidad.*- En diversas circunstancias, el Tribunal Constitucional ha acudido a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en casos de sentencias en procesos de inconstitucionalidad, así, en la recaída en el proceso contra el artículo 4º de la propia LOTC<sup>70</sup>.
- *Ponderación de principios y valores.*- Se ha empleado, también, la ponderación de principios. Así, del principio democrático, de seguridad, del valor justicia.<sup>71</sup>
- *Principios de interpretación constitucional.*- Se ha empleado los principios de presunción de constitucionalidad, declaración de inconstitucionalidad como última ratio, interpretación conforme a la Constitución<sup>72</sup>.
- *Principio de libertad y de dignidad de la persona.*- En el Fundamento de voto de un Magistrado en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley que modificaba la Ley de Política Nacional de Población, por la que se suprimía la esterilización como método de planificación familiar, se invocó el principio de libertad así como el principio de dignidad.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Fundamento Nº 3 de la Sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la LOTC

<sup>70</sup> Fundamento 5º de la Sentencia. Exp. 005-96-I/TC.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Voto del señor García Marcelo discordante, parcialmente, con los Fundamentos de la Sentencia y concordante con la parte resolutive del Fallo Exp. Nº 014-96-I/TC.

#### **IV. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PLANTEA EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO PERUANO.**

Lo esencial de esta revisión del control de la constitucionalidad en el modelo peruano, tanto en lo que concierne al control difuso como en lo que respecta al control concentrado, es habernos permitido la identificación de los principales problemas que presenta nuestro modelo de jurisdicción constitucional. En tal sentido, pensamos que éstos los hallamos básicamente en los siguientes puntos:

- a) En cuanto al Tribunal Constitucional:
  - Votación requerida para la declaración de inconstitucionalidad
  - Votación requerida para la modificación de jurisprudencia
  - Necesidad de Magistratura suplente
  - El Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución
- b) En cuanto al control difuso:
  - Necesidad de la incorporación de una nueva competencia al Tribunal Constitucional: la "consulta" en el control difuso

##### **IV.1 VOTACIÓN REQUERIDA PARA LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Uno de los puntos que mayor debate generó desde que fuera discutido en el seno del propio Congreso es el concerniente a la votación requerida para la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En efecto, el artículo 4° de la LOTC, en su segundo párrafo establece lo siguiente: "El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes."

Como es sabido, el Tribunal se compone de siete magistrados. En este contexto, resulta claro que el número de votos requerido por dicha norma constituye una mayoría calificada extremadamente elevada. Esto ha sido criticado por diversos sectores de la doctrina peruana, por constituir una excesiva exigencia, por tanto, este es un aspecto que requiere inmediata modificación en vistas a disminuir a un número más razonable, que puede residir, por ejemplo, en una mayoría calificada de cinco votos.

##### **IV.2 VOTACIÓN REQUERIDA PARA LA MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, es menester, también, modificar el artículo 55° de la LOTC en la que se establece el número de votos exigidos para modificar la jurisprudencia. Esta norma establece lo siguiente: "Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes."

Esto es importante, en la medida de que, como es sabido, ante eventuales mutaciones en el sistema de valores, o en caso de una evolución de la jurisprudencia constitucional, o eventualmente, ante un cambio de las circunstancias fácticas, él, bajo el señalamiento de los fundamentos que le sirven de base para la nueva valoración, puede, legítimamente, variar la jurisprudencia previamente establecida. Sin embargo, nuevamente, como en el caso anterior, el número de votos exigidos para tal efecto es excesivamente elevado, pues se trata de una mayoría calificada similar a la anterior, que equivale prácticamente a exigir un asentimiento unánime, con lo cual, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ve imposibilitada. Esto no es conveniente, pues, si el derecho se caracteriza por su constante mutabilidad, esto se acentúa en el caso del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional.

##### **IV.3 NECESIDAD DE MAGISTRATURA SUPLENTE**

La LOTC no ha previsto la existencia de Magistratura suplente que ante eventuales casos de impedimento o abtenciones, permita que el Tribunal pueda, en cuanto órgano colegiado, emitir su fallo. Esto es significativo para dictar sentencia en los procesos de inconstitucionalidad. Sería necesario que se implementara una modificación de la legislación en ese sentido, lo cual, evitaría que se presentaran casos anómalos en los que no se llegue a sentenciar, por excusa de los magistrados tal como sucedió en el caso del proceso de inconstitucionalidad contra la ley interpretativa N° 26617 del artículo 112° de la Constitución, en el que, por razón de que cuatro de sus magistrados habían expresado su opinión al respecto en eventos académicos, previamente al hecho de que se presentara la demanda de inconstitucionalidad, tuvieron que abstenerse, de modo tal que, en tal caso, el Tribunal resultaba imposibilitado de sentenciar, pues como se dijo él se compone únicamente de siete magistrados y el quórum es de seis de ellos.

Ciertamente, el acontecimiento recurrente de supuestos como el descrito es poco probable, pero ello no descarta que se produzca. Por esto, la necesidad de su implementación inmediata es razonable, mucho más si se repara que ello es de significativa importancia en un sistema que cuenta con un reducido número de magistrados y se advierte que las legislaciones de otros países tiene previsto la magistratura suplente. Por otra parte, no debe omitirse que esto tiene relación directa con el principio de colegialidad, pues, el mecanismo de la suplencia de magistratura favorece a que el Tribunal, en cuanto órgano colegiado, pueda funcionar y no bloquearse por los problemas como el mencionado.

Para este efecto, en la medida que la Constitución no tiene previsto la magistratura suplente, habría que proceder a una reforma constitucional, no obstante, ello no parece necesario, pues, en principio, no se modifica el número de magistrados que componen el Tribunal, por lo que bien, podría efectuarse modificando sólo la LOTC.

Esta ha sido una problemática constante de la organización de la jurisdicción constitucional concentrada en el Perú. El Tribunal de Garantías Constitucionales tuvo un problema de similar la magistratura constitucional.

#### **IV.4 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CUANTO INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN**

Que el Tribunal Constitucional tiene la condición de intérprete supremo de la Constitución no es algo reconocido de modo expreso por la propia Constitución, sin embargo él tiene esa condición debido a su propia naturaleza dentro de un Estado Constitucional de Derecho y debido a otras razones que brevemente pasamos a exponer, no sin antes relieves la circunstancia que la doctrina nacional le ha reconocido también la misma naturaleza, de manera prácticamente unánime<sup>74</sup>.

Es de recordar que en el proceso de discusión del proyecto de la propia Constitución de 1993, uno de los anteproyectos sobre el Título sobre "Garantías Constitucionales" contemplaba un artículo que de modo expreso le atribuía la condición de "intérprete supremo de la Constitución". Ello motivó ardua discusión, reivindicándose tal condición para el poder legislativo. Finalmente, la norma en mención fue dejada de lado. Lo mismo ocurrió con motivo de la discusión de los proyecto de ley orgánica del Tribunal Constitucional, donde uno de ellos contemplaba una disposición análoga a la antes comentada. El debate se desarrolló en similares términos, optándose finalmente por descartar la mención expresa de la condición de supremo intérprete del Tribunal. El corolario del debate es que no existe aún en el ordenamiento constitucional peruano un cabal entendimiento del Tribunal Constitucional dentro del sistema constitucional peruano y la preeminencia que en ese contexto de pluralidad de intérpretes constitucionales (*Peter Huberle*) el tiene

<sup>74</sup> Cfr. Danós Ordoñez, Jorge "Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, CAJ, 1993, p. 285; Abad Yupanqui, Samuel "La Jurisdicción Constitucional Peruana en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas" en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 4, CAJ, Lima, 1995, pp. 216 y ss; Blume Fortini, Ernesto "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución" en *Pensamiento Constitucional*, N°3, Año III, PUCP, 1996, pp. 331 y ss.

El Tribunal Constitucional es dentro del ordenamiento constitucional peruano el intérprete supremo de la Constitución debido a razones que podrían ser agrupadas en dos ámbitos: las de orden institucional y las de orden normativo.

Estas últimas han sido radicadas en la implicitud de esa condición en determinadas normas de la LOTC. En efecto, ésta precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de una norma impiden que los jueces ejerzan respecto de ella el control difuso, precisando además la suspensión de los procesos de acción popular (control abstracto de constitucionalidad y legalidad de normas de rango infralegal) en los que se impugne una norma por contravenir otra de rango de ley que es motivo del proceso de inconstitucionalidad pendiente (Art. 38°). El primer caso supone una consecuencia lógica de una adecuada incardinación del control concentrado con el control difuso, que tiene como resultado que en un sistema dual, al menos en el ordenamiento constitucional peruano, sea la interpretación del órgano competente del control concentrado, la que revista primacía en materia constitucional. A la misma conclusión conlleva la norma que dispone la suspensión del proceso de acción popular, nuevamente, el bien constitucional implícitamente tutelado es la primacía interpretativa de la Constitución del Tribunal. A ello también conduce otro artículo de la LOTC (art.48°), el cual estipula que "Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.". Así, la *ratio iuris* que subyace tras estas formulaciones normativas es que sea éste el intérprete supremo de la Constitución, de modo que los órganos del poder judicial tengan que suspender los procesos que conocen hasta en tanto aquél establezca, de manera vinculante, el modo en el que tendrá que interpretar la Constitución.

Adicionalmente a lo antes mencionado, una norma que tiene una especial y, acaso, contundente significación en lo que concierne a la afirmación de la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional, es la primera disposición general de la LOTC, según ésta, los jueces y tribunales interpretan y aplican las normas con rango de ley según los principios y preceptos constitucionales conforme a la interpretación que de ellos establezca el Tribunal Constitucional en todos los tipos de procesos que conoce. De esta forma el criterio interpretativo esgrimido por el Tribunal sentado en todos los procesos constitucionales sobre los que tiene competencia, esto es, los de inconstitucionalidad, tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento) y los procesos competenciales (conflicto de competencia y de atribuciones), es vinculante para el Poder Judicial en todas sus instancias.

El argumento de orden institucional está basado en la naturaleza del Tribunal Constitucional en cuanto órgano de control de la constitucionalidad en un Estado constitucional de Derecho. El que sea éste, y no otro órgano, dentro del esquema institucional de nuestro ordenamiento, el encargado del "control de la Constitución", conlleva correlativamente, la supremacía interpretativa sobre el resto de los que componen el sistema constitucional. Para esto debe tenerse en cuenta que esta función de "control" no se efectúa ni se puede efectuar, sino a través de la interpretación. Por tanto, si el control se efectúa a través de la interpretación y el control tiene un titular que es el Tribunal Constitucional, habrá que concluir en que éste tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución.

En consecuencia, si atendiendo a la razón de orden institucional y las de orden normativo antes explicitadas, concluimos en sostener que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, resultaría conveniente que se estableciera ese status de modo expreso en la Constitución, para de ese modo evitar desinterpretaciones que sólo conducirían a la pervivencia de disfuncionalidades entre el Tribunal y el Poder Judicial, como las que advertimos en el control difuso, y a morigerar y limitar el auténtico significado del Tribunal Constitucional dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Claro está que si lo anterior es lo más conveniente, ha de señalarse que ello no es necesariamente indispensable, pues podría simplemente acudir a modificarse la LOTC introduciéndolo en su artículo primero.

Con esto no se piense que los problemas de la fragmentación de unidad interpretativa de la constitución más allá de los procesos constitucionales (por ejemplo, a través de un proceso

penal, civil, laboral, etc. conocido en sede definitiva por las Salas de la Corte Suprema ), pueden ser descartados definitivamente, lo único posible es que explicité normativamente las consecuencias de la supremacía interpretativa en materia constitucional, por parte del Tribunal Constitucional, por ejemplo, precisando que las materias constitucionales ya definidas por el deberán ser seguidas por los órganos judiciales, salvo los casos en los que el Tribunal no habría sentado aún criterio jurisprudencial alguno. La inversa sí sería posible: esto es, que el Tribunal no siga un aspecto constitucional ya definido por el Poder Judicial, pues él es el supremo intérprete de la Constitución.

Resultaría incompleto este apartado si no se aborda una tesis que entiende que el supremo intérprete de la Constitución es el poder legislativo, esto es, el Congreso. Como se tiene dicho, esta tesis fue enfáticamente sustentada durante la elaboración de la actual Constitución así como durante el debate de la que hoy vigente LOTC. Probablemente sea esta la tesis que con mayor insistencia se afirma contra la supremacía interpretativa constitucional del Tribunal. A este respecto cabe señalar que la doctrina más autorizada, confirmada además por el derecho comparado, es que dentro de un Estado Constitucional de Derecho es el Tribunal o Corte constitucional el intérprete supremo de la Constitución. La Constitución peruana se halla inscrita dentro de las que tienen como fundamento de su sistema político, la institución de un Estado Constitucional de Derecho. Esta fórmula describe una organización política en la cual la Constitución tiene la cualidad de una auténtica fuente de derecho con la consiguiente vinculatoriedad erga omnes que ella reviste y, porque, correlativamente y en cuanto *conditio sine qua non*, acompaña a lo anterior el diseño de mecanismos jurídico-procesales encaminados a proteger la primacía de la Constitución. En consecuencia, la guarda de la Constitución ya no es implementada a través de mecanismos puramente políticos como la resultante de la correlación de las fuerzas políticas, sino a través de mecanismos jurídicos y, específicamente, jurídicoprocesales, esto es, no a través de las relaciones parlamento-gobierno y de la consiguiente relaciones entre las fuerzas políticas subyacentes, sino a través de una jurisdicción. Podría afirmarse metafóricamente que la tutela de la Constitución se desplaza de una fase de autocomposición no procesalizada a una de heterocomposición procesalizada. Creemos que esta expresión metafórica grafica la escisión fundamental entre un mero Estado de Derecho y un Estado Constitucional de Derecho como de forma tan acertada se ha encargado de puntualizarlo Manuel García Pelayo. La consecuencia que resulta vital a efectos de lo que nos concierne es que, de este modo, el intérprete supremo de la Constitución no es un órgano político como el Congreso, sino un órgano jurisdiccional, un *Juez* de la Constitución, el Tribunal Constitucional.

Que el Congreso tiene la facultad de interpretar la Constitución lo tiene ciertamente, pero precisemos, esta facultad se desenvuelve en la forma de desarrollo legislativo de la Constitución, *praeter* o *secundum constitutionem*, más no como autoridad jurisdiccional, esto es, como *la autoridad* que finalmente "dice el derecho" de modo vinculante.

#### **IV.5 NECESIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE UNA NUEVA COMPETENCIA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA "CONSULTA" EN EL CONTROL DIFUSO**

Los problemas descritos en lo que se denominó como interpretación disonante de la Constitución tienen efectos negativos en el ordenamiento constitucional peruano que pueden puntualizarse en los siguientes extremos:

- quiebra de la unidad interpretativa de la Constitución; la disonancia interpretativa de la constitución enerva y, eventualmente, bloquea la interpretación unitaria de la Constitución, la cual, sin desconocer la pluralidad de interpretaciones que una norma constitucional puede albergar, ha menester por mérito de la seguridad jurídica, e incluso de la unidad de la Constitución y del propio ordenamiento jurídico;
- desfavorece la fuerza normativa de la Constitución; la vocación normativa de la Constitución y su pretensión de alcanzar con plenitud una vigencia real y efectiva resulta debilitada si hay diversas interpretaciones.

- atenta con el principio de igualdad en la aplicación de la ley, en cuanto dos situaciones jurídicas han sido tratadas de modo diferente por el ordenamiento jurídico, en base a interpretaciones diferentes.

Puesto que son negativos las consecuencias del problema de disonancia interpretativa de la Constitución o, si se prefiere, de la quiebra de la unidad interpretativa de la Constitución, es indispensable que en nuestro ordenamiento se incorpore algún mecanismo procesal que lo evite. El hilo conductor en esta propuesta es que sea el Tribunal Constitucional el órgano que, a través de cualquier conducto procesal, conozca de todos los procesos en los que se ejerce el control difuso. Para tal efecto, dos vías pueden implementarse: la denominada cuestión de inconstitucionalidad o la elevación o remisión en consulta al Tribunal de los casos que supongan incompatibilidad de la ley con la Constitución. La primera implica una tesis demasiado radical en la medida que supondría, prácticamente, alejarnos del modelo dual que nos inspira. La segunda resulta más adecuada, pues en principio, se mantiene el poder-deber de control difuso de toda instancia jurisdiccional, con la particularidad que la resolución por ella expedida sea elevada o remitida al Tribunal Constitucional en consulta vinculante, la que ciertamente, de ser aprobatoria, tiene efectos concretos, meramente inaplicatorios. Esta propuesta no hace sino desarrollar coherentemente las consecuencias de la condición de supremo intérprete de la Constitución del que el Tribunal Constitucional se halla investido<sup>75</sup> y, que, además, halla precedente en una propuesta algo similar efectuada en el Asamblea Constituyente de 1979.<sup>76</sup>

Desde luego para ello hay la necesidad de acudir a una reforma del artículo 202º de la Constitución en el que se enuncian las competencias del Tribunal Constitucional a fin de se que incorpore esta nueva competencia. Esto se torna inevitable debido al sistema de cláusula de *numerus clausus* por la que la Constitución ha optado en la determinación de las competencias del Tribunal.

## CONCLUSIONES

- 1) El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú se efectúa simultáneamente a través del control concentrado y del control difuso. Ambas formas discurren paralelamente, el primero de conocimiento exclusivo del Tribunal Constitucional, el segundo, por todos los Jueces y Cortes del Poder Judicial e, incluso por el propio Tribunal Constitucional en los procesos de tutela de derechos cuando le toca resolver los recursos extraordinarios.
- 2) El control difuso o concreto es el poder deber de todo Juez de inaplicar normas incompatibles con la Constitución, que en el sistema peruano comprende a jueces de paz, jueces de primera instancia, Salas de las Cortes Superiores y Salas de la Corte Suprema. En el supuesto de que el fuera ejercido en el curso de algún proceso ordinario, éste es elevado o remitido en consulta a la Sala Constitucional y Social de la República con la finalidad de mantener uniformidad jurisprudencial y de que haya un órgano central del Poder Judicial en el control difuso de la constitucionalidad.
- 3) A diferencia del procedimiento anterior, el control difuso en los procesos constitucionales de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), a partir de una interpretación que sea compatible con el carácter de intérprete supremo de la Constitución del Tribunal Constitucional, debe excluir que el

<sup>75</sup> Vid. *Infra*.

<sup>76</sup> Es algo similar porque la propuesta de entonces mantenía la elevación en consulta a la Corte Suprema, de la que, por consideraciones de celeridad procesal, nosotros la omitimos para que dicha consulta sea elevada directamente al Tribunal Constitucional. En efecto, el Proyecto de Constitución de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente de la Constitución de 1979, establecía en su capítulo referido al Poder Judicial lo siguiente: "Artículo 242".- En caso de que el juez deje de inaplicar una ley por considerarla incompatible con una norma constitucional, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema. La Corte Suprema para resolver, elevará previamente el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una ley." Este artículo guardaba concordancia con otro del mismo proyecto (Art. 300º, inc. 2) en el que se atribuía a dicho Tribunal la competencia para "Pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley en el curso del artículo 242º" Vid. Danós Ordóñez, Jorge y Sousa Calle, Martha "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general" en Eguiguren Praeli, Francisco (director) *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1987, pp. 310-311.

proceso sea elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social. Este aspecto no ha sido previsto específicamente por la legislación vigente, de modo tal que se impone, de inmediato, una regulación al respecto

- 4) La circunstancia de que, por un lado, el control concentrado sea de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y de que, por otro, el control difuso termine finalmente a cargo de la Sala Constitucional y Social, puede originar una disonancia interpretativa o ruptura de la unidad interpretativa de la Constitución que resulta inconveniente para el ordenamiento jurídico por diversas razones. En consecuencia, es necesario la reforma de la legislación vigente para que se incorpore un mecanismo procesal que lo evite, el mismo que pensamos se halla en la consulta vinculante como una competencia adicional del Tribunal Constitucional. A este respecto es imprescindible la inmediata modificación de la legislación vigente a efectos de incorporar la consulta como una competencia adicional del Tribunal Constitucional. De esta forma, todos los procesos, de la materia que fueren, en los que se haya ejercido el control difuso, serían elevados en consulta al Tribunal y no a la Sala Constitucional, con lo cual se evita la quiebra de la unidad interpretativa de la Constitución y se desplaza la titularidad de la última palabra, en lo que concierne al control difuso, al órgano al que realmente corresponde la interpretación final de la Constitución, el Tribunal Constitucional
- 5) La escasa regulación sobre el control difuso así como su dispersidad (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Habeas Corpus y Amparo, Código Procesal Civil) exigen la inmediata expedición de una regulación autónoma de esta institución, la que, además, debido su naturaleza procesal constitucional, deberá formar parte de lo que será un Código Procesal Constitucional.
- 6) El Tribunal Constitucional ha ejercido el control difuso en algunos procesos de tutela de derechos que ha resuelto a través del recurso extraordinario. El carácter vinculante de su jurisprudencia tiene como consecuencia que las normas inaplicadas resulten prácticamente expulsadas del ordenamiento jurídico.
- 7) La breve experiencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre procesos de inconstitucionalidad ha reflejado el caso de algunas sentencias interpretativas así como el desarrollo de algunos aspectos importantes de la dogmática constitucional (distinción entre derechos y garantías constitucionales, contenido esencial de los derechos, aplicación de principios, entre otros) Se resalta la bondad de las sentencias interpretativas porque a través de ellas el Tribunal participa activamente en el proceso de perfeccionamiento del derecho, contribuye a una relación menos tensional entre los órganos del Estado que, por lo general, desencadena la sentencia del proceso de inconstitucionalidad y con ello, afianza el proceso de integración del Estado.
- 8) Aún cuando su ley orgánica, no atribuya de modo expreso al Tribunal Constitucional, la condición de supremo intérprete de la Constitución, él tiene esa condición debido a que la ley orgánica contiene algunas normas que permiten inferir tal status y debido a su naturaleza institucional en cuanto órgano de control de la constitucionalidad.
- 9) La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, presenta algunos aspectos que resultan inconvenientes para un adecuado ejercicio de su función en los procesos de inconstitucionalidad. Para ello es necesario su modificación en los siguientes puntos disminuir la mayoría cualificada exigida para la declaración de inconstitucionalidad a cinco votos aprobatorios, disminuir al mismo número la mayoría exigida para modificar la jurisprudencia, la incorporación de un sistema de magistratura suplente; y, la consignación expresa en la ley orgánica, de la condición de intérprete supremo de la Constitución propia del Tribunal Constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel "La Jurisdicción Constitucional Peruana en la Carta Peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas" en *Una mirada a los Tribunales*

*Constitucionales. Las experiencias recientes. Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 4, CAJ, Lima, 1995, pp 191-240.

Blume Fortini, Ernesto "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución" en *Pensamiento Constitucional*, N°3, Año III, PUCP, 1996, pp. 293-337.

Congreso Constituyente Democrático *Diario de los Debates. Debate Constitucional, Pleno 1993*. Constitución Política de 1993. Tomo III, publicación oficial, Lima-Perú, pp. 1965 y ss

Danós Ordoñez, Jorge "Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 10, CAJ, Lima

Danós Ordoñez, Jorge y Sousa Calle, Martha "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general" en Eguiguren Praeli, Francisco (director) *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1987, pp. 281-393.

Díaz Zegarra, Walter A. *Los Procesos Constitucionales*, Palestra Editores, Lima, 1999.

Eguiguren Praeli, Francisco "Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas" en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp.115-133.

Eguiguren Praeli, Francisco "Experiencia del Tribunal Constitucional Peruano" en *Justicia Constitucional. Reflexiones y análisis*, Revista Constitucional, N° 1, Sucre-Bolivia, 1999, pp.143-163.

Elia, Leopoldo "Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)" en AA.VV. *Scritti su la giutizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, Milano, Vol.I, pp. 299-324.

García Belaunde, Domingo "El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú" en *IUS ET PRAXIS*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 13, Lima, 1989, pp.145-153.

García Belaunde, Domingo "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993" en *La Constitución de 1993 análisis y comentarios. Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 10, Lima, CAJ, pp.253-264.

García Belaunde, Domingo "La jurisdicción constitucional en Perú" en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 831-854.

García Belaunde, Domingo "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo" en *La justicia constitucional a finales del siglo XX*, Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Año VII, N° 6, Huancayo, 1998, pp.139-154.

García Pelayo, Manuel "Estado legal y Estado Constitucional de Derecho" en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 1, CAJ, Lima, pp.25-43.

Landa Arroyo, César "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano" en *Pensamiento Constitucional*, N° 2, PUCP, Lima, 1995, pp. 73-114.

Landa Arroyo, César "Los procesos constitucionales en la Constitución peruana de 1993" en *IUS ET VERITAS*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP, año IX, N° 18, Lima, 1999, pp.8-36.

Mesía Ramirez, Carlos "La jurisdicción constitucional en la Constitución de 1993" en Gutiérrez, Walter y Mesía, Carlo (compiladores) *Derechos Humanos*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995

Pierandrei, Franco "La Corte Costituzionale" (voz) en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, Vol. X, pp 874-1036

Quiroga León, Anibal "Control 'difuso' y control 'concentrado' en el derecho procesal constitucional peruano" en *DERECHO*, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 50, Lima, 1996, pp 207-233

Silvestri, Gaetano "Le sentenze normative della Corte Costituzionale" en A.A.VV. *Scritti su la giurizza costituzionale in Onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, Milano, Vol.I, pp. 755-794.

Tribunal Constitucional del Perú "Legislación Procesal Constitucional. Las Garantías Constitucionales"