

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

PARTE I

César Landa¹

1 EL MODELO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La formación y el desarrollo de la justicia constitucional en el Perú no ha sido posible sino cuando se han dado las bases democráticas y luego constitucionales, para la defensa de las libertades y el control del poder. Proceso que integra el control difuso de las leyes –sistema americano- y el control concentrado de las leyes –sistema europeo-. No obstante, no ha logrado una identidad propia sobre el rol de control judicial de las mismas y, menos aún, una plena articulación del organismo encargado de dicha función con los demás poderes públicos, tal como sucede en el los países del *common law* y del *Rechtstaat*.

En el fondo, estas dos corrientes de control de las leyes establecen frenos a la soberanía del legislador, es decir, a los representantes de la voluntad nacional, en aras a tutelar los derechos fundamentales. Por ello, lo más significativo de la justicia constitucional contemporánea es la capacidad que tiene para transformar la legitimidad originaria de la ley, en legitimidad constitucional por sus resultados²; sometiendo dicha ley al control judicial, en vía incidental o concentrada. Sin embargo, en el Perú, antes de la creación de la justicia constitucional, concentrada en la Constitución de 1979, nunca hubo la convicción política ni jurídica suficiente para la implementación del control de la constitucionalidad de las leyes; que no es otra cosa que el control del poder. Esto tiene una explicación histórica.

¹ Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: IEP, 1971, pp.15-30; asimismo, DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso, estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: Universidad Autónoma de México, 1997, pp. 229-235.



a) En el constitucionalismo de los siglos XIX-XX

La Constitución española de 1812, vigente en el Virreinato del Perú, estableció en su artículo 132 que: “Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones a la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella”. Una vez independiente el Perú en 1821, su primera Constitución de 1823 estableció en su artículo 186 que: “El primer cuidado del Congreso, luego después de la apertura de sus sesiones, será examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieren remediado, a fin de decretar lo necesario para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores”; así como, en el artículo 187 que: “Toda persona debe reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que”.

Por su parte, en la efímera Constitución Bolivariana o Vitalicia de 1826, que estuvo inspirada en la Constitución Consular del año VIII de Napoleón, se otorgó al Senado Conservador peruano funciones difusas de protección de la Constitución. En las constituciones posteriores de 1828, 1834 y 1839 también se estableció que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores. Pero, dicho control era político y se hacía efectivo en sede congresal.

Es recién con la Constitución de 1856, liberal por excelencia, que se estableció, en su artículo 10 que: “es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Ahora bien, este control jurídico constitucional no tuvo desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial, debido a que dicha Constitución duró solo cuatro años y a que el derecho público, de entonces, estaba aún inmaduro para desarrollar una institución como el control judicial de las leyes, propia de la siguiente centuria.

Es recién en el Anteproyecto de Constitución de 1931 (artículo 142), elaborado por la Comisión Villarán, que se plantea la incorporación del control judicial —*judicial review*— de las leyes, al estilo norteamericano, mas no el control abstracto de las mismas, a través de un órgano judicial especializado. Debido a los cándidos temores de que se produjese un exceso de demandas en contra de las normas de Congre-



so³. No obstante, ni una ni otra iniciativa fue recogida por los constituyentes de 1933. Aún así, en esta última Constitución se continuó con la suerte de control político de la norma suprema, por cuanto el artículo 26 dispuso que «pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución» y el artículo 123 señaló que el Congreso estaba facultado para «examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores»⁴.

Si bien el control de las leyes del Parlamento no se llegó a incorporar en la Constitución de 1933, ya antes estuvo consagrado, aunque a nivel legislativo, en el Código Civil de 1936, cuyo artículo XXII del Título Preliminar señalaba que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera». Sin embargo, los propios jueces fueron reacios a la aplicación de esta disposición, debido a: a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) en todo caso se trataba de un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no del derecho público (que es con frecuencia en donde, más, hallamos este tipo de violaciones), y c) se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior⁵.

Es recién con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 que se reglamenta, en su artículo 8, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria. Correspondiendo pronunciarse, en última instancia, a la Corte Suprema sobre la inaplicación de una ley por inconstitucionalidad, lo que se produjo en muy contadas oportunidades y sin mayor trascendencia.

Es así que luego de un largo período de gobierno militar [1968-1979], la elite política tomó conciencia de la necesidad de fortalecer el Estado Constitucional y la democracia. Ello se puso en evidencia en los partidos que integraron la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1979. Lo que dio lugar a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero sin desvincularlo del positivismo legalista, ni compatibilizarlo con el control difuso de los jueces ordinarios,

³ Villarán, Manuel Vicente. Ante-proyecto de Constitución de 1931, Op. cit., pp. 72, 157 ss.

⁴ Este tipo de control político fue propio en la Francia del Senado Consulto de la Constitución de 1852 y de su reforma de 1869, en virtud del cual se atribuía el título de guardián del pacto fundamental, revisar Luchaire, François. *Le conseil constitutionnel*, Paris, Económica, 1980, p. 11.

⁵ García Belaunde, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Lima: EDILI S.A., 1989, pp. 94-95.



ni con el régimen presidencialista que históricamente ha llevado a la politización de la justicia⁶.

La innovadora Constitución de 1979 estableció, por primera vez en el Perú, la jurisdicción constitucional concentrada a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, tomada de la experiencia constitucional española de la Segunda República, con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y para expedir resoluciones casatorias de las sentencias denegatorias del Poder Judicial, en materia de *hábeas corpus* y acciones de amparo⁷.

La vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su implementación en 1982 hasta su clausura en 1992, por el autogolpe de Estado de Fujimori, no dejó la convicción en la ciudadanía y ante los poderes públicos que los magistrados constitucionales fuesen los voceros autorizados de la Constitución. Ello debido a que no lograron legitimidad social en la opinión pública, como órgano constitucional encargado de controlar los excesos del poder. Durante 10 años, apenas resolvieron 15 acciones de inconstitucionalidad y 577 casaciones de amparo y *hábeas corpus*⁸.

A consecuencia lógica de este constitucionalismo autoritario fue que la producción legislativa del gobierno de facto, y luego del Congreso Constituyente Democrático, se convirtió en una cuestión política no justiciable con carácter general, debido a la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales. Quedando tan solo la opción del control difuso de inconstitucionalidad de las leyes o de los actos basados incluso en normas legales, en virtud de lo que disponían los artículos 236 –control difuso- y 295 –acción popular- de la Constitución de 1979 y el artículo 3 de la Ley N.º 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo de 1982. Sin embargo, el Poder Judicial estaba también intervenido y amedrentado por el gobierno de facto, como para pretender controlar incidentalmente la constitucionalidad de las leyes o controlar los reglamentos y normas administrativas de dicho régimen, según lo permitía el artículo 1 de la Ley N.º 24968, Ley de Acción Popular.

⁶ Pareja Paz-Soldán, José. Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979. T. I. Lima: Eddili, s/f, pp. 487 ss.; Chirinos Soto, Enrique. La nueva Constitución. Lima: Editores Importadores S.A., y; 1986, pp. 351 ss.; Ruíz-Eldredge, Alberto. La Constitución comentada. Lima, 1979, pp. 327 ss.

⁷ Diario de Debates de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, 1978-1979, Tomos, III y VIII; asimismo,

⁸ Landa Arroyo, César. Tribunal Constitucional y Estado democrático Lima: Palestra editores, 3º edición, pp. 116-117 y 162.



Dicho Tribunal ingresa luego al debate constituyente debido a la crítica de la oposición, la opinión pública y especializada de los profesores de Derecho Constitucional, que exigieron al Pleno del CCD, encargado de la aprobación final del texto constitucional, no eliminar la jurisdicción constitucional concentrada recogida en la Constitución de 1979⁹. Así, se consagró nominalmente como competencias del Tribunal Constitucional: el control constitucional de las normas legales, la resolución de los conflictos de competencias y de las resoluciones judiciales denegatorias de los *hábeas corpus*, *amparo*, *hábeas data* y acción de cumplimiento¹⁰.

De ahí que la nueva versión del Tribunal Constitucional, creada en las postrimerías del debate constituyente en 1993, no fuera implementada, por dicho gobierno, hasta junio de 1996, año en que se instaló y empezó a operar. El retraso puede atribuirse al celo del gobierno, y de su obsecuente mayoría parlamentaria, hacia las tareas de control de las instituciones independientes del poder y a las reticencias de la Corte Suprema, toda vez que esta dejaba de ser la última instancia judicial en materia de las viejas y nuevas garantías constitucionales —*hábeas corpus*, acción de *amparo*, *hábeas data* y acción de cumplimiento—.

b) El constitucionalismo contemporáneo

Con la recuperación del régimen democrático a partir de fines del año 2000, con la reincorporación de tres magistrados del Tribunal Constitucional que habían sido destituidos por fallar en contra de la ley de la re-reelección de Fujimori en 1997, se inicia una etapa de fortalecimiento del Tribunal Constitucional. La misma que se expresa con la aprobación del Código Procesal Constitucional (CPC), mediante Ley N° 28237, de 28 de mayo de 2004, que produjo la unificación de la dispersa legislación procesal constitucional y además estableció modernamente un conjunto de institutos procesales que hacen de la justicia constitucional un sistema jurídico garantista de los derechos fundamentales y del orden jurídico constitucional.

Asimismo, el Congreso de la República dictó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), mediante Ley N.º 28301,

⁹ Blume Fortini, Ernesto. El control de la constitucionalidad. Lima: Editorial Ersa, 1996, pp. 88 ss.

¹⁰ Bernales, Enrique con la colaboración de Otárola, Albero. La Constitución de 1993: Análisis comparado. Lima: ICS editores, 1996, pp. 718-719.



del 22 de julio del 2004, en la cual se establece que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de la interpretación y del control de la constitucionalidad, se crean dos Salas y se permite que la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales se resuelva ya no con seis sino con cinco votos conformes, básicamente.

En este contexto histórico y conceptual, adquiere pleno sentido que se identifiquen las limitaciones y también las virtudes del Tribunal Constitucional. Esto, en aras de elaborar un diagnóstico práctico y teórico, necesario para el fortalecimiento y mejor funcionamiento del Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos legislativos y judiciales.

c) Posición del Tribunal Constitucional en relación al Poder Judicial

La incorporación de la justicia constitucional en el Perú no ha sido un proceso pacífico, la relación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en un comienzo tampoco se encontró exenta de conflictos. Ello debido a que durante el régimen autocrático de Fujimori, el Poder Judicial desconoció sentencias constitucionales, rompiendo así la reserva de la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, instaurado el proceso democrático el año 2001, el Poder Judicial se encuentra en un lento proceso de depuración de los magistrados corruptos y de revisión de su proyecto institucional. Proceso en el cual las relaciones del Poder Judicial con el Tribunal Constitucional se han desarrollado de forma pacífica; en la medida que, la revisión judicial del Tribunal de las sentencias ordinarias ha dado lugar a la concertación jurisdiccional, antes que a la confrontación institucional.

Es así que aunque el Tribunal Constitucional en la Constitución peruana de 1993 no se ubica dentro de la estructura y organización del Poder Judicial; ello no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional, donde se desarrollan actos procesales (jurisdicción, acción y proceso). En efecto, la Constitución (artículo 201^o) establece que el Tribunal «es el órgano de control de la Constitución». En ese sentido, asume no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales¹¹ (artículo 2^o del Código Procesal Constitucional).

¹¹ LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra Editores, 2.^a edición, 2003. pp. 341-342.



Si la Constitución le dispensa al Tribunal Constitucional un régimen propio previsto en el Título V, que está referido a las garantías constitucionales, ello responde, por un lado, a la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia en relación con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y demás órganos constitucionales¹² que son objeto de control; por otro lado, a su peculiar ubicación en el esquema configurado por el principio constitucional de división de poderes que lo ubica como guardián de la Constitución y, eventualmente, vocero del poder constituyente.

Pero también obedece, y tal vez sea esto lo más importante, en este momento, a su especial naturaleza y carácter como órgano de control. Esto es importante porque el ordenamiento jurídico-constitucional no sólo ha configurado al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional, sino también como órgano jurisdiccional y órgano político. De ahí que, en el desarrollo de sus funciones, el Tribunal Constitucional no sólo se circunscribe a actuar únicamente como legislador negativo, sino que también asume funciones significativas en orden a salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y de la tutela de los derechos fundamentales a través de la amplia tipología de sus sentencias¹³.

La función de administrar justicia constitucional le viene atribuido al Tribunal en la medida que la Constitución (artículo 202°) le reconoce la competencia para conocer –en instancia única– los procesos de inconstitucionalidad; conocer –en última y definitiva instancia– las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y la acción de cumplimiento; y, finalmente, conocer los conflictos de competencia.

En tanto órgano jurisdiccional, por tanto, el Tribunal asume un activo control de constitucionalidad, no sólo ya como legislador negativo, sino también como un auténtico promotor judicial del respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo

¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid Tecnos, 2002. p. 50.

¹³ AJA, Eliseo (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona, Ariel, 1998. p. 259.



sus límites¹⁴ a través de la interpretación jurídica de la Constitución y de la teoría de la argumentación¹⁵.

A su carácter de órgano constitucional y jurisdiccional, se suma su carácter de órgano político en tanto vocero del poder constituyente. Pero esto último no debe ser entendido en el sentido tradicional del término. Antes bien, la naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinado, por un lado, porque sus decisiones pueden tener efectos políticos; y, de otro, porque cabe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas –*political questions*–¹⁶.

Es posible afirmar entonces que si bien existe entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial relaciones de coordinación e interdependencia, también se establece una relación de jerarquía funcional en la medida que el Tribunal es instancia final de fallo, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento –según dispone el artículo 202º-2– de las resoluciones en principio denegatorias del Poder Judicial.

Lo cual es una consecuencia lógico-funcional en aquellos sistemas donde los procesos constitucionales son de competencia tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial, lo que conlleva a una supremacía funcional del primero sobre el segundo. «Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponde fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional»¹⁷.

Pero el respeto a las decisiones del Tribunal Constitucional no es un respeto unilateral, es decir, que se deriva del sólo hecho de provenir de aquél, sino que el Tribunal Constitucional lo debe obtener a través de la legitimidad de sus resoluciones; es decir, de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las sentencias que dicte, así como de su previsibilidad y autocontrol de sus decisiones. La legitimidad del Tribunal Constitucional y de sus decisiones es el elemento principal para hacer que sus resoluciones no pretendan ser cuestiona-

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. pp. 217 y ss.; también *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002. pp. 45-108.

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2.ª edición corregida, 2005. pp. 273 y ss.

¹⁶ LANDA, César. «Justicia constitucional y political questions». En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.º 4, CEPC, Madrid, 2000. pp. 173 y ss.

¹⁷ PÉREZ TREMPES, Pablo. *Escritos sobre justicia constitucional*. México D.F.: Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 2005. p. 59.



das por el Poder Judicial. Entonces, el Tribunal debe armonizar, en el marco de la Constitución, sus relaciones con el Poder Judicial.

Ahora bien, los procesos constitucionales son, que duda cabe, los puntos de confluencia o divergencia de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Esta articulación se deriva tanto de lo establecido en la Constitución (artículo 200° y 202°), así como de lo señalado por el Código Procesal Constitucional (artículo IV del Título Preliminar), el mismo que establece que los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y, en instancia final de fallo, del Tribunal Constitucional.

Este punto de encuentro o desencuentro de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria no se da gratuitamente, sino que obedece a los fines esenciales que persiguen conseguir los procesos constitucionales: la vigencia del principio de supremacía de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales¹⁸ (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). En ese sentido, en cuanto se refiere a la defensa de la primacía de la Constitución, esta tarea le es atribuida tanto al Tribunal Constitucional en tanto órgano de control de la Constitución –*control abstracto y control concreto* (artículo 202°)– como al Poder Judicial, en la medida que los jueces, en caso de existir incompatibilidad entre la Constitución y una norma legal, prefieren la norma constitucional –*control difuso* (artículo 138°, artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)–.

Sin embargo, el control concreto del Poder Judicial no es válido si se aparta del control abstracto o concreto del Tribunal Constitucional. En la medida que –según lo establece el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional– «*los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional*».

En ese entendido democrático las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial no siempre se articulan en total armonía. Por el contrario, en muchas ocasiones, son relaciones que se caracterizan por una interacción conflictiva, lo cual no es, necesariamente, nocivo para el sistema democrático, basado en el control y balance de poderes. Sin embargo, estas relaciones de coordinación, jerarquía e

¹⁸ LÓPEZ GUERRA, LUIS. *El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001. pp. 158 y ss.



interdependencia deben tender, al margen de los conflictos que se puedan suscitar, a la concretización del principio de supremacía jurídica de la Constitución y del respeto y vigencia de los derechos fundamentales.

2 POSICIÓN Y COMPOSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

a) La institución

El Tribunal Constitucional del Perú es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente del Poder Judicial y demás poderes públicos. Es un organismo jurisdiccional colegiado, integrado por siete profesionales del Derecho que ocupan el cargo como magistrados por cinco años y están impedidos de ser reelectos de manera inmediata, según el artículo 201° de la Constitución. No obstante, de acuerdo al artículo 10° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los Magistrados del Tribunal *prima facie* deben continuar en el ejercicio del cargo hasta que sus sucesores hayan sido designados y hayan tomado posesión del cargo.

1 Número de jueces, Pleno y Salas

En el marco de las competencias establecidas en las normas de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, éste se compone por siete magistrados. Lo cual resulta insuficiente, si se toman en cuenta algunos elementos de la realidad constitucional. Un primer argumento, desde un punto de vista cuantitativo, es la sobrecarga de los procesos constitucionales debido al incremento exponencial de los mismos. Los procesos constitucionales al ser procesos sumarios debido al derecho fundamental o bien constitucional afectado a tutelar, resulta un contrasentido que la justicia constitucional no puede realizar una oportuna e idónea reparación a los mismos. La demora en la impartición de justicia constitucional no se debe a las dilaciones indebidas de las partes, sino al retraso en la tramitación y resolución de las causas debido al número insuficiente de magistrados, antes que a los vacíos o insuficiencias del Código Procesal Constitucional; lo cual produce que se dilaten los procesos.

No obstante, cabe aclarar que la eficiencia de la justicia constitucional no es solo una cuestión cuantitativa de resolución de causas pen-



dientes, sino, fundamentalmente, cualitativa. Por eso se ha señalado que: «la eficacia de la justicia se encuentra en la actualidad íntimamente ligada a la de un modelo de proceso que, sin olvidar sus principios consustanciales (contradicción, igualdad de armas, dispositivo en las democracias occidentales), posibilite una rápida solución de conflicto...»¹⁹

Por otro lado, el Pleno está integrado por todos los magistrados, lo preside el Presidente y, en su defecto, el Vice Presidente, elegidos por ellos mismos, de su propio seno, por mayoría absoluta de sus miembros. El Pleno podrá ser jurisdiccional, cuando haya lugar a emitir resoluciones judiciales o a realizar la vista oral de las causas judiciales a resolver en audiencias públicas y, podrá ser administrativo, para dar cuenta del despacho de demás trámites jurisdiccionales, no sustantivos o administrativos. Tales como presupuesto, nombramiento de funcionarios, licencias, fijar fecha y lugar para las vistas de las causas, etc. En ese sentido, el Pleno del Tribunal goza de las atribuciones tasadas para resolver los asuntos jurisdiccionales y administrativos que le confiere la Ley y el reglamento del propio Tribunal.

Dada la carga procesal y el carácter altamente delicado de algunas demandas, durante la etapa de la transición democrática se reformó la organización del Tribunal, creando dos Salas, de conformidad con el artículo único de la Ley N.º 27850, del 20 de octubre de 2002, modificatorio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N.º 26435). Ello llevó a distribuir y delimitar, razonablemente, las competencias jurisdiccionales y administrativas entre el Pleno y las Salas. Con la creación de las dos Salas en el Tribunal Constitucional se hizo evidente, desde el punto de vista organizativo, la búsqueda por hacer efectivas las normas constitucionales relativas a la tutela de los derechos fundamentales y las del control constitucional de las normas legales, a cargo del aludido Tribunal.

Las dos Salas están constituidas por tres magistrados cada una, para conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data* y cumplimiento, iniciadas ante el Poder Judicial. Es un problema que la actual composición de las dos Salas exista sin un criterio diferenciador en razón de la materia constitucional; por cuanto, los procesos de tutela de

¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente “Causas históricas de la ineficacia de la justicia”. En W.Wedekind (editor). *Justice and Efficiency. General reports and discussions, the eight world conference on procedural law*. Deventer: Dutch Association for procedural Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p.19



los derechos y libertades, pueden ser resueltos tanto por una como por otra Sala, en función de la distribución aleatoria de las causas. Lo que ha generado en algunas ocasiones sentencias contradictorias sobre un mismo derecho entre una Sala y otra²⁰.

Por ello, desde diciembre del año 2007, por acuerdo administrativo del Pleno del Tribunal se ha establecido que cuando una Sala vaya a cambiar el criterio jurisprudencial establecido, el caso sea resuelto jurisdiccionalmente por el propio Pleno. La experiencia desde entonces ha buscado mantener la unidad jurisdiccional de las resoluciones, en aras de la seguridad jurídica de la tutela de los derechos constitucionales de las personas²¹; sin afectar el principio de independencia e igualdad de ambas Salas, aunque mucho de esto depende del talante de los magistrados.

2 Procedimiento de nombramientos de los jueces

Según el artículo 201° de la Constitución corresponde al Congreso de la República el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del Congreso Unicameral integrado por ciento treinta representantes.

Es comprensible que en la designación de las magistraturas constitucionales, los partidos políticos con representación parlamentarios tengan interés de influir en la nominación y designación de los magistrados; ello es ineludible, dado que existe un alto grado de interrelación entre la Constitución y la política.²² Pero, ese proceso político debe justificarse a través del requisito de los dos tercios del número de

²⁰ Cfr. El caso de la STC N° 2906-2002-AA/TC resuelta por la Sala Segunda que dejó sin efecto legal la rebaja de categoría y remuneraciones aplicada a un trabajador que había tenido un accidente, disponiendo que se le restituya la condición de empleado dentro de su categoría, más el pago de la diferencia de su remuneración que no percibió; mientras que la Sala Primera, en el caso de la STC N° 009-2004-AA/TC sobre la rebaja de nivel, categoría y remuneración declaró improcedente la acción de amparo. Para el caso alemán revisar LAMPRECHT, Rolf. *Richter contra Richter. Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, pp.46 y ss. y 208 ss.

²¹ SATTLER, Andreas. “Die Zuständigkeit der Senate und die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§§ 14, BverfGE)“. En Christian STARCK (Hrsg.) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Band I. Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 104 ss.; asimismo, Lauterjung, Friedrich. *Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte*. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1932, reprint 1977, pp. 22 ss.

²² PREUß, Ulrich. “Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik”. *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen* (U. Preuß, editor). Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, pp.7-33.



miembros del Congreso, lo que supone mínima y obligatoriamente el diálogo, la negociación y la concertación y, a su vez, sirve como un mecanismo de control de las minorías a fin de evitar que la mayoría pueda excederse.

3 Procedimiento de designación y juramento

Este procedimiento se encuentra regulado por el artículo 8° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y por las disposiciones pertinentes del Reglamento del Congreso, comprendiendo las siguientes etapas:

En primer lugar, el Pleno del Congreso designa una Comisión Especial integrada por un mínimo de cinco y un máximo de nueve congresistas, procurando respetar en lo posible la proporción de grupos parlamentarios presentes en el Congreso. Esta Comisión Especial tiene por encargo recibir las propuestas y seleccionar a los candidatos que, a su juicio, se encuentran aptos para ser elegidos.

En segundo lugar, la Comisión Especial publica en el Diario Oficial “El Peruano” la convocatoria para la presentación de propuestas. Asimismo, publica la relación de las personas propuestas a fin de que se puedan formular tachas, las que deben estar acompañadas con prueba instrumental. Luego, la Comisión Especial pasa a resolver las tachas presentadas y a designar a los candidatos que a su juicio se encuentran aptos para ser sometidos a una entrevista personal. La entrevista de los miembros de la Comisión no es pública, salvo que solicite su asistencia representantes de entidades que a mérito de la Comisión son admisibles. La prensa no tiene acceso directo de la misma, salvo a través de la grabación de las mismas que hace el Congreso, posteriormente, para quienes la soliciten.

En tercer lugar, una vez obtenida la nómina de candidatos declarados aptos para ser elegidos, en función de las entrevistas y su *curriculum vitae*, el Congreso procede a la elección mediante votación pública y ordinaria. Son elegidos el Magistrado o los Magistrados, según el caso, que obtengan los dos tercios del número legal de congresistas. En otras palabras, el número de votos requerido para ser designado miembro del Tribunal Constitucional es ochentaisiete, teniendo en cuenta que el número constitucional de congresistas es de ciento treinta.

En cuarto lugar, en caso se hubiere obtenido la mayoría requerida, se procede a designar al Magistrado a los Magistrados elegidos median-



te resolución legislativa. Sin embargo, su nominación no es constitutiva del cargo de Magistrado hasta que jure el mismo, ante el Presidente en sesión de Pleno extraordinario del Tribunal Constitucional.

Finalmente, en caso no se hubiere obtenido la mayoría requerida, se procede a una segunda votación, de conformidad con el artículo 8° de la Ley Orgánica del TC. Si, después de esto, todavía no se logran cubrir las plazas vacantes, la Comisión Especial procede, en un plazo máximo de diez días naturales, a formular sucesivas propuestas hasta que se realice la elección.

4 Requisitos

Los requisitos pueden ser de dos tipos: unos de legalidad y otros de legitimidad; por un lado, la legalidad significa conforme a la ley y, por otro lado, la legitimidad conforme a derecho. En cuanto a los primeros, para ser miembro del Tribunal Constitucional se exigen, por el artículo 147° de la Constitución, así como por el artículo 11° de la LOTC y el artículo 15° del Reglamento Normativo de la institución, los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema; es decir:

-Ser peruano de nacimiento; sea por *ius solis* o por *ius sanguinis*.

-Ser ciudadano en ejercicio; es decir no estar judicialmente interdicto, inhabilitado en sus derechos políticos o privado de la libertad por sentencia judicial.

-Ser mayor de cuarenta y cinco años; este requisito ha requerido de interpretación²³.

-Haber sido magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante diez años; o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

5 Impedimentos

La candidatura al Tribunal Constitucional podrá ser desestimada si el candidato incurre en alguno de los siguientes impedimentos, establecidos por el artículo 12° de la LOTC:

²³ Cfr. El caso del magistrado Carlos Mesía Ramírez, quien no había cumplido los 45 años al momento de postular al cargo de magistrado del Tribunal Constitucional ante el Congreso en octubre del año 2004. Frente a la tacha formulada a su candidatura, la Comisión Especial del Congreso encargada de evaluar a los candidatos resolvió que no era exigible tener la edad mínima de 45 años al momento de postular, sino al momento de ser elegido por el Pleno del Congreso.



-Haber sido objeto de separación o destitución por medida disciplinaria como magistrado del Poder Judicial o del Ministerio.

-Haber sido inhabilitado como abogado por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República.

-Haber sido condenado o que se encuentre siendo procesado por delito doloso.

-Haber sido declarado en estado de insolvencia o de quiebra.

-Haber ejercido cargo político o de confianza en gobiernos de facto²⁴.

El artículo 13° *in fine* señala que en caso concurriera alguna causal de incompatibilidad en quien fuera designado como magistrado de Tribunal Constitucional, éste debe, antes de tomar posesión del cargo, cesar en el cargo o renunciar a la actividad que es incompatible. Dicha renuncia debe ser efectuada en el plazo de diez días naturales siguientes a su designación ante el Presidente del Tribunal. Si no lo hace, se entiende que no acepta el cargo.

6 Perfil del magistrado constitucional

El perfil del magistrado constitucional está referido al denominado requisito de legitimidad, o conforme a Derecho; esto quiere decir que el electo debe ser, ante todo, un jurista que a través de la ciencia constitucional y sus cualidades humanas, pueda aportar sus conocimientos del Derecho y su experiencia frente a las causas; así como que, sepa mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista delimitan el perfil o legitimidad del magistrado constitucional, que requiere el Tribunal Constitucional.²⁵

Ahora bien, no todo excelente jurista es el más apropiado magistrado constitucional; porque, un experto civilista, penalista o procesalista requiere de una calificación especial en Derecho constitucional; que no es sólo una construcción teórica a aprender en los libros y en las

²⁴ Este impedimento se remonta a la disposición constitucional de la Constitución de 1979, que en su artículo 297° señalaba: “Para ser miembro del Tribunal, se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos”.

²⁵ FROWEIN/MEYER/SCHNEIDER, *Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt*, Metzner Verlag, Frankfurt, 1973, pp.73 y ss.; asimismo, KIRCHHEIMER, Otto. *Politische Justiz*, Europäische Verlagsanstalt, Germany, 1981, pp.37 y ss.



normas, sino también, una ética de la convicción institucional y de la responsabilidad social, que se fundamenta en la vida política de un país.

El magistrado constitucional debe asimismo, contar con valores de justicia, eficacia, sabiduría, valor, moderación y humildad intelectual; con estos principios y valores, se pretende poder asumir correctamente asuntos complicados que a menudo se presentan como intereses contrapuestos, donde se debe estar abierto y dispuesto a incorporar las distintas opiniones y puntos de vista.

Sin embargo, se debe ser consciente que el magistrado constitucional, como hombre con experiencias propias, conciencia individual, relaciones sociales, cosmovisión del mundo y de los hechos, tiene una historia personal determinada que está presente inevitablemente en su pensamiento, reflexión, investigación y elaboración constitucional de sus sentencias o votos singulares. Pero, también podría resultar altamente sospechoso de una falta de vocación y capacidad de trabajo en equipo, que algunos magistrados emitan permanentemente votos singulares²⁶; salvo que la institución se encuentre en una crisis de legitimidad y unidad.

En este sentido, habiendo siempre en las sentencias del juez constitucional una parte de su propia subjetividad, para su elección resulta importante conocer los puntos de vista de los candidatos a magistrados sobre aspectos fundamentales de la vida de la sociedad, como son la política económica, social, filosófica y ética; así como la vocación de pertenencia a las diferentes manifestaciones etno-culturales del país.

Resulta necesario, pues, saber cuál es el compromiso de los candidatos a magistrados constitucionales, con las principales manifestaciones y distintas formas de pensamiento de la sociedad; a fin de que las diversas fuerzas mayoritarias y minoritarias de la sociedad, así como el gobierno y la oposición, tengan confianza y se sientan representados en el Tribunal Constitucional con magistrados defensores de la Constitución y no de partidos o grupos de interés.

b) Procedimiento y sistema de votación

El conocimiento oral de los argumentos y contra argumentos de los litigantes en los procesos constitucionales se realiza en el marco de

²⁶ BILLING, Werner. *Das probleme der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema: Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit* Berlin: Duncker & Humblot, 1969., pp.110 y ss.



las Audiencias Públicas, las cuales consisten, de conformidad con el artículo 29° del Reglamento Normativo, es el acto procesal mediante el cual los magistrados escuchan a las partes y a los abogados que, oportunamente, solicitaron informar sobre los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes.

Una vez realizada la audiencia, la causa queda al voto, previa deliberación. La deliberación de una causa se da sobre la base de la ponencia presentada por el magistrado ponente, electo por sorteo, integrante del Pleno o de la Sala que ha visto la causa; así, *prima facie* corresponde al Pleno resolver en única y definitiva instancia los procesos de inconstitucionalidad de las normas legales y los conflictos de competencias, mientras que a las Salas en última y definitiva instancia los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acciones de cumplimiento.

El quórum de asistencia en el Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco miembros y se toma acuerdos y resuelve por mayoría simple de votos emitidos, salvo para decidir la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, y en cuyo caso se requieren cinco votos conformes, según el artículo 5° de la LOTC. Respecto de las sentencias que emiten las Salas para tutelar derechos fundamentales, el mismo artículo ha establecido que se requieren tres votos conformes de los miembros de cada una de las Salas para hacer sentencia.

Cabe destacar que las votaciones son nominales y a mano alzada. Sin embargo, dada la sobrecarga procesal en la práctica cada magistrado delibera y emite su voto autónomamente en el proceso de revisión de los expedientes en sus propios despachos, mediante la rúbrica al proyecto o la firma final a la sentencia, que puede ser así aprobada por unanimidad o por mayoría. Estando los magistrados en la libertad de presentar un voto singular en caso no se encuentren conformes con la decisión adoptada por la mayoría o, un fundamento de voto cuando estando en acuerdo con lo resuelto no lo estén así con los fundamentos de la misma.

El artículo 4° de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 26435, del 23 de diciembre de 1994) estableció que: “De producirse empate para la formación de una resolución, el Presidente tiene voto dirimente, salvo para resolver los procesos de inconstitucionalidad, en cuyo caso, de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconsti-



tucionalidad de la norma impugnada”. La actual LOTC no prevé dicho caso; sin embargo, mediante Resolución Administrativa N° 028-2011-P/TC del 24 de marzo de 2011, el entonces Presidente del TC dispuso, por mayoría del Pleno, reformar el Reglamento del TC, para que en caso de empate en las causas jurisdiccionales, él tenga voto de calidad; a pesar que es un mandato propio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no de un Reglamento. Lo cual ha sido duramente criticado interna y externamente²⁷.

Los magistrados gozan de la inmunidad por el ejercicio legal de su función jurisdiccional; por ello no responden por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su función de impartir justicia constitucional, conforme a lo establecido en el artículo 201° de la Constitución, artículo 14° de la LOTC y el artículo 18° del Reglamento Normativo. Sin embargo, en caso de delito en el ejercicio de sus funciones son pasibles de acusación constitucional del Congreso de la República, sin perjuicio de la investigación penal preliminar del Ministerio Público, según disponen los artículos 99° y 159° inciso 4 de la Constitución, respectivamente.

El sistema de votación tiene relevancia en el funcionamiento del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, en el reforzamiento democrático institucional. Debido a que constituye el medio a través del cual los magistrados constitucionales emiten resoluciones judiciales e inclusive toman decisiones administrativas importantes. Sin embargo, este sistema se vuelve totalmente polémico y ha llegado a ser a un instrumento del totalitarismo judicial, cuando se le instrumentaliza políticamente, para no controlar o sobre controlar la Constitución. Sobre todo, porque «todas las deliberaciones del Tribunal Constitucional están sustraídas absolutamente de cualquier forma de control o de impugnación»²⁸.

En este sentido, la experiencia peruana muestra que la denuncias constitucionales que se formulan ante el Congreso o el Ministerio Públi-

²⁷ Cfr. Beaumont Callirgos, Ricardo. “La incorporación del Art. 10A al Reglamento Normativo del tribunal Constitucional. El caso de la empresa agrícola Chiquitoy”. En Gaceta Constitucional. Tomo 41, Mayo, 2011, pp. 21-34; asimismo, Blume Rocha, Aldo. “El nuevo voto decisorio del Presidente del TC: una modificación extraña, inoportuna e inconstitucional”. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=545>

²⁸ AGRO, Antonio; LAVAGNA, Carlo; SCOCA, Franco; VITUCCI, Paolo. *La Costituzione Italiana annotata con la giurisprudenza della corte costituzionale*. Torino: UTET, segunda edición, 1979, p.1616.



co; o, las demandas de amparo de los litigantes contra resoluciones del propio Tribunal Constitucional, son rechazadas en la medida que pretenden revertir las decisiones de mérito emitidas por el Tribunal. Ello es así, en la medida que los magistrados constitucionales no responden por sus votos u opiniones, ante ningún poder público. Esta situación ha levantado voces, que pregunta legítimamente: ¿a dónde va la justicia constitucional? y ¿quién controla a los jueces constitucionales?²⁹; sobre todo cuando la justicia constitucional atraviesa desde el año 2008 por una etapas de falta de neutralidad e imparcialidad en sus decisiones, en la medida que ha puesto al servicio del gobierno de turno.

3 FUNCIONES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

a) Control abstracto

Hay que señalar que la Constitución de 1993 reconoce al Tribunal como el órgano de control constitucional encargado de resolver, en única y definitiva instancia, las acciones de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley, en base a un canon valorativo-función de valoración-. Sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso de control se expresa en la expulsión de una norma legal del ordenamiento jurídico cuando es declarada inconstitucional-función pacificadora-. Esta decisión de eliminación tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores, públicos y privados, de las normas jurídicas-función ordenadora-³⁰.

El control constitucional de las normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, tratados, normas regionales de carácter general y ordenanzas que contravengan la Constitución), por el fondo o por la forma, es un control represivo y no preventivo. En otras palabras, las normas legales, únicamente, pueden ser incoadas por inconstitucionales, una vez que hayan entrado en vigencia, o sea al día siguiente de su publicación. Pero, en base a la función de la fuerza normativa de la Constitución,³¹ la no pu-

²⁹ Isensee, Jopsef. “Bundesverfassungsgericht — quo vadis?”. JZ, 22, 1996, pp. 1085 ss.; 51, Shapiro, Martin. Who guards the guardians? Judicial control of administration. Atenas y London: The University of Georgia Press, 1988, pp. 62 ss.

³⁰ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. “Qué hacer con la ley inconstitucional”. *Actas de las II Jornadas de la asociación de Letrados del tribunal Constitucional...*, Op.cit., pp.24 ss.

³¹ HESSE, Konrad. Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Hei-



blicación de leyes o decretos de urgencia, porque el gobierno los considera «secretos», no es óbice para demandar su inconstitucionalidad, cuando menos por violación formal de la Constitución, si se tiene el conocimiento extraoficial de los mismos.

Otro tema sobre el cual guarda silencio la Constitución es el del control constitucional por omisión. Ello, puesto que es usual que diversos mandatos constitucionales, expresos y con plazo fijo, no sean desarrollados legislativamente por el Congreso. Tal es el caso de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que estableció como primera prioridad de leyes de desarrollo a; «las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995». Sin embargo, no se dictó dicha ley, ni se renovaron las autoridades regionales, sino hasta marzo de 2003, fecha en que se realizaron las elecciones regionales³².

En ese sentido, la omisión objetiva, *stricto sensu*, del expreso mandato del constituyente es una trasgresión de la norma constitucional por inercia del legislador, lo que constituye una auténtica violación a la Constitución³³. En consecuencia, se puede decir que la función del control constitucional no debe reducirse, únicamente, al examen de la ley, sino que el proceso de inconstitucionalidad también debe cumplir una *función integradora*³⁴ de la Constitución, mediante el referido proceso de inconstitucionalidad por omisión. Ello no quiere decir que el Tribunal Constitucional llene el vacío legal, sino que exhorte al Congreso a legislar la materia en cuestión, inclusive bajo ciertos lineamientos constitucionales generales.

Por otro lado, dado el uso frecuente de la legislación de emergencia, sobre todo en materia económica, a través de los denominados decretos de urgencia, que operan en los bordes y las fronteras constitucionales, cabe postular que la acción de inconstitucionalidad deba cumplir una *función de eficacia integradora* de la Constitución³⁵. La misma que

delberg: C.F. Müller, 20ªed.1995, pp.16 ss.

³² Cfr. <http://www.onpe.gob.pe/resultados2002/index.html>.

³³ Eto Cruz, Gerardo. La inconstitucionalidad por omisión. Trujillo: Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales, 1992, pp. 246 ss.; asimismo en Fernández Rodríguez, Julio. Proposition de concept d' omission inconstitutionnelle en Espagne, en *JöR*, 46, pp. 483-509, en particular p. 491

³⁴ SMEND, Rudolf, «Integrationlehre e Integration». En *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968, pp. 475-486.

³⁵ Hesse, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: CEC, 1983. p. 50; asimismo, Smend, Rudolf. "Integrationlehre e Integration". En *Staatsrechtliche Abhandlungen und an-*



estaría orientada a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional, exhortando al Congreso a llevar a cabo el control de las emergencias económicas, a través de la innovadora pero razonable aplicación de las normas constitucionales permanentes y estables, antes que por omisión otorgar normalidad y continuidad a decretos de urgencia basados en aparentes emergencias económico constitucionales.

b) Tipos de resolución

La doctrina suele realizar, de modo general, una doble clasificación de las sentencias del Tribunal³⁶. Una primera clasificación distingue entre *sentencias de especie* y *sentencias de principio*. Las primeras se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente «declarativa», ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella. Las *sentencias de principio*, por el contrario y sobre la base de la distinción entre disposición -es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras- y norma -esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que se derivan de la disposición-³⁷, integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colman los vacíos normativos y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

c) Sentencias estimativas

1 Sentencias de simple anulación

En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a

dere Aufsätze..., op. cit., pp. 187-198.

³⁶ Maunz, Theodor et al. Bundesverfassungsgerichtsgezet. München: Verlag C.H. Beck, 2003. pp. 122 y ss.; Schlaich, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht. München: Verlag C.H. Beck, 1997. pp. 260 y ss.

³⁷ GUASTINI, Riccardo. Le fonte del diritto e l'interpretazione. Milano: Giuffrè. 1993, p.18.



la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.³⁸

La Jurisdicción constitucional tiene, como regla última, declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, siempre que éstas violen, material o formalmente, de manera grave la Constitución *in toto*. Ello supone que el Tribunal Constitucional desarrolle el control de la constitucionalidad de las normas incoadas, pero considerando la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas democráticamente. Esto implica que, para declarar la nulidad de una ley, basta que ésta se haya aprobado, abiertamente por el fondo o por la forma, de manera directa en contra de la Constitución y de los principios democráticos que ella contempla.

2 Sentencias interpretativas propiamente dichas

En este caso, el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir que, por una errónea interpretación, se han creado «normas nuevas», distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.³⁹

Para precisar lo señalado, cuando una norma legal da lugar a ser interpretada de varias maneras, una inconstitucional y otra constitucional, la doctrina señala que debería preferirse la interpretación que esté totalmente acorde con la Constitución.⁴⁰ En ese sentido, la ley no debe

³⁸ STC N.º 0053-2004-AI/TC, y; STC N.º 0041-2004-AI/TC (Casos de los arbitrios municipales).

³⁹ STC N.º 042-2004-AI/TC (Caso del impuesto a los espectáculos taurinos)

⁴⁰ MÜLLER, Niklaus. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung. Berr: Verlag Stämpfli & Cie. AG, 1980, pp 89 ss; PERALTA, Ramón. La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp.130 ss; asimismo, STEIN. Torstein. “Tipos de sentencias constitucionales”. LTC, 12, CAJ, Lima, 1992, pp.150.



ser declarada nula, es decir la demanda debe ser desestimada, si puede ser interpretada conforme a la Constitución, puesto que se parte de la presunción a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de duda. Sin embargo, dicha presunción es válida *iuris tantum* y no *iure et de iure*; es decir que debe operar como una presunción débil en un sistema democrático débil -con una mayoría parlamentaria afín al Presidente-, y, como una presunción fuerte en una democracia estable y consolidada.⁴¹

3 Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada «eliminando» del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las «expresiones impertinentes»; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley, La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada «agregándosele» un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la «expulsión» de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber:

-El *principio de conservación de la ley*, que exige al juez constitucional «salvar», hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado; es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional debe ser la última *ratio*, a

⁴¹ HÄBERLE, Peter. Die Verfassung des Pluralismus... Op. Cit., p. 45 ss; HART ELY, John. Democracy and distrust. Boston: Harvard University Press, 1981 pp. 105; asimismo, FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia Constitucional y democracia. Madrid: CEC, 1997, pp.268-275.



la que debe apelarse por razones de justicia y de Estado; así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

-El *principio de Interpretación desde la Constitución*, axioma o pauta básica a través del cual se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; planteando, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos. La experiencia demuestra que, residualmente, la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional⁴². Así pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un «tiempo», un vacío legislativo dañoso para la vida institucional.

En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin. Este tipo de sentencias propicia el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los «vacíos normativos» emanados de un simple fallo estimatorio. Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa -normativa- se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento de interpretación y sobretodo de argumentación constitucional⁴³. Ahora bien, existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

- **Sentencias reductoras**

Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contrario a la Constitución y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la extensión del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha

⁴² STC N.º 0010-2002-AI/TC (Caso de la inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista).

⁴³ Rubio Correa, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial – PUCP, 2008, pp. 445-454.



reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial. En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.⁴⁴

- **Sentencias aditivas**

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. La sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo, razón por la cual el órgano de control decide «ampliar» o «extender» su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas⁴⁵.

- **Sentencias sustitutivas**

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra cosa que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico. La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada-y en concreto afectada de inconstitucionalidad-, con el objeto de proceder a su inmediata integración.

- **Sentencias exhortativas**

Son aquellas donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional dado que no es tan grave, sino que recomienda expresamente al Congreso para que, dentro de un

⁴⁴ STC N° 014-96-I/TC (Caso de la inconstitucionalidad de la Ley de Política Nacional de la Población).

⁴⁵ STC. N° 050-2004-AI/TC (Caso Reforma Constitucional).



plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales⁴⁶.

Sentencias desestimativas

Son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo⁴⁷.

Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

1 Desestimación por rechazo simple

En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley⁴⁸.

2 Desestimación por sentido interpretativo (interpretación estrictu sensu)

En este supuesto, el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infracciones del texto supra.

⁴⁶ STC N.º 00002-2008-AI/TC (Caso Ley del Uso Letal de la Fuera) y STC N.º 0044-2004-AI/TC (Caso Himno Nacional).

⁴⁷ STC N.º 0048-2004-PI/TC (Caso de las Regalías Mineras).

⁴⁸ STC N.º 002-2005-PI/TC (Caso del Gobierno Regional de Lima-Mufarech).



Por ende, se establece la obligatoriedad de interpretar dicha norma de «acuerdo» con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida⁴⁹.

a) Tutela y protección de los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, también tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales, protección que constituye el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional.⁵⁰ En tal sentido, la supremacía de la interpretación de la Constitución a cargo del Tribunal debe ser entendida como un instrumento dogmático y procesal que permite, de manera directa, la defensa de los derechos fundamentales que la Constitución ha establecido de manera abierta, cuando estos sean afectados. Es así como la Constitución de 1993 faculta al Tribunal, resolver en última instancia, las resoluciones denegatorias del Poder Judicial, en materia de *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y acción de cumplimiento.

El *hábeas corpus* constituye una garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (artículo 200, inciso 1). Este proceso constitucional supone la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales en torno a la libertad y seguridad personal, integridad personal y la libertad de tránsito. Los cuales son muchas veces vulnerados en conexión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la residencia, la libertad de comunicación, la inviolabilidad del domicilio e inclusive el derecho al debido proceso⁵¹.

Tramitar y resolver los *hábeas corpus* es competencia de los juzgados penales del Poder Judicial, pero si el fallo final de la Sala Penal fuera desestimatorio para el demandante, el Tribunal Constitucional a pedido de parte mediante el recurso de agravio constitucional, asume jurisdicción como instancia final de fallo, según el artículo 200-1 de la Constitución y el artículo 18 del CPC.

⁴⁹ STC 6N° 00002-2009-PI/TC (Caso Acuerdo de Libre Comercio Perú – Chile).

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional...*, OP. cit., pp. 55 ss.

⁵¹ ELY, John Hart. *On constitutional*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, pp. 279 ss.



La acción de amparo, por otro lado, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos fundamentales distintos a los que protege el *habeas corpus* y el *habeas data*. La justicia ordinaria, a través de sus jueces civiles y/o constitucionales, es competente para conocer en primera y segunda instancia los procesos de amparo y el Tribunal Constitucional, para vía un recurso de agravio constitucional (artículo 18 del CPC), revisar estas decisiones judiciales. Cabe destacar que el proceso de amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, según establece el artículo 22, inciso 2 de la Constitución. Así, la acción de amparo procede si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento ceñido al debido proceso adjetivo y sustantivo, emite resolución o disposición que lesione un derecho fundamental.

El *habeas data* es una garantía constitucional tomada del derecho comparado e incorporada por primera vez en la Constitución de 1993. En los países computarizados o informatizados donde surgió, el *habeas data* era una manifestación de la tutela del derecho a la intimidad frente a la vorágine de la obtención, registro y procesamiento de datos personales de los sistemas informáticos públicos y privados⁵². Sin embargo, en la Constitución de 1993, se incorporó el *habeas data* como una garantía tutelar no solo para proteger que los servicios informáticos no suministren información que afecte la intimidad, sino también para defender el derecho al acceso a la información pública de los ciudadanos y los derechos de la personalidad.

La acción de cumplimiento es una garantía constitucional que actúa para tutelar dos derechos constitucionales objetivos: Primero, la eficacia y aplicabilidad de los actos legislativos y, segundo, de los actos administrativos. El cumplimiento de los mandatos legales y administrativos, si bien es una obligación jurídica concreta de las autoridades y funcionarios estatales, entonces, se convierte también en un derecho subjetivo de los ciudadanos. Derecho que posee el suficiente contenido válido para demandar judicialmente la expedición de una orden o mandato judicial de cumplimiento que compela, tanto a las autoridades y funcionarios, como a los particulares que prestan servicios públicos,

⁵² PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 4ª edición, 1991. pp. 345 y ss.



cuando estos se resistan a cumplir las normas legales y los actos administrativos que correspondan⁵³.

b) Conflictos constitucionales

Como una innovación dentro de las facultades clásicas del Tribunal Constitucional, el artículo 200 inciso 3 de la Constitución de 1993 señala que corresponde a este Tribunal «conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución conforme a ley»⁵⁴. Actualmente con la dación del CPC, bajo el título de proceso competencial, se ha configurado normativamente los conflictos constitucionales que comprenden, en primer lugar, a los conflictos competenciales (entre el Estado con uno o más gobiernos regionales o municipales y entre éstos) y, en segundo lugar, a los conflictos de atribuciones (entre órganos constitucionales del Estado). De allí que, a través de esta garantía constitucional se busque proteger, fundamentalmente, dos principios: uno, la redistribución territorial del poder [competencias de los gobiernos regionales y municipales], y dos, la separación de poderes y de organismos constitucionales –competencias de los poderes públicos y los organismos autónomos].

El hecho que la Constitución peruana prevea un Estado políticamente unitario y descentralizado (artículo 43) y, reconozca la compleja estructura estatal conformada por los clásicos poderes y diversos órganos que reciben directamente de la propia Constitución su status y atribuciones esenciales (Título IV De la estructura del Estado), plantea la necesidad de un órgano jurisdiccional capaz de resolver los conflictos territoriales de competencia, y a su vez, capaz de cooperar al funcionamiento de la organización del Estado. Rol de concreción que, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, le corresponde al Tribunal Constitucional, en la medida que las competencias y atribuciones constitucionales sólo están previstas difuminadamente por la Constitución, pero no realizadas por ella.

Se puede reconocer el conflicto de competencias y atribuciones por dos elementos fundamentales⁵⁵. Uno subjetivo, se refiere a que el

⁵³ LANDA, César. "La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993". *Revista del Foro*, N° 1, Año LXXXI, 1993, p.55.

⁵⁴ LANDA, César. "El conflicto de competencia en la Constitución del Perú de 1993". *Revista del Foro*, N° 1, Año LXXXI, CAL, Lima, 1994.

⁵⁵ ALVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. II. *Los órganos constitucionales. El Estado Autonomico*. Madrid, 1993, p. 333.



conflicto importe la competencia de, por lo menos, un órgano constitucional. Y otro objetivo, que implica que dicho conflicto verse en torno a la aplicación o interpretación de normas constitucionales relativas a la distribución de competencias⁵⁶.

De todo ello se desprende, en primer lugar, que no basta que exista un conflicto de competencia y atribuciones, sino que es necesario que este sea de rango constitucional; y ello es así porque en la Constitución se encuentra la «competencia de la competencia» (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados⁵⁷.

c) Conflicto normativo y test de la competencia

La Constitución peruana no es, particularmente, precisa en lo relativo a la asignación de competencias y atribuciones, lo que puede generar conflictos constitucionales por vacíos normativos. En consecuencia, cuando el Tribunal Constitucional deba verificar a quién le corresponde la competencia o atribución constitucional, muchas veces, no bastará con el propio texto constitucional, sino que será necesario interpretar la Constitución conforme a la ley orgánica, y en lo que fuese factible al bloque de constitucionalidad⁵⁸, integrado por aquellas leyes a las que la Constitución delega la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

Sin perjuicio de ello, en cualquier caso, el Tribunal Constitucional tendrá que interpretar la Constitución de conformidad con los principios y técnicas para la delimitación de las competencias, que se condensan en una suerte de test de la competencia. Estos principios, de manera sintética, son los siguientes:

-El *principio de unidad constitucional dentro de la diversidad*, que supone subordinar el principio de jerarquía kelseniano al de la competencia, generando una preeminencia de los intereses generales del

⁵⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Resolución recaída en el Exp. N° 0013-2003-CC/TC, *Conflicto de competencias entre la Municipalidad Provincial de Huarochiri y el Poder Legislativo por demarcación territorial*. Lima, 29 de diciembre de 2003, f.j.10.

⁵⁷ DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 286.

⁵⁸ FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de constitucionalidad* (Simposium franco-español de Derecho Constitucional). Madrid, 1991, pp. 201-202.



Estado sobre los intereses de los poderes y organismos constitucionales. Así, la articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, pues éste no permite dar respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar, por ejemplo, entre normas expedidas por el Gobierno central y los gobiernos regionales, que cuentan con el mismo rango normativo.

En efecto, tal como señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra las ordenanzas que legalizaban el cultivo de la hoja de coca, si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno Central, su articulación con éstas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual en el ámbito competencial regional la norma regional termina excluyendo a la norma del Gobierno Central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento⁵⁹.

-El *principio de la competencia*⁶⁰, que se expresa en la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales, en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente.

-En virtud del *bloque de constitucionalidad* y el *test de la competencia*, el Tribunal Constitucional debe realizar una función creativa y técnica de interpretación constitucional. De acuerdo con los principios y métodos constitucionales, debe pretender dirigir las normas a la solución del problema planteado para hallar, razonablemente, la delimitación competencial correspondiente.

d) Salvaguarda del Estado Democrático

El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que, conforme al artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho⁶¹. De donde se desprende que, es inherente al Estado Constitucional el reconocimiento de que

⁵⁹ STC N.º 0020.2005-AI/TC. (Caso Hoja de Coca I).

⁶⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, 1988, pp. 67 ss; asimismo, VIVER PI-SUNYER, Carlos. *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Barcelona, 1989, pp. 19 ss.

⁶¹ STC N.º 4677-2004-AA/TC. (Caso CGTP).



toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular).

Sin embargo, la democracia no puede ser únicamente un método electoral y el Derecho Electoral un conjunto de reglas que organicen las elecciones; sino que es necesario regular unas elecciones y un sistema electoral que se rodeen de imprescindibles requisitos y garantías de libertad e igualdad del sufragio ciudadano. Es por ello que aunque de una interpretación literal de los artículos 142º y 181º de la Constitución se desprenda que las resoluciones dictadas por el JNE en materia electoral, en ningún caso, pueden ser revisables en sede jurisdiccional, ordinaria ni constitucional, ni siquiera en aquellos supuestos en los que resultaban manifiestamente contrarias a los derechos fundamentales de la persona, el principio de interpretación constitucional exige que el Tribunal Constitucional, como última y definitiva instancia de las resoluciones denegatorias de los derechos fundamentales, asegure, mediante el “amparo electoral”, una revisión jurisdiccional de las resoluciones del JNE en caso de que éstas resulten violatorias de los derechos fundamentales⁶².

Un caso que ha desatado polémica a nivel nacional es la posibilidad de que el Movimiento Por Amnistía y Derechos Fundamentales (Movadef), promotor de la ideología del movimiento terrorista Sendero Luminoso, se consolide como partido político. Así, el JNE ha desestimado su inscripción en la medida que no ha cumplido con los requisitos formales de inscripción para la formación de partidos políticos, consagrados en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Elecciones, sin perjuicio de presentar una ideología contraria a los principios democráticos⁶³. Ello trae a discusión si con la decisión del JNE se estaría vulnerando los derechos fundamentales de la igualdad ante la ley y la libertad de conciencia, contenidos en el artículo 2 la Constitución, toda vez que su ideología violentista –“pensamiento Gonzalo”- sería el impedimento para su consolidación como partido político dentro del sistema democrático constitucional. Sin embargo, dicha decisión podría ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional, vía una acción de amparo, si a juicio de los afectados es violatoria de sus derechos fundamentales⁶⁴.

⁶² STC N.º 5854-2005-AA/TC. (Caso Lizana Puelles); asimismo, STC N.º 2730-2006-AA/TC (Caso Castillo Chirinos).

⁶³ Resolución N.º 002-2012/JNE del 5 de enero de 2012.

⁶⁴ CORCUERA ATIENZA, J. – TAJADURA TEJADA, J. – VIRGALA FORURIA, E. *La ilegalización de los partidos políticos en las democracias occidentales*. Madrid: Dykinson, 2008, 316 p. ; asimismo, PEREZ-MONEO AGAPITO, Miguel. *La disolución de partidos políticos por actividades*



Se entiende entonces que la falta de competencia del Tribunal Constitucional para salvaguardar el Estado Democrático no es óbice para que el JNE, órgano encargado de la inscripción o no de los partidos políticos, pueda ser sujeto de control constitucional, cuando de sus decisiones resulten afectaciones de derechos fundamentales.

e) Antejudio Político

El antejudio político, regulado por los artículos 99° y 100° de la Constitución de 1993 y por el artículo 89° del Reglamento del Congreso, es una forma de control represivo en el que el Parlamento organiza y pone en funcionamiento su facultad de investigación y sanción a los funcionarios que cometen delitos de función.

Pero, las modificaciones introducidas por la Constitución vigente de 1993 desnaturalizaron la forma como se concibió originariamente el antejudio político en la Constitución de 1979, al facultar al Congreso para imponer sanciones (suspender, inhabilitar o destituir) incluso por infracción de la Constitución a determinados funcionarios, dando origen a una suerte de «juicio político»⁶⁵.

Ahora bien, debido a que los delitos de función están tipificados en las leyes penales, lo cual elimina todo concepto jurídico abierto e indeterminado, al tiempo que no deja un margen de interpretación discrecional que puede servir para fines espurios, el antejudio político por esta causal no presenta problemas tan complejos como el antejudio por infracción de la Constitución.

El juicio político, en cambio, tendría como fundamento la violación a los bienes jurídicos – políticos, sociales y económicos- establecidos en la Constitución, que no son materia de protección y sanción -en caso de su incumplimiento- por norma legal alguna. Sin perjuicio de lo señalado, la infracción constitucional también se produciría si se violan los valores constitucionales y democráticos del Estado de Derecho⁶⁶. Se buscaría, entonces, proteger la Constitución evitando la impunidad de quienes la violen por medios no previstos ni sancionados en la ley. La falta de tipificación abre la posibilidad de que determinados altos funcionarios –Presidente de la República, congresistas, ministros, voca-

antidemocráticas. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2007, 299 p.

⁶⁵ PANIAGUA, Valentín. «Acusación constitucional, antejudio político o juicio político». En *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios II*, Serie LTC, CAJ, Lima, 1995. p. 135.

⁶⁶ MONTOYA, Victorhugo. *La infracción constitucional*. Lima, Palestra, 2005. 673 p.



les supremos del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional, etc.- puedan ser encausados por *infracción* de la Constitución, aun cuando sabemos que la misma no tiene desarrollo constitucional, legal ni reglamentario, afectando así el principio de seguridad jurídica.

Por ello, no coincidimos con quienes afirman que la infracción de la Constitución no tiene por qué estar necesariamente catalogada también como un delito o ilícito penal y puede no ser susceptible de merecer una sanción impuesta por el órgano jurisdiccional⁶⁷, porque con ello se deja un amplio margen de interpretación política para procesar o no a una alta autoridad, que podría ser de la oposición o de las minorías políticas, sin la garantía del debido proceso parlamentario, ya que todo ejercicio de la potestad sancionadora del Estado debe estar premunido del principio de legalidad, según el cual no hay sanción ni infracción, sin ley previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º-24-d de la Constitución de 1993.

En cualquier caso, la Resolución Legislativa del Congreso en un proceso de antejuicio político y juicio político puede ser impugnada vía acción de amparo o habeas corpus, por ejemplo si se ha violado el derecho al debido proceso, adjetivo (formal) o sustantivo (por aplicación de una ley inconstitucional)⁶⁸.

f) Opinión Consultiva

El Tribunal Constitucional no cuenta con competencia para emitir opiniones consultivas; sin embargo, en el despliegue de su función de control abstracto, puede incluir en las sentencias de inconstitucionalidad que emite, recomendaciones al Congreso para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria de otra, ésta última contraria a normas, principios o valores constitucionales (sentencias exhortativas)⁶⁹.

Estas sentencias exhortativas o de apelación, pueden ser de dos tipos: Primero, recomendatorias o propositivas; en las cuales se argu-

⁶⁷ EGUIGUREN, Francisco. «La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios». En sus *Estudios Constitucionales*. Ara Editores, Lima, 2002. p. 454.

⁶⁸ STC N.º 0006-2003-AI/TC (Caso Manuel Lajo); asimismo, STC N.º 340-98-AA/TC (Caso Rey Terry).

⁶⁹ DONAYRE, Christian. «La reforma de la justicia militar y policial peruana: entre exhortaciones, desacatos y manifiestas arbitrariedades». En *Gaceta del Tribunal Constitucional N. 11*, julio-setiembre 2008. (www.gaceta.tc.gob.pe).



menta ante el legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política, en el marco de la Constitución, pueda corregir o mejorar aspectos de la normatividad jurídica⁷⁰. Segundo, exigibles o mandatorias, cuando se trata de los supuestos en que la inconstitucionalidad de una ley no se manifiesta abiertamente, sino que dicha norma legal aquí y ahora podría ser constitucional, pero también puede ser interpretada inconstitucionalmente por conexidad con otras normas. En efecto, esta ley por el paso del tiempo en conexión con otras normas legales, podría formar un complejo normativo inconstitucional.

En estos casos, el Tribunal podría declarar en su fallo una «doble resolución» o medida «suspensoria», en virtud de la cual la norma legal que vacía de contenido la Constitución tendría un plazo de caducidad. Vencido este plazo y si el Congreso, haciendo caso omiso a la sentencia exhortativa o de apelación, no hubiera modificado la norma legal, quedaría sin efecto la norma impugnada o se reabrirla el proceso constitucional. En este último supuesto, la resolución bien podría declarar la nulidad de la ley⁷¹. En el fondo se buscaría aplazar en el tiempo los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

⁷⁰ STC N.º 0002-2008-PI/TC (Caso Uso Letal de la Fuerza Militar). En este caso el Tc señaló que al expedirse la nueva Ley deberá hacerse en base a los Principios de la Naciones Unidas para el Uso de la Fuerza Letal.

⁷¹ ROMBOLI, Roberto. *La tipología de las decisiones de la corte constitucional...*, *Op. cit.*, p.63.

