



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



**ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

**LIMITES A LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL COMO ORGANISMO CONTROLADOR
DEL ORDEN CONSTITUCIONAL**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

AUTOR:

MANUEL OMAR TAFUR MARQUEZ

ASESOR:

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

LIMITES A LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ORGANISMO CONTROLADOR DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

MANUEL OMAR TAFUR MARQUEZ
AUTOR

DR. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO
ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
para optar el Grado de: DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA

APROBADO POR:

Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ
PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
SECRETARIO DEL JURADO

Dr. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ
VOCAL DEL JURADO

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

DEDICATORIA

*A todas las personas involucradas en el
campo de la investigación jurídica que con
sus aportes contribuyen al
enriquecimiento de la ciencia del Derecho
y en beneficio de la sociedad*

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme todo lo que tengo en este mundo, a mis padres por enseñarme a creer en él, a mi esposa y a mi hijo por ser el motor de mi existencia.

ÍNDICE

RESUMEN	11
ABSTRACT	12
INTRODUCCION	13
CAPÍTULO I	17
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	17
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	17
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	19
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	21
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	21
1.5. OBJETIVOS.....	22
1.5.1. General.	22
1.5.2. Específicos.....	23
1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES	23
1.6.1. Hipótesis.....	23
1.6.2. Variables.....	24
1.7. MARCO METODOLÓGICO.....	25
1.7.1. Diseño de Contrastación de la Hipótesis.	25
1.7.2. Población y Muestra.	25
1.7.2.1. Población.	25
1.7.2.2. Muestra.	25
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	26
1.9. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS DEL PROCESAMIENTO DE DATOS.....	26
CAPÍTULO II: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA HISTORIA: LOS ORIGENES DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	27
1. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL MUNDO OCCIDENTAL: EL ORIGEN DE UNA INSTITUCIÓN ENTRE SIAYÉS, JELLINEK Y KELSEN	27
1.1. LA CONSTITUCIÓN COMO PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL:.....	27
1.2. EL ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL JURIE CONSTITUTIONNAIRE DE SIEYES:.....	29
1.3. JELLINEK Y EL PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA AUSTRIA:.....	34
1.4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AUSTRIACO DE 1920:.....	37
1.5. OTROS ANTECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	40
2. LOS PRIMEROS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS (1945 – 1979).	41

2.1. EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL PERU CREADO POR LA CONSTITUCIÓN DE 1979:.....	42
CAPITULO III	45
LA EXISTENCIA DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	45
1. ESTADO Y DERECHO:	45
2. ESTADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL.....	50
3. EL ESTADO DE DERECHO.....	53
4. EL TRANSITO DEL ESTADO SOCIAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	56
5. LA EXISTENCIA DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	67
5.1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO:	67
5.1.1. La Importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado Constitucional de Derecho:	71
5.1.2. La Justicia Constitucional y la Judicatura Ordinaria.....	75
5.2.1. La Legitimidad del Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho	86
5.2.2. Críticas a la existencia de los Tribunales Constitucionales	87
6.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:	95
6.1.1. El Tribunal Constitucional Peruano como órgano constitucional:	99
6.1.2. El Tribunal Constitucional peruano como órgano jurisdiccional:	101
6.1.3. El Tribunal Constitucional peruano como órgano político:	102
7. MISIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.....	106
8. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....	107
8.1. Modelo Americano.....	107
8.2. El Modelo Austriaco o Kelseniano.....	108
9. EL JUEZ CONSTITUCIONAL.....	112
9.1. LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL:	112
9.2. ORGANIZACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:.....	115
9.2.1. Requisitos e Impedimentos de los miembros del Tribunal Constitucional Peruano:	115
9.2.2. Número de Magistrados:	117
9.2.3. Elecciones de los miembros del Tribunal Constitucional	117
9.2.4. Sede y Votación:	125
9.2.5. Composición del Tribunal Constitucional:.....	127
9.2.5.1. El Pleno.....	127
9.2.5.2. Las Salas.....	129
9.3. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	129

9.3.1. Sentencias:	129
9.3.1.1. <i>Modulación Tradicional</i>	131
9.3.2. Autos:.....	137
9.3.3. Decretos:	138
CAPÍTULO IV:.....	139
ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	139
1. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO RECONOCIMIENTO DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCIÓN:.....	139
1.1. EL ORIGEN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA INVENCION NORTEAMERICANA DE LA “JUDICIAL REVIEW”	140
1.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU ATRIBUCIÓN COMO ORGANO CONTRALOR DE LA CONSTITUCIÓN:.....	141
1.2.1. La Jurisdicción Constitucional en Europa: Kelsen y su reconstrucción durante el primer tercio del Siglo XX	142
1.2.2. Jurisdicción Constitucional en América Latina.....	143
1.2.3. El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica.	144
1.2.4. El Control Judicial de la constitucionalidad en Iberoamérica (Control Difuso en Iberoamérica).....	146
1.3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL IN ABSTRACTO DE LAS NORMAS LEGALES:.....	148
1.3.1. El Objeto del Control In Abstracto: normas sometidas a control:	151
2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO DE CONTROL DEL PODER.....	157
2.1. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES, EL SISTEMA DE CONTROL Y EL BALANCE DE PODERES.....	157
2.2. EL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LOS PODERES DEL ESTADO.....	162
2.2.1. Control al Poder Ejecutivo	162
2.2.2. El control al Poder Legislativo.....	168
2.2.3. El Control del Poder Judicial:.....	175
2.2.4. Control del Tribunal Constitucional a los órganos de gobierno.	183
2.2.4.1. <i>Control a los Gobiernos Regionales</i> :	183
2.2.4.2. <i>Control a los Gobiernos Locales</i> :	185
2.2.4.3. <i>El Control del Tribunal Constitucional a los Órganos Constitucionales</i>	186
2.2.4.4. <i>Tensiones con el Jurado Nacional de Elecciones</i> :	187
2.2.4.5. <i>Tensiones con el Consejo Nacional de la Magistratura</i> :	188
2.2.4.6. <i>Tensiones con el Ministerio Público</i> :.....	193
2.2.4.7. <i>Tensiones en el propio Tribunal Constitucional</i> :.....	196
2.2.4.7.1. <i>Los órganos supranacionales</i> :	197

2.2.4.7.2. La facultad de análisis crítico de los ciudadanos respecto a las resoluciones judiciales (control ciudadano).....	202
2.2.4.7.3. Cuando el control lo ejercen los poderes sometidos a control (límites impuestos por el Presidente de la República y el Congreso)	204
2.2.5. El Tribunal Constitucional y su necesidad de autocontrol:	211
3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEL SISTEMA DEMOCRATICO:	213
3.1. SENTENCIAS DEL TC QUE FAVORECIERON LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS:	217
3.1.1. Caso el Frontón (RTC N° 03173-2008-PHC/TC).....	217
3.1.2. Caso de Ley de uso de la fuerza por las fuerzas de seguridad (STC. N° 0002-2008-PI/TC).....	218
3.1.3. Caso Accomarca. (STC N° 00218-2009-PHC/TC)	219
3.1.4. Caso Salazar Monroe (Exp. N° 5350-2009-PHC-TC).....	219
3.2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DONDE HAY INDICIOS DE PRESIÓN DE PODER POLÍTICO	221
3.3. CASOS DONDE SE FAVORECEN INTERESES PRIVADOS EN DESMEDRO DE LOS INTERESES DEL ESTADO:.....	223
3.3.1. Caso Transporte Flores. STC N° 02210-2007-PA/TC.....	223
3.3.2. CASO CEMENTOS LIMA (STC N° 03116-2009-AA/TC).....	224
3.4. SENTENCIAS DEL TC QUE NO RESPETAN LAS NORMAS PROCESALES.....	225
3.4.1. Caso RBC. (STC N° 2386-2008-PA).....	225
3.4.2. Caso Chiquitoy. STC N° 00228-2009-PA/TC	226
3.4.3. Caso amparo contra sentencia del TC (STC N° 03569-2010-AA/TC).....	227
3.4.4. Caso Panamericana Televisión (STC N° 04617-2012-PA/TC).....	228
3.5. SENTENCIA QUE FAVORECIERON LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN:.....	229
3.5.1. Caso Walter Chacón. (TC. N° 3509-2009-PHC/TC).....	229
3.5.2. Caso de pago de devengados liquidados a Javier Ríos Castillo (STC N° 04197-2008-PA/TC)	230
3.5.3. Caso Alfredo Jalilie Awapara. STC N°04053-2007-HC/TC	231
3.5.4. Caso Ernesto Schütz. (STC N°03681-2012-PHC)	231
3.6. SENTENCIAS QUE FAVORECIERON LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE NARCOTRÁFICO....	232
3.6.1. Caso Abanto Verástegui. (STC N° 06079-2008-PHC/TC)	232
3.7. SENTENCIAS QUE AFECTAN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	233
3.7.1. Caso recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional. (STC N° 00004-2009-PA/TC):.....	233
3.8. SENTENCIAS CON SERIOS PROBLEMAS DE MOTIVACIÓN	234

3.8.1. Caso Ley de Justicia Militar. (STC. N° 00001-2009-PI/TC)	234
3.8.2. Caso PUCP vs Arzobispado (STC. N° 03347-2009-PA/TC)	234
3.8.3. Caso acumulación subjetiva (STC N° 00055-2008-AA/TC).....	235
3.9. SENTENCIAS QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES:	236
3.9.1. Caso sobre la píldora del día siguiente. (STC N° 02005-2009-AA/TC).....	236
3.9.2. Caso convalidación del CAS. (STC N° 00002-2010-PI/TC).....	236
3.9.3. Caso Huatuco Huatuco y decisión posterior:.....	237
3.10. SENTENCIAS QUE HAN DESPROTEGIDO LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	238
3.10.1.Caso AIDESEP I sobre consulta de pueblos en aislamiento voluntario. (STC N° 06316-2008- PA/TC)	238
3.10.2.Caso Conga (STC N°0001- 2012-PI).....	239
4.1. CONFLICTOS COMPETENCIALES TÍPICOS:	242
4.1.1. De contiendas activas o positivas, cuando el conflicto de competencia se presenta entre dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales	242
4.1.2. De contiendas negativas o pasivas, cuando el conflicto competencial tiene su origen en la negativa de dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales para asumir una competencia o atribución constitucional.....	242
4.2. CONFLICTOS COMPETENCIALES ATÍPICOS:	243
4.2.1. Por menoscabo en sentido estricto.....	243
4.2.2. Por menoscabo de interferencia.	243
4.2.3. Por menoscabo de omisión.	243
4.2.4. Por omisión en cumplimiento del acto obligatorio.....	243
4.3. COMPETENCIAS NO PREVISTAS O IMPLÍCITAS:	245
CAPÍTULO V:	250
LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y EL ENFOQUE ADECUADO ENTRE EL ACTIVISMO Y EL AUTOCONTROL COMO RESPUESTA AL TOTALITARISMO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	250
1. TENSION ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO: EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERU	251
2. EL TOTALITARISMO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	254
2.1. DESNATURALIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:	257
2.2. TOTALITARISMO DE UNA CONCRETA IDEOLOGÍA	257
3. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y SU ENFOQUE EN LA POSTURA PROPUESTA:.....	258
4. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL EN LA LIMITACION DE LAS ATRIBUCIONES Y FACULTADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	262
4.1. EL AUTOCONTROL JUDICIAL:.....	263
4.1.1. La Interpretación constitucional sobre los “casos difíciles”	265

4.1.2. ¿Son realmente trágicos los casos difíciles?.....	268
4.1.3. Originalismo, Conservadurismo y Restricción Judicial:.....	271
4.1.4. Críticas al enfoque originalista:	273
4.2. EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	274
4.2.1. Críticas a la postura activista:	275
4.2.2. ¿Es posible una posición ecléctica entre activismo y autocontrol?	277
CONCLUSIONES.....	282
RECOMENDACIONES.....	287
BIBLIOGRAFÍA	288
JURISPRUDENCIA:	303

RESUMEN

La investigación que presentamos parte de la discusión generada con algunos fallos representativos que - en su oportunidad - fueron objeto de crítica por diversos sectores de la sociedad, los cuales motivaron nuestro interés en analizar lo que inicialmente propusimos como problemática de fondo, partiendo de la premisa que en ocasiones el Tribunal Constitucional peruano desnaturaliza sus atribuciones como contralor del orden constitucional y protector de los derechos de los ciudadanos, al desempeñar sus competencias de control sobre la constitucionalidad de las normas y los actos violatorios de la misma, conclusión a la que primigeniamente llegamos como consecuencia del análisis de los que consideramos como casos infelizmente emblemáticos.

En ese sentido, partimos del problema enunciado de la siguiente manera: ¿El Tribunal Constitucional en la emisión de algunos de sus fallos ha excedido los límites a sus competencias como contralor del orden constitucional, interfiriendo en las de otros órganos constitucionales, trastocando sus objetivos como intérprete y protector de los derechos ciudadanos, hecho que dista del cumplimiento de su atribución como defensor de la constitución?, pregunta que se justifica a partir del análisis de ciertos fallos a través de los cuales se han generado fricciones con otros órganos constitucionales, aduciendo invasión de sus competencias; siendo así, uno de los objetivos de esta investigación estriba en la necesidad de precisar el ámbito de las competencias que mantiene el Tribunal Constitucional, conforme al mandato que la propia Constitución Política del Perú le confiere; pues el no respetar éstos límites, han generado no sólo problemas de índole jurídico, sino también de índole político que han alterado el equilibrio y la armonía institucionales que debe imperar en todo Estado de Derecho; consecuentemente, se hace necesario determinar también los mecanismos de control o autocontrol idóneos para la delimitación adecuada de sus competencias, y así finalmente proponer posturas interpretativas a ser utilizadas con el fin de garantizar la legitimación de este órgano constitucional en ejercicio de sus atribuciones de control.

ABSTRACT

The research that we present is part of the discussion generated with some representative failures that were criticized by different sectors of society, which motivated our interest in analyzing what we initially proposed as a fundamental problem, based on the premise that sometimes the Peruvian Constitutional Court denatures its powers as a controller of the constitutional order and protects the rights of citizens to perform their powers of control over the constitutionality of the rules and acts violating the same, conclusion to which we originally arrived as a consequence of the analysis of that we consider unhappily emblematic cases.

In this sense we start from the problem stated as follows: The Constitutional Court in the issuance of some of its decisions has exceeded the limits to its powers as comptroller of the constitutional order, interfering with those of other constitutional bodies, disrupting its objectives as an interpreter and protector of citizens' rights, a fact that is far from the fulfillment of his attribution as defender of the constitution ?, question that is justified from the analysis of certain failures through which frictions have been generated with other constitutional bodies, claiming invasion of your skills; Thus, one of the objectives of the same is the need to specify the scope of the powers that the Constitutional Court maintains according to the mandate that the Political Constitution of Peru confers on it; Because not respecting these limits, have generated not only problems of a legal nature, but also of a political nature that have altered the balance and institutional harmony that should prevail in every Rule of Law, consequently, it is necessary to also determine the control mechanisms or self-control suitable to materialize the application of the limits to their competencies, to finally propose interpretative positions to be used in order to guarantee the legitimacy of this constitutional body in the exercise of its control powers.

INTRODUCCION

La investigación que presentamos a continuación parte de un problema muy difundido en nuestra realidad jurídica, que ha merecido innumerables críticas tanto del sector especializado como de la comunidad jurídica en general, pues no es ajeno al contexto democrático en el que se desarrolla nuestro país, ni de ninguna otra sociedad que se precie de estructurarse como un Estado Constitucional de Derecho; nos referimos a las constantes fricciones originadas con otros órganos integrantes del Sistema Constitucional, a partir de las cuales existe una posición casi generalizada respecto del “excesivo poder” con el que cuenta nuestro Tribunal Constitucional, reconocido como intérprete privilegiado de la Constitución, cuya función es la de preservar el orden constitucional y por ende el equilibrio de poderes; y si bien actúa con autonomía e independencia (principios reconocidos por su Ley Orgánica), su labor no está exenta de cuestionamientos, principalmente relacionados con la **emisión de sentencias que reflejan una interferencia en las competencias de otros órganos constitucionales**.

Por ello, uno de los objetivos de investigación inicialmente planteados, refleja la necesidad de identificar el 'eje de acción' del Tribunal Constitucional peruano a fin de evitar que en “cumplimiento de sus atribuciones”, sea pasible de causar una afectación a los derechos fundamentales de los ciudadanos; consecuentemente, 'propiciar' la inseguridad jurídica, lo cual resulta incongruente con su labor intrínseca.

Si bien desde un inicio adoptamos como posición que el problema planteado era perfectamente verificable en la realidad, pues muchas de las decisiones emitidas por este colegiado constitucional, a lo largo de sus distintas conformaciones, han sido y seguirán siendo objeto de crítica (especializada o no) - algunas de ellas sirvieron como insumo para analizar el problema propuesto- siempre estuvimos convencidos que era necesario plantear una propuesta académica que justifique, desde la naturaleza reconocida a éste órgano constitucionalmente autónomo, la necesidad de autolimitar su

actuación; pero ello necesita – en primer término-de desarrollar algunas líneas de análisis respecto a las competencias del Tribunal Constitucional en el Perú y por ende, una crítica a la justicia constitucional que observamos desde su jurisprudencia, para finalmente concluir si es que se produjeron algunos excesos valorativos de interpretación (lo que definitivamente se advierte a partir del los análisis críticos recogidos como antecedentes) o un exceso en el uso de sus competencias, pasando revista a sus facultades interpretativas desde un enfoque restrictivo o activista; y en qué modo ello incide sobre la interpretación constitucional realizada por dicho intérprete privilegiado, y así contar con suficientes elementos de juicio para realizar dicha propuesta que permita un mayor desarrollo de la justicia constitucional.

Es con esta finalidad que la estructura de la presente investigación ha sido diseñada en un **primer capítulo** referido a los aspectos metodológicos como son la realidad problemática, el problema, la justificación e importancia, la propuesta de objetivos, la formulación de la hipótesis y la fijación de las variables, para luego exponer los aspectos relacionados con las técnicas de investigación utilizadas.

Un **segundo capítulo** en el que se ha considerado un marco teórico referente a los antecedentes históricos de los Tribunales Constitucionales y su identificación con el Sistema de Administración de Justicia Constitucional, a partir del cual se han ido diseñando las competencias que actualmente se le reconocen como órgano constitucionalmente autónomo en la estructura de un gobierno democrático en el que se desarrolla el Estado peruano.

Un **tercer capítulo** en el que se contextualiza la función que el Tribunal Constitucional peruano cumple en el Estado Constitucional de Derecho y su posición en el sistema de control de poderes, definiéndose su importancia, naturaleza jurídica, su misión, su legitimidad, su organización y la función jurisdiccional que desempeña.

Un **cuarto capítulo** en el que se analizan propiamente las competencias del Tribunal Constitucional peruano bajo criterios de exclusividad y taxatividad identificando su carácter exclusivo, compartido e implícito, partiendo de la base constitucional prevista en el artículo 202 de la Constitución Política del Perú, a partir del cual se analiza su atribución como órgano contralor de la misma, el control que éste ejerce sobre los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sobre los órganos de gobierno locales y regionales y, sobre algunos organismos constitucionales autónomos como el Ex Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones y el Ministerio Público; así como también su atribución como garante de los derechos fundamentales (básicamente desde un enfoque crítico); acápites desarrollados en base a un análisis de casos o decisiones jurisdiccionales, concluyendo en un estudio del control ejercido sobre el propio Tribunal Constitucional con la necesidad de redefinir el denominado autocontrol que éste debe ejercer sobre sí mismo.

Finalmente, en el **quinto capítulo** se ha pretendido analizar la interpretación constitucional como método de autocontrol del Tribunal Constitucional, cuyas bases justificativas se encuentran en dos posiciones aparentemente contrapuestas de la Corte Suprema Norteamericana: el “*Self Restraint*”, corriente a través del cual se impone límites a sí misma, a efectos de ajustar sus competencias sin afectar a la de otros órganos del poder político; y el activismo judicial, o también llamado “*Judicial Activism*”, a partir de la cual se busca lograr una protección efectiva a los derechos fundamentales, teniendo en consideración la naturaleza “viva” de la Constitución; por lo que planteamos una posición alternativa en la que no necesariamente se rechaza una u otra tendencia, sino por el contrario, se redefine la primera, revalorizando el activismo a efecto de lograr una optimización en la protección de los derechos fundamentales en democracias incipientes (en las que aún no funciona adecuadamente un sistema de pesos y contrapesos), pero revalorando el “*Self Restraint*” como garantía de legitimación del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus atribuciones de control; siendo así, consideramos que nuestra investigación tiene una doble dimensión: diacrónica, en tanto se estudia la evolución histórica del Tribunal Constitucional así como del reconocimiento de

sus atribuciones a lo largo del tiempo; y sincrónica, porque se evalúa su situación actual desde un punto de vista crítico.

Sometemos a consideración de los Señores Miembros del Jurado el presente trabajo en espera que de su evaluación pueda alcanzar la meta que me he propuesto: obtener el Grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

En nuestro sistema jurídico es el **Tribunal Constitucional**, máximo intérprete de la constitución, quien tiene la función de preservar el orden constitucional y por ende el equilibrio de poderes en un Sistema Democrático de Derechos, para cuyos efectos actúa con autonomía e independencia, por ello su labor no está exenta de cuestionamientos, principalmente relacionados con la **emisión de sentencias que reflejan una interferencia en las competencias de otros órganos constitucionales**. De esta manera, subsiste la necesidad de identificar el 'eje de acción' del Tribunal Constitucional a fin de evitar que en "cumplimiento de sus atribuciones", sea pasible de causar una afectación a los derechos fundamentales de los ciudadanos; consecuentemente, 'propiciar' la inseguridad jurídica, lo cual resulta incongruente con su labor intrínseca.

En este contexto, el tema planteado resulta relevante en la medida que con la emisión de algunos de sus fallos, el intérprete privilegiado de la Carta Fundamental, ha originado "fricciones" con otros órganos integrantes del

sistema, invadiendo -por ejemplo- los fueros del legislador positivo, o eventualmente del poder ejecutivo, del poder judicial y de algunos órganos constitucionalmente autónomos, lo que a nuestro criterio justifica la reapertura de una discusión que no es de poca data y que incluso ha originado propuestas legislativas con la finalidad de precisar funciones de “legislador negativo” al Tribunal Constitucional.

La cuestión delimitada, consecuentemente, requiere de un análisis dogmático, teniendo en consideración que se han generado iniciativas individuales desde el legislativo a través de la elaboración de proyectos de ley, que persiguen delimitar sus competencias, a raíz de los “excesos” evidenciados en polémicas resoluciones.

El objeto de estudio en la presente investigación, pretende desarrollar algunas líneas de análisis respecto a las competencias del Tribunal Constitucional en el Perú y por ende, una crítica a la justicia constitucional que observamos desde su jurisprudencia a partir de la identificación de algunos casos relevantes, y por ende concluir si es que propiamente se produjeron excesos valorativos de interpretación o un exceso en el uso de sus competencias, pasando revista a sus facultades interpretativas desde un enfoque restrictivo o activista, y en qué modo ello, incide sobre la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional; y de este modo, con suficientes elementos de juicio, realizar propuestas que permitan un mayor desarrollo de la justicia constitucional.

La base teórica de esta investigación alude tangencialmente a los enfoques de interpretación constitucional en el derecho comparado, principalmente las tesis española y americana, cuyas Cortes Constitucionales (Corte Suprema en el caso norteamericano) han influenciado una visión reorientada respecto a la interpretación de los derechos fundamentales, sin precisar mayores límites que los propuestos por la tendencia del *self restraint* con una visión redefinida.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Creemos conveniente enfocar el objeto de estudio de la presente investigación partiendo de la discusión generada con algunos fallos representativos que, a criterio del investigador, en su oportunidad fueron objeto de discusión por diversos sectores de la sociedad; entre ellos por ejemplo tenemos el identificado como “*caso Cementos Lima*” cuyo inicio data de fecha 11 de enero del 2008, en circunstancias que la empresa Cementos Lima S.A. demanda vía amparo al Ministerio de Economía y Finanzas, argumentando que el artículo 2 del Decreto Supremo N° 158-2007-EF, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de octubre del 2007, por el que se modificaban los derechos arancelarios *ad valorem* CIF- esto es la tasa que grava la importación de todas las mercancías que entran en el territorio aduanero y que se encuentren codificadas en el Arancel de Aduanas: **Derechos arancelarios Ad Valorem** (Ad Valorem CIF), aplicando sobre el valor CIF de acuerdo al Arancel de Aduanas la tasa impositiva: 0%, 9% y 17%- para las sub partidas nacionales del cemento, reduciendo la tasa del 12% (establecida mediante D.S. N° 017-2007-EF y modificada por los D.S. N°s 091-2007-EF y 105-2007-EF) al 0%, situación que vulneraba sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a la libertad de empresa y a participar en la vida económica de la nación; proceso en el que fue declarada fundada la demanda con los votos de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda, argumentando la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, por lo que se restableció la tasa del 12% de los derechos arancelarios, decisión que tuvo tres votos disidentes de la mayoría emitidos por los otros integrantes del Pleno; y posteriormente, con fecha 17 de marzo del 2010, a partir de una solicitud aclaratoria interpuesta por el MEF en relación a la precisión del agraviado en este caso, a través de una resolución cuestionada, el propio Tribunal Constitucional expone notorias contradicciones en relación con su fallo primigenio, como la “anotada” diferencia de trato entre la inversión nacional y extranjera, o la corrección que hace – a manera de *fe de erratas* – de lo expuesto en el fundamento 23 de la resolución de fondo, en el que señala que favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional o

incentivar la competitividad de productos nacionales, resulta una “*finalidad constitucional*” de los aranceles en una economía social de mercado; sin embargo en el fundamento 9 de la resolución aclaratoria, el mismo TC prescribe “*que el fundamento no es constitucional sino conceptual*”; aunque – en honor a la verdad – la más clara contradicción advertida se presenta entre el fundamento 11 de la sentencia de fondo, en la que concluye que la reducción de los aranceles del 12% al 0% “no afecta ninguna de las cuatro libertades que forman parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa”, y el primer párrafo del fundamento 10 de la resolución aclaratoria, en la que precisa que para el Tribunal Constitucional la mencionada reducción de los aranceles “puede perjudicar sensiblemente a determinadas empresas en términos de ingresos y generación de empleo, afectándose, en cierta medida, la libertad de empresa y la libertad de trabajo reconocidas en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú”, tratando de justificar – creemos- la intervención directa del TC en la política económica so pretexto del argumento de que no existen zonas exentas de control, pretendiendo inmiscuirse en cuestiones que no son de su competencia.

Pero existen otros casos que han sido analizados a partir de los objetivos propuestos en la presente investigación, como son la sentencia emitida en el expediente STC 05311-2007-PA (cuando anuló un laudo arbitral ingresando al fondo de la controversia) y el fallo emitido en la STC 3347-2009-PA, sobre la administración de los bienes de la Universidad Católica o aquel declarado en el Exp. N° 0205-2009-PA/TC, a través del cual impidió la distribución por parte del Ministerio de Salud de la denominada “píldora del día siguiente”, en los cuales el “máximo intérprete de la Constitución” aparentemente habría excedido el límite de sus competencias, vulnerando los derechos y libertades fundamentales que pretende proteger, labor que desarrolla dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Así como las reseñadas anteriormente, el análisis del problema objeto de estudio, toma como referencia algunos fallos expedidos por nuestro Tribunal Constitucional, los que comentaremos a efectos de explicar la naturaleza del

problema, sus causas, para luego estar en condiciones de proponer una visión particular del mismo y consecuentemente plantear una postura de solución al problema.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, no obstante es el primer llamado a dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución, **en ocasiones afecta sus propias atribuciones como intérprete y protector de los derechos de los ciudadanos y especialmente el límite a sus competencias, cuando desempeña su función de control sobre la constitucionalidad de las normas**, afirmación de la que partimos en esta investigación a propósito del análisis de los que consideramos como casos infelizmente emblemáticos; pues contraviene directamente su función como protector de la Constitución y de los derechos que contempla a favor de cada uno de los ciudadanos.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿El Tribunal Constitucional en la emisión de algunos de sus fallos ha excedido los límites a sus competencias como contralor del orden constitucional, interfiriendo en las de otros órganos constitucionales, trastocando sus objetivos como intérprete y protector de los derechos ciudadanos, hecho que dista del cumplimiento de su atribución como defensor de la constitución?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

En ese orden de ideas, la presente investigación encuentra justificación, pues con ciertos fallos el Tribunal Constitucional ha generado fricciones con otros órganos constitucionales al invadir sus competencias, lo que parece no ir acorde con los objetivos trazados por éste órgano de control constitucional como intérprete y protector de los derechos ciudadanos; hecho que incluso ha venido originando un potencial problema de interferencia funcional; situación que con urgencia se debe corregir, pues no obstante ser una institución que cumple un rol importante en un Sistema Democrático de Derechos, como órgano de control de la constitución, interpretando- en concordancia con ella- la normatividad legal existente en nuestro sistema jurídico, alguno de sus fallos

han transgredido manifiestamente el Principio de Separación de Poderes consagrado en el art. 43 de la acotada norma fundamental, resquebrajando de éste modo el sistema constitucional que él mismo procura resguardar, incluso - en ciertas ocasiones- realizando actividad “paralegislativa” so pretexto de realizar labor interpretativa, inobservando los límites que a ésta función le impone la Constitución; pues si bien a este organismo constitucionalmente autónomo se le ha identificado como el “máximo intérprete de la Constitución”, existen otros operadores jurídicos que tienen la facultad de interpretar la norma suprema, máxime si la propia Carta Magna, reconoce a los órganos Jurisdiccionales, la potestad de ejercer el control difuso respecto de las normas que contravienen la Constitución.

Esta investigación encuentra justificación además, en la necesidad de precisar el ámbito de las competencias que mantiene el Tribunal Constitucional, conforme al mandato que la propia Constitución Política del Perú le confiere; el no respetar éstos límites, han generado no sólo problemas de índole jurídico, sino también de índole político que han alterado el equilibrio y la armonía institucionales que debe imperar en todo Estado de Derecho, pues la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, debe considerarse como un poder limitado, y no como un poder superior a la función legislativa, pues ello conlleva generalmente abusos que pondrían en riesgo los derechos y libertades de las personas, cuya defensa y protección debe ser su principal límite.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. General.

Determinar y analizar las competencias del Tribunal Constitucional de cara a su objetivo de proteger los derechos ciudadanos, encontrando soluciones sustentables a los conflictos sociales y políticos basados en la propia Constitución.

1.5.2. Específicos.

- Identificar las competencias del Tribunal Constitucional, según lo establecido por la Constitución Política del Perú, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Precisar si dentro del ámbito de sus competencias le corresponde al Tribunal Constitucional, actuar sólo como “legislador negativo”, expulsando del ordenamiento jurídico a las normas que contravienen la Constitución.
- Señalar los mecanismos de control o autocontrol idóneos para materializar la aplicación de los límites a las competencias del Tribunal Constitucional.
- Analizar si el Tribunal Constitucional ejerce su competencia de controlador de la constitucionalidad de las normas también a partir de las sentencias emitidas en los procesos constitucionales de la libertad (amparo, hábeas corpus, habeas data y acción de cumplimiento).
- Proponer posturas interpretativas a ser utilizadas por el Tribunal Constitucional a fin de autocontrolar sus límites y competencias.

1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.6.1. Hipótesis.

El Tribunal Constitucional en cumplimiento de su atribución constitucionalmente conferida de intérprete privilegiado de la Constitución y contralor del orden constitucional, conforme a la Constitución Política del Perú de 1993, en repetidas ocasiones ha interferido en las atribuciones de otros órganos constitucionales, originando con ello decisiones contradictorias con sus objetivos de interpretar y proteger los derechos ciudadanos contemplados en ella.

1.6.2. Variables.

Variables		Indicadores
Independiente	El Tribunal Constitucional en cumplimiento de su atribución constitucionalmente conferida de intérprete privilegiado de la Constitución y contralor del orden constitucional, conforme a la Constitución Política del Perú de 1993, en repetidas ocasiones, ha interferido en las atribuciones de otros órganos constitucionales.	Fallos cuestionados del Tribunal Constitucional emitidos ya sea dentro de los procesos constitucionales de la libertad, como dentro de los procesos de inconstitucionalidad.
		Rechazo de la comunidad jurídica especializada a los fallos cuestionables del Tribunal Constitucional expresado en la crítica especializada.
		Competencias y atribuciones del Tribunal Constitucional descritas en la Constitución de 1993, Código Procesal Constitucional y en su Ley Orgánica.
Dependiente	Interferencia en las atribuciones de otros órganos constitucionales y existencia de decisiones contradictorias con los objetivos de interpretar y proteger los derechos ciudadanos contemplados en la Constitución Política del Perú, invadiendo funciones del poder constituyente en asuntos reservados a su conocimiento, lo que dista mucho del cumplimiento de tales objetivos.	Proyectos de Ley respecto al límite de las competencias del Tribunal Constitucional.
		Votos en minoría en los fallos cuestionables del Tribunal Constitucional.

1.7. MARCO METODOLÓGICO

1.7.1. Diseño de Contrastación de la Hipótesis.

Se utilizará el método científico, aplicando los criterios establecidos para el **diseño no experimental** del tipo **transeccional correlacional**. La abstracción científica se realizará de tal manera que el problema investigado será analizado en su relación causa y efecto, esto es analizando si el Tribunal Constitucional peruano en cumplimiento de su atribución constitucionalmente conferida de intérprete privilegiado y contralor del orden constitucional, conforme a la Constitución Política del Perú de 1993, en repetidas ocasiones, ha interferido en las atribuciones de otros órganos constitucionales, originando con ello decisiones contradictorias con sus objetivos de interpretar y proteger los derechos ciudadanos contemplados en ella.

1.7.2. Población y Muestra.

1.7.2.1. *Población.*

Se analizarán resoluciones significativas del Tribunal Constitucional emitidas dentro de los últimos diez años (periodo comprendido durante las dos últimas conformaciones de este colegiado) realizando un análisis comparativo de la producción jurídica generada entre los periodos 2009-2014 y 2014-2018, debido a los cambios de magistrados como consecuencia del término de su periodo.

1.7.2.2. *Muestra.*

Atendiendo a las características de la investigación a desarrollar se trabajará con el tipo de muestra **no probabilística**, en tanto la selección de las resoluciones del Tribunal Constitucional peruano a ser analizadas responden a las características de la **muestra de sujeto-tipo** pues se prioriza la calidad y profundidad de la información, a partir de los argumentos vertidos en ellas, que su cantidad y estandarización, dentro de las que primigeniamente fueron consideradas las 4 sentencias que

motivaron el desarrollo de la presente tesis, las mismas que anteriormente fueron descritas.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Recolección de datos	Descripción
Técnicas	Fichaje: Esta técnica permitirá recolectar y almacenar información de diversas fuentes consultadas a través de los instrumentos llamados fichas, debidamente elaboradas y ordenadas.
Instrumentos	Fichas: Se utilizarán fichas bibliográficas y fichas de investigación. Las fichas bibliográficas permitirán ubicar las fuentes consistentes en libros, artículos de revista y de periódicos en materia constitucional, tributaria y administrativa. Las fichas de investigación permitirán acopiar los datos obtenidos en el desarrollo de la presente investigación y consistirán en fichas de investigación documental (fichas textuales, de resumen y de síntesis) y fichas de investigación de campo para recabar la información obtenida en las entrevistas.

1.9. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS DEL PROCESAMIENTO DE DATOS

- α) **Trabajo de campo:** A través de la recolección de datos obtenidos de las sentencias analizadas.
- β) **Trabajo de gabinete:** A través de la crítica y la discriminación de datos. De este modo se revisarán y seleccionarán los datos obtenidos mediante las diferentes técnicas e instrumentos de recolección y luego se codificará a cada dato según la estructura o el esquema de la investigación para su desarrollo lógico. Los datos cualitativos serán presentados en fichas (Fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de síntesis).

CAPÍTULO II: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA HISTORIA: LOS ORIGENES DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL MUNDO OCCIDENTAL: EL ORIGEN DE UNA INSTITUCIÓN ENTRE SIAYÉS, JELLINEK Y KELSEN

1.1. LA CONSTITUCIÓN COMO PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

Partiendo de la idea que el derecho es reconocido o establecido por los legisladores y está dirigido a regular las conductas de los miembros de la sociedad organizada como Estado, su aplicación debe estar revestida de la garantía de solidez, por lo que requiere de órganos que sean capaces de su aplicación independiente (imparcial); siendo así la jurisdicción es necesaria para la realización del derecho; en ese sentido, específicamente la jurisdicción constitucional, encargada de impartir justicia en ese ámbito, irradia sus efectos en la vida social, política y jurídica del Estado, ésta es consecuencia del valor normativo de la constitución y fue creada con la finalidad específica de proteger su supremacía.

En ese orden de ideas, las cortes o tribunales constitucionales tienen la función de controlar que las leyes no sean superiores a la constitución y de

esa manera preservar el Estado Democrático Constitucional de Derecho, a fin de lograr que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos sea la prioridad en la vida política y social de la nación, propiciando mejores niveles de vida e igualdad social; pues hoy en día es innegable que los principios básicos dentro del constitucionalismo moderno son la limitación del poder, la tutela de derechos fundamentales y el reconocimiento de la supremacía del instrumento normativo básico, que sustenta todo el orden jurídico de cualquier Estado de Derecho, llamado Constitución, la cual además de reconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos y recoger la estructura básica del aparato estatal de un país, establece las pautas centrales para limitar el ejercicio del poder político de un pueblo ubicado dentro de determinado territorio; por eso las constituciones modernas recogen los instrumentos para la solución jurídica de los conflictos políticos y socio económicos que pudieren presentarse en un país, esbozando el proyecto de sociedad al que aspira todo pueblo organizado.

Por ello es que la Constitución es considerada como la piedra angular del constitucionalismo contemporáneo y ya no solo es necesario asegurar su existencia o reconocerla como norma superior del ordenamiento jurídico de un estado determinado, sino además asegurar su plena vigencia y cumplimiento de los diversos preceptos constitucionales, función que progresivamente han venido desarrollando ciertos organismos destinados a asegurar su supremacía a través de determinados canales procesales (procesos constitucionales) los que constituyen actualmente el objeto de estudio de la rama del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que se ocupa de este conjunto de organismos y procedimientos; ello es, en buena cuenta, lo que algunos llaman jurisdicción Constitucional y otros Justicia Constitucional (ESPINOZA-SALDAÑA 2009: 529-531).

1.2. EL ORIGEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL JURIE CONSTITUTIONNAIRE DE SIEYES:

La historia de la justicia constitucional para muchos se inicia a principios del siglo XIX en los Estados Unidos, precisamente con el inicio del control difuso de la constitucionalidad, aunque para ser precisos la idea de contar con un Tribunal Constitucional fue del sacerdote y político francés Emmanuel Sieyès, pues la propuso en la Convención Constitucional de Thermidor en 1795 (PEREZ 2008:354-357), éste consideraba que la única manera de resolver los reclamos por el incumplimiento de la Constitución era la de crear un cuerpo de representantes que garantice y salvaguarde su cumplimiento, el cual sería el último y válido intérprete de la carta política y jurídica del país, además de ser quien se encargue de solucionar las interferencias generadas por la falta de observancia a los límites impuestos al poder público, así como los conflictos generados entre las leyes ordinarias y la Constitución, y lógicamente también de ser el defensor de los derechos fundamentales, siendo ésta última función la que en palabras del jurista alemán HEINZ SHAFFER, pasó por tres etapas cruciales, las que se identifican con el nacimiento del Tribunal Constitucional Austriaco: *primera etapa* (1920-1933) en la que éste organismo siguió en estricto la tesis Kelseniana, caracterizándose por una interpretación estrictamente fiel al enunciado literal de las normas; luego tras los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, *segunda etapa* (1945-1984), introduciendo cambios en la interpretación de los derechos fundamentales como el límite a la intervención legislativa en el ámbito de éstos; y por último la *tercera etapa* (a partir de 1980) en que los derechos fundamentales se interpretan a partir de los principios de interpretación constitucional como el principio de proporcionalidad por ejemplo, a través del cual se justifica la intromisión en el derecho fundamental solo cuando es adecuada y necesaria en un adecuado equilibrio con los intereses públicos.

Para cierto sector de la doctrina, el nacimiento de los tribunales constitucionales en un sentido moderno, es atribuido a las confrontaciones teóricas entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, las mismas que dieron origen a un tribunal garante de la plena eficacia normativa de la constitución y de los derechos fundamentales consagrados en ella, pues se entendió que éstos debieron ser promovidos a través de la tutela jurisdiccional efectiva; para otros, el Tribunal Constitucional ha sido fruto de una secuencia histórica que desembocó en su institucionalización, basado en sus antecedentes más próximos como son: *la propuesta de Sieyès* sobre la necesidad de incluir un *Jurie Constitutionnaire* en la Constitución Francesa de 1795 y la formulada por George Jellinek en 1885, en torno a la necesidad de crear un Tribunal Constitucional en el Imperio Austro- Húngaro.

Con lo expuesto, podemos concluir que la presencia de los tribunales constitucionales en el mundo responde a la necesidad de que tanto los poderes del Estado como el ciudadano común, estén obligados a adecuar su comportamiento en la sociedad sobre la base de lo que el Poder Constituyente ha establecido, es decir, con la finalidad de mantener la paz social.

Para CARPIO MARCOS, el primero de los antecedentes nombrados (*Jurie Constitutionnaire*), tiene su origen por el fenómeno de “*sacralización de la ley*” en Europa, la desconfianza de los jueces y por la diferente concepción de la doctrina de separación de poderes; éstos tres factores juntos ocasionaron el rechazo de cualquier forma de control jurisdiccional sobre la ley parlamentaria y al mismo tiempo establecieron las bases en las que se asentarían las relaciones entre el juez y la ley; las bases de esta posición se sustentaban por ejemplo en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo VI establece. “...*La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar....*”, la misma que aspiraba acabar con una práctica

milenaria que permitía a los jueces dictar normas que faciliten el desempeño de su función, el cambio de perspectiva implicaba que sea el juez quien aplique la ley que solo el parlamento podría aprobar, prohibiendo a los jueces la función legislativa, propósito que recogió la primera Constitución Francesa de 1791, al precisar que *“los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo...”*, y que luego es perennizado en el artículo 5 del Código Napoleónico de 1804; un segundo criterio asumido por el sistema francés del siglo XVIII, responde al mandato de impedir a los jueces la interpretación de la ley, pues en tanto expresión de la voluntad general, esta podría ser manipulada por los jueces en el proceso de su comprensión; el permitirlo implicaría que los magistrados se conviertan en legisladores, por ello surge la necesidad de vigilarlos en el cumplimiento de la ley, pero no podrían ser ellos quienes se autorregulen; ante ello surge un poder diferente (que formaba parte del Poder Legislativo) institucionalizado como el *réfere législatif*, al mismo que se le consultaba sobre los alcances de la ley (en los casos de duda) a fin de determinar la voluntad del legislador, y si bien en un inicio ésta institución tubo carácter facultativo, pocos meses después se creó el *réfere législatif obligatoire*, institucionalizando un modelo de judicatura en el que los magistrados sean *“ la boca que pronuncia las palabras de la ley...”*, y los límites a las competencias jurisdiccionales se expandieron incluso hasta la prohibición de declarar la nulidad de los actos legislativos, todo ello hizo del juez un *“ esclavo de la ley”* (KAUFMAN: En Bacigalupo1995: 853) prohibido de dictarlas, interpretarlas y más aun de juzgar su corrección.

Sin embargo, tras haberse convertido la ley en el ícono de la Revolución Francesa, también surge la necesidad de establecer mecanismos de defensa alrededor suyo, por ello es que se presentaron muchas propuestas, varias de las cuales dejaron de lado la indeterminación de los responsables del control, y en su lugar sugirieron una serie de mecanismo de defensa de la Constitución como el veto real, la opinión pública, el bicameralismo, la naturaleza republicana de las representación política, etc.; es en este escenario que la propuesta presentada por Siayés en el

año III (1795) con ocasión de la revelación del proyecto de constitución pronunciada en su primer discurso del 2 de Termidor (20 de julio de 1795), presentando una propuesta con 4 artículos en la que precisaba los órganos que la nueva constitución debía contemplar: Un tribunado, el Gobierno, la Legislatura y el *Jurie Constitutionnaire*, propuesta insólita que tenía por finalidad restablecer el desorden público originado en una actuación contraria a la constitución; esto es el defensor de la constitución con competencia sobre los actos inconstitucionales del *Consejo de los Quinientos y del Consejo de los Ancianos*, que actúe como un taller de proposiciones para las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución y como protector de los derechos del hombre, debiendo ofrecer a la sociedad civil un recurso de equidad natural, en ocasiones graves, cuando la legislación tutelar haya olvidado su justa garantía, de tal manera que se convierta en suplemento de la jurisdicción natural para los vacíos de la jurisdicción positiva (CARPIO 2017: 633-646).

En el año 1795, la propuesta de *Siayés*, significaba de cierto modo la creación de un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes del Parlamento, adicionándole competencias para conocer las violaciones o atentados cometidos contra la Constitución originadas en actos del Consejo de los Ancianos o del Consejo de los Quinientos, los que en buena cuenta eran equiparables a las dos Cámaras de dicho Parlamento; bicameralidad que comportaba circunscribir al escrutinio a los acuerdos parlamentarios de éstos consejos, abandonando la idea de que el control recayese sobre el producto de ambas cámaras, es decir contra la ley, lo que significa instituir un control previo de connotación más política que jurídica, ya que desde su conformación (contando con 108 miembros renovables anualmente por tercios), la forma de reclutamiento de sus miembros y en general de sus funciones, éste resultaba ser un organismo comparable al Poder Legislativo, más que a los actuales Tribunales Constitucionales.

El *Jurie*, cuya traducción en nuestro sistema se asemeja más al término de “jurado”, fue reintroducido en Occidente durante la edad media y es en el siglo XVIII que adquirió nuevos perfiles; se trataba pues de un órgano en el que la opinión del jurado se inscribe dentro de un proceso con intercambio de informaciones y de argumentos, lo que resulta contrario al procedimiento que se verifica al interior de un Tribunal o Corte de Casación del “Orden Constitucional”, pues a diferencia de éste último, no es un colegiado de legos, auxiliares de juez o un tribunal, a éste órgano se le confiaba el control (previo) de constitucionalidad de los proyectos de ley, aunque funcionalmente realizaba algo cercano o parecido; Siayés consideraba que éste órgano no debía estar integrado por jueces sino por políticos con experiencia y dotes de estadistas, generalmente serían ex parlamentarios; por ello este antecedente embrionario del control de constitucionalidad de la ley parlamentaria se acercaría más a un órgano coparlamentario o a una tercera cámara; de lo que no cabe duda es que a través de él se institucionalizó un mecanismo externo de control de constitucionalidad del sistema.

Se trata, en consecuencia, de un órgano que puede ser calificado de “híbrido”. No era enteramente jurisdiccional pero tampoco legislativo. ¿Debe este dato obviar su condición de antecedente de los actuales tribunales constitucionales? Creo que sería una exageración, pues la incertidumbre acerca de la naturaleza de los tribunales constitucionales no fue ajena al propio Kelsen quien, frente a la denuncia de Schmitt - que con la institucionalización del Tribunal Constitucional no se judicializará la política sino se politizará la justicia-, afirmó prácticamente de todo acerca de su naturaleza y funciones: desde que puede ser considerado un órgano del Poder Legislativo, que se trata de un “legislador negativo”, que éstos tribunales solo realizan una “función de control”, que la suya es una “función jurisdiccional” o, por último, que la naturaleza del Tribunal simplemente “carece de importancia” (CARPIO 2017: 657).

Cabe resaltar que el proyecto para la creación de éste órgano nunca fue aprobado, pues en su desmedro se argumentaba que a través de él no

podría defenderse la constitución de un golpe de estado, que la unidad política del Estado peligraba si es que se concedía legitimación a las minorías parlamentarias para activar su funcionamiento, que se convertiría en una suprema instancia del poder político, y sobre todo por lo inadmisibles que resultaban las demás competencias que en su favor se había propuesto, sin embargo, el control constitucional de la ley a la que Kelsen se refirió como su aporte original, fue una idea acuñada cien años antes.

Sin embargo, fue casi noventa años después que una propuesta técnica para la creación de un Tribunal Constitucional, fuera planteada en el ámbito del constitucionalismo europeo, propuesta que tuvo lugar en el sistema alemán por quien terminaría siendo considerado como uno de los juspublicistas más importantes del siglo XIX: George Jellinek.

1.3. JELLINEK Y EL PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA AUSTRIA:

Durante la vigencia del Imperio Austro-Húngaro (1867), conformado luego del desmoronamiento definitivo del Sacro Imperio Romano Germánico (1806), la presencia de diversas unidades territoriales en territorio alemán, cada una con un acervo cultural distinto, fue una fuente constante de conflictos principalmente en materia competencial entre las distintas instancias de gobierno, diferencias que comprometían la viabilidad de la unidad política de los estados emergentes, por lo que los juristas de la época dirigieron su atención a lo que sucedía en los Estados Unidos, cuna del federalismo, y con ello surge el interés por observar lo que por aquella época, constituyó un mecanismo orientado para fortalecer la unidad del Estado en la diversidad de los Estados Federales, esto es la *judicial review*. Es en este contexto en el que surge la discusión respecto a la facultad de los jueces para examinar -sin ningún límite- si una ley es conforme con la constitución, con la finalidad de lograr una justicia verdadera (LUTHER: 141)

“La asamblea de los juristas alemanes quiere declarar que la dignidad de la jurisdicción y la aplicación de una justicia verdadera se encuentran

garantizados solo donde el juez puede examinar, sin ningún límite, también si una ley se encuentra de modo conforme con la Constitución” (CARPIO 2017: 661).

Consecuencia de esta discusión, el debate se decantó por conceder dicha facultad a un órgano del Poder Judicial, aunque no hubo acuerdo sobre si se trataba de un control de orden puramente formal o también sustancial (verificar el contenido de la ley).

Según LUTHER, citado por CARPIO, la controversia entre los profesores de derecho alemanes de la época se centró además en dilucidar si la competencia de controlar la constitucionalidad de los actos legislativos debía encomendarse a todos los jueces o solo al Tribunal Supremo del Estado; y fue recién, luego de aprobarse que la confederación alemana prescindía de Austria, que en su estatuto fundamental se dispuso que el control de las leyes estaría limitado a verificar solo la regularidad formal de su publicación y que existiese conformidad entre el texto publicado de la ley y el aprobado por las cámaras y luego sancionado por el soberano, a la par de ello se reguló la competencia del Tribunal Supremo del Imperio para resolver los conflictos originados entre los jueces y las autoridades administrativas, entre el Tribunal Supremo Administrativo y los jueces comunes y entre los órganos administrativos de los diversos *Landers*; así como también para conocer los recursos ciudadanos por la afectación de sus derechos políticos constitucionalmente garantizados.

Fue en 1885, en el que el joven profesor de la Universidad de Viena, George Jellinek, planteó una serie de reformas al sistema de solución de conflictos competenciales aplicables en el Imperio Austro- Húngaro, debido a los excesos de la mayoría parlamentaria, propuestas que traerían consigo la creación de un Tribunal Constitucional para Austria, aunque el motivo de fondo de su planteamiento no era precisamente la institucionalización de un instrumento para analizar en abstracto la inconstitucionalidad de una ley; así Jellinek expresaba (JELLINEK: 37):

“Las páginas que siguen no contienen propuestas de uno que afronta una batalla política. Sin embargo, no derivan de un apolítico, sino de un observador imparcial, cuyo empeño científico en el campo del derecho público le consiente mirar con tranquilidad las cuestiones del Estado. No se pretende arribar a una transformación, sino a un reforzamiento de la Constitución, incrementando la confianza general sobre la cual se apoya el constitucionalismo. Es una propuesta simple, y como se entiende, evidente para quien, cualquiera sea el partido al que pertenece, sea leal con los asuntos de Austria. Si bien no soy bastante optimista en esperar una inmediata actuación de aquello que se propone, se entiende que la autoconciencia de los partidos pueda -de todos modos- conducir antes o después a su realización. Entre tanto, nos alegra de atraer la atención sobre aspectos determinantes de una importante cuestión del derecho público austriaco” (CARPIO 2017: 664).

Para Jellinek la Teoría de la División de Poderes convierte al Parlamento en un órgano soberano, carente de límites, pues olvida que el Estado es una unidad, y que las funciones estatales deben ser asumidas siempre por un titular que es siempre el Estado mismo; sin embargo, los excesos cometidos por el Parlamento, debían ser resueltos por un órgano que ejerza funciones jurisdiccionales; algo que veía complicado, dado que por aquel entonces se verificaba una duplicidad de funciones para la resolución de tales conflictos, pues éstos podrían ser canalizados ante el Tribunal Supremo del Imperio y el Senado, o ante las dietas de los reinos. En materia de protección de derechos fundamentales, por ejemplo, correspondía al Tribunal Supremo conocer de los recursos planteados por los ciudadanos, mientras que al Senado y a las dietas de los reinos correspondía obrar como “colegios jurisdiccionales”; por ello este jurista señalaba que la mejor manera de despolitizar estos asuntos, era confiar su solución a un órgano de naturaleza jurisdiccional como al Tribunal del Imperio, al cual debía denominársele “Tribunal Constitucional”, concibiéndolo como un tribunal arbitral, es decir un tribunal al cual los partidos políticos y las mayorías y minorías parlamentarias puedan dirigirse a fin de obtener una decisión imparcial, desprovista de cualquier sesgo partidista; imparcialidad y

autonomía que a su criterio se garantizaba con el nombramiento vitalicio de sus magistrados por el Emperador sobre la base de una propuesta alcanzada por el Senado; así también introdujo propuestas en torno a la legitimación para promover conflictos de competencia, pues no solo facultó al Gobierno, sino también a las minorías parlamentarias, a fin de evitar que el Tribunal se convierta en un espacio donde se prolongue el debate de las cámaras. Con lo expuesto nos queda claro que el Tribunal Constitucional para Jellinek no estaba orientado a controlar la constitucionalidad de las leyes, ni siquiera en aquellos casos en los que conociera del conflicto de competencias entre la legislación ordinaria y la legislación constitucional, pues el control que se efectuó no se fundaba en el principio de jerarquía normativa, sino en el principio de competencia, hecho que diferencia su propuesta de aquella en la que se realiza un control abstracto de la ley, pues mientras en éste último, el resultado del juicio es consecuencia del contraste abstracto entre dos normas de jerarquía distintas, en la primera la evaluación apuntaría a individualizar si el órgano que dictó la norma enjuiciada tenía o no competencia para proceder a la regulación de la materia dada.

A diferencia del proyecto propuesto por Sieyès, éste no fue objeto de debate ni tampoco de la publicidad suficiente, sin embargo la voz del maestro Heildelberg y su sugerencia de institucionalizar un “Tribunal Constitucional”, quedaría impregnada en dos personajes cuya influencia sería decisiva luego del desmoronamiento del imperio Austro- Húngaro y el establecimiento de las bases de la actual República Austriaca: Karl Renner y Hans Kelsen (CARPIO 2017: 670).

1.4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AUSTRIACO DE 1920:

Llegamos así a la etapa más importante del desarrollo del Tribunal Constitucional en Europa, la misma que se inicia con los trabajos de Karl Renner (1870-1950), quien llegaría a ser nombrado Canciller de la primera república austriaca, originario de la República Checa, se interesaría desde

muy joven en la política, de tendencia social demócrata, tuvo como norte el fortalecimiento de la organización política y administrativa del Imperio Austro – Húngaro, es así que retomando la propuesta de Jellinek de crear un Tribunal Constitucional que tenga por finalidad resolver los conflictos competenciales entre las diversas instancias territoriales, su propuesta se orientaba a edificar Austria bajo una estructura federal, otorgando reconocimiento a grupos étnicos bajo la condición de comunidades de individuos y de entidades territoriales proponiendo la creación de un Tribunal Constitucional garante de la separación de poderes dentro del Parlamento Federal, los órganos representativos de las respectivas naciones y territorios, regulando la facultad (tanto al gobierno como al Parlamento Federales) de interponer una acción ante el tribunal, así como la facultad de los “*Lander*” de cuestionar la constitucionalidad de las leyes y los actos de la federación; bajo tal contexto y luego de ser designado Canciller del primer gobierno provisional de Austria (1918 a 1920) nombró a Hans Kelsen como asesor de la sección de reforma constitucional de la cancillería del estado, quien posteriormente conformaría también, en su condición de experto en derecho público, la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente; aunque fue el propio Karl Renner quien, durante un discurso ante la Asamblea Nacional Provisional de Austria, sugiere la aprobación de un Tribunal Constitucional (LAGI 2012: 275):

“Actualmente -sostenía Renner- no tenemos la posibilidad de crear un Tribunal de Estado con todas las garantías del a – partidismo y de la objetividad judicial. Hemos encargado temporalmente esta función a una comisión de esta asamblea compuesta por 20 miembros (haciendo referencia al Consejo de Estado)... después, en un futuro no muy lejano, volveremos sobre este punto y en el lugar de un Tribunal de Estado (staatsgerichtshof) tendremos un Tribunal Constitucional (Befassungsgesichtshof), que no tendrá que ocuparse solo de la protección de los ciudadanos sino también de las disposiciones estatales, de libertad de voto y de nuestro derecho público (CARPIO 2017: 673).

Tal propuesta se materializó en el año 1919, en tanto a través de una ley, las competencias del antiguo tribunal del estado fueron confiadas al nuevo Tribunal Constitucional, entre ellas estaban la solución de conflictos de competencia suscitados entre tribunales y las autoridades administrativas, entre el parlamento de un *Land* y las autoridades gubernamentales y entre los entes locales autónomos de los diversos *Lander*, asimismo, debía pronunciarse respecto a la vulneración de derechos en las controversias suscitadas entre el estado y los *Lander*, así como en los recursos de los ciudadanos contra los actos de la administración por violación de los derechos políticos garantizados por la Constitución. Cabe anotar que esta ley fue redactada por Hans Kelsen; este jurista además desarrolló un papel especial en la elaboración de lo que después se convertiría en la Constitución Austriaca de 1920, la misma que contemplaba un Tribunal Constitucional que debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes federales y de las normas que dictasen los *Lander*, y durante las sesiones de discusión producidas en la sub comisión creada por la Asamblea Constituyente, Kelsen realizaría uno de sus aportes más originales planteando que el Tribunal constitucional se le definiera como “defensor objetivo de la constitución” al proponer un procedimiento de oficio mediante el cual se le permita controlar la constitucionalidad de las leyes, pese a no existir requerimiento de parte, propuesta que fue rechazada inicialmente, por lo que fue modificada por el propio Kelsen, condicionando dicha competencia de control constitucional de las leyes solo cuando éstas sean el presupuesto de su decisión.

Podemos decir entonces que el mérito de Kelsen fue el haber sido el primero en explicar, con sistematicidad y rigor, la esencia del Tribunal Constitucional, así como las características de la acción abstracta de inconstitucionalidad, pero es evidente que a quien le correspondió proponerlo por primera vez fue a Georg Jellinek.

Es en este contexto en que se “implanta” la justicia constitucional europea, que si bien constituye el germen del modelo concentrado en este

continente, no respondió precisamente a la idea que los jueces a través del control pueden controlar leyes injustas, sino más bien porque se otorgó a algunos tribunales centrales la facultad de anular las leyes y es así como nace su función de control de la legalidad, teniendo primero como parámetro a las leyes federales y luego ampliándolo a cualquier norma constitucional; es así que en la propia Austria, el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1920 controlaba las leyes de la Federación y de los *Lander* solo cuando eran impugnadas por los Gobiernos de uno u otro nivel y de oficio, pero no existía ni el recurso directo de una minoría parlamentaria, ni siquiera la cuestión de inconstitucionalidad; éste Tribunal responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro (PEREZ 2008:360).

1.5. OTROS ANTECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Este órgano constitucionalmente autónomo, entonces, nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo democrático; pero debe tenerse en cuenta que éste no fue adoptado por todos los países europeos, sino solo en aquellos en los que existieron dificultades para transitar del Estado Liberal al Estado Democrático y Constitucional de Derecho, circunstancia que algunos han catalogado como una anomalía en el proceso de transición a la democracia (entre ellos Austria, Alemania, Italia, Portugal y España).

No se puede soslayar en este recuento la creación del Consejo Constitucional francés en 1959, el Tribunal Constitucional portugués en la Constitución de 1976 (revisada en 1982), y en cierta medida el Tribunal Especial Superior griego en 1975, movimiento que se extendiera a Bélgica, con el Tribunal de Arbitraje (1983), y se ha desarrollado en Europa del Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991) y Bulgaria (1991). (MONROY 2004: 204)

Algunos autores consideran al Tribunal Constitucional como producto de la tradición jurídica europea, pues sus orígenes como institución se remontan después de la Primera Guerra Mundial en el siglo XX en Checoslovaquia y en Austria en 1920, luego de la presentación que hiciera Hans Kelsen del Proyecto de creación del Tribunal Constitucional Austriaco de 1918.

Por otra parte, la nomenclatura de dicha institución se originó del modelo republicano español de 1931, en el mismo en el que recibe la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales; en esa misma línea, se crearía después los Tribunales Constitucionales italiano en 1948, alemán en 1949, el turco en 1961 y el yugoslavo en 1963.

2. LOS PRIMEROS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS (1945 – 1979).

Al término de la Segunda Guerra Mundial, la corriente neo constitucionalista que irradia el continente europeo y conforme a la cual ocupan un lugar trascendental los Tribunales Constitucionales, va a expandir sus alcances hacia la América Latina, ligeramente primero, pero luego ya con mayor preponderancia, manteniendo la facultad de control constitucional difuso propia de la tradición americana, esto es, conservando la facultad de los jueces ordinarios para inaplicar las disposiciones legislativas cuando sean contrarias a la Constitución, contrariamente a lo que ocurrió en el continente europeo (FIX- ZAMUDIO 1996: 41)

Ahora, a nivel latinoamericano, la jurisdicción constitucional se extendió a Perú en la Constitución de 1979; en Chile con la instalación de un nuevo Tribunal Constitucional en 1980; en El Salvador con la creación de un Tribunal Constitucional en la Constitución de 1982; Guatemala con su Tribunal Constitucional de 1985; Costa Rica con la instalación de una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia en 1989; Colombia con la instalación de una Corte Constitucional en 1991; Ecuador con un Tribunal en 1945 reinstalándolo en 1998; Paraguay con una Sala Constitucional en

1992; Bolivia con un Tribunal Constitucional en 1994; Nicaragua con una Sala Constitucional en 1995; México con un Tribunal Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia, mediante las reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999; y en Honduras se creó en 2001.

La Constitución de Ecuador de 1945, señala Fernández, sólo disponía de escasas competencias conferidas al Tribunal Constitucional, precisando que no poseía facultades decisorias, solo consultivas al ejercer un control político, correspondiendo al Congreso esa decisión, limitándose a acordar la suspensión provisional de una norma legal cuando así lo solicite un juez o tribunal de última instancia, cuando la norma legal era contraria a la Constitución, supuesto en el que se suspende su vigencia hasta el pronunciamiento del Congreso respecto a su inconstitucionalidad. (FERNANDEZ 2001: 173).

Guatemala, por su parte, fue el tercer país, en crear un órgano constitucional con dichas características, Chile por su parte es el país que le cronológicamente.

2.1. EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL PERU CREADO POR LA CONSTITUCIÓN DE 1979:

Respecto a Latinoamérica se tiene al Perú como pionero en la incorporación del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1979; sin embargo, a pesar de su primacía temporal, su trayectoria no estuvo bien definida; ello por cuanto fue concebido como un organismo para luchar contra la ineficacia del Poder Judicial, tal y como se observa de los debates de la Asamblea Constituyente de 1978.

Siguiendo la historia nacional, la Constitución de 1979 se originó al finalizar el gobierno militar populista de 12 años del General Juan Velasco Alvarado, donde la ejecución de diversos atropellos a los derechos humanos fue constante, sin que el Poder Judicial hubiese resistido eficientemente a los

excesos de dicho gobierno de facto; por lo que, procuraron encontrar la solución con la creación de un Tribunal independiente. García Belaunde indica que, la iniciativa fue abordada por Javier Valle Riestra quien, influenciado por su tiempo de exilio en España, propuso la idea de crear un poder al lado del aparato judicial, un ente libre de burocracia que tuviera a su cargo el control de la Constitución y la defensa de los Derechos Humanos a través de determinadas atribuciones (GARCIA 1988: 113-115). Aunque la Asamblea Constituyente de 1978 no recogió todas las propuestas de Valle Riestra.

Luego, con el quiebre de la democracia producida en el año 1992, a raíz de las acciones tomadas por el entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, se creó una nueva Constitución en 1993, donde se procuró mantener en esencia el modelo de la Constitución de 1979, con la presencia de ciertas diferencias, tales como la modificación del nombre de éste órgano por el de “Tribunal Constitucional”.

FERNANDEZ indica que el Perú fue uno de los últimos países en recoger en su constitución la necesidad de contar con un Tribunal de esta naturaleza, bajo el rótulo de Tribunal de Garantías Constitucionales, hecho que se materializa a través de la Constitución promulgada el 12 de julio de 1979, siendo desarrollado a través de la Ley N° 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, norma con marcada influencia por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (FERNANDEZ 2001: 175).

El año 1979 fue de cambios en la sociedad peruana, el Perú salía de un gobierno de facto (gobierno que además había cambiado radicalmente la vida política nacional), y se estaba en el trance de aprobar un nuevo texto constitucional en el cual se acogía un amplio catálogo de derechos, es en ese contexto que surge la discusión de buscar la manera de asegurar una cabal protección de los preceptos constitucionales en general, y de los derechos fundamentales en particular, razón por la cual la Asamblea

Constituyente propone la idea de instaurar un Tribunal Constitucional en el Perú, Tribunal al cual sugiere denominar Tribunal de Garantías Constitucionales; circunstancias que coincidían por aquella época con una sensación de desconfianza en la judicatura ordinaria, pues se temía que no pudiera cumplir con aquella responsabilidad, lo que tampoco mostraba un panorama positivo en cuanto al grado de aceptación ciudadana hacia dicho tribunal, del cual poco o nada se conocía, máxime si el Tribunal a crearse podría eventualmente recortar algunas competencias parlamentarias; ello nos permite comprender la adopción de un modelo mixto, dual o paralelo del control de constitucionalidad implementado en nuestro país, además de explicar algunas incongruencias en su planteamiento.

La Constitución del Perú, reconoce actualmente un modelo dual de jurisdicción constitucional, a la par que lo hacía el Tribunal de Garantías, mientras la judicatura ordinaria lleva a cabo un control difuso, el mismo que tiene una referencia inmediata en la Constitución de 1979, en su artículo 236, el cual determinaba al efecto que “en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera”. Por ende, ya en la Constitución de 1979 se admitía la coexistencia de dos controles constitucionales, uno concentrado en el Tribunal de Garantías y otro de naturaleza difusa en la vía judicial, de lo cual ya se advertía una importante cuestión: ¿existe vinculación de los jueces y tribunales ordinarios a la jurisprudencia y doctrina constitucional establecidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales?, dado su carácter incuestionable de “intérprete supremo de la Constitución”; la respuesta a la pregunta venía dada por el artículo 39 de su Ley Orgánica, el mismo que en su primer párrafo precisaba que: *“Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido desestimada por el Tribunal.”*

CAPITULO III

LA EXISTENCIA DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. ESTADO Y DERECHO:

El concepto de Estado que comprendemos y utilizamos en la actualidad fue empleado por primera vez por Nicolás Maquiavelo en su obra *El Príncipe* (1513); sin embargo, desde mucho antes los griegos utilizaron conceptos como el de “*polis*” en referencia a la ciudad - estado, la misma que representaba a la comunidad diferenciada por un modo de vida propio, mientras que para los romanos se hablaba de la “*res pública o civitas*”, que luego extendería su dominación para identificar al “*imperium*” concibiéndolo como una organización política, acentuando de esta manera el elemento decisivo del concepto Estado, que es imperio o potestad de mandar (FERRERO 2000: 46-47).

Todas estas expresiones eran utilizadas especialmente para hacer alusión al estado o posición de los propios gobernantes frente a los gobernados; así, ya hacia fines del siglo XIV, el término *status* junto con algunos similares como *estat*, *stato* y *state* son usados con generalidad para hacer referencia al estado o condición de un reino o república.

El concepto de Estado independientemente considerado como sede de la

soberanía, encuentra reconocimiento a partir de las dos tendencias de la teoría constitucionalista de los siglos XV y XVI; la teoría contractualista, defensora de la monarquía y el republicanismo italiano. Sería finalmente en el siglo XVII cuando teóricos legitimadores de las formas absolutistas – Bodin y Hobbes- distinguan los poderes del Estado, no solo de los poderes de los gobernantes sino también de los de la comunidad.

La existencia del Estado debe explicarse desde contexto social mas que individual, pues éste, además de surgir en una sociedad la estructura políticamente; por ende su existencia no depende de un orden superior, sino que viene dada por la naturaleza de las cosas, teniendo en consideración que los individuos que la conforman aceptan el establecimiento de un orden, el mismo que si viene impuesto por una entidad abstracta.

El desarrollo del concepto de estado ha pasado por varias etapas, pensadores como **Hobbes**, en su obra el Leviatán, explican su origen partir de un pacto social convenido entre los individuos que viven en *Estado Natural*, admitiendo una serie de principios aceptados por la sociedad y que rigen a la universalidad de la población, los cuales están representados por una autoridad en común cuyo objetivo es velar y hacer respetar dichas convenciones, así al Estado se le despoja de una explicación meramente teológica y se concibe a la población como un elemento con la posibilidad de imponer al gobernante.

Por su parte, **Locke** analiza el concepto de Estado con base en los postulados aristotélicos (considerando al hombre como un animal político), afirma además la condición bilateral del pacto cuyos efectos vinculan tanto a los ciudadanos como a los legisladores y al rey, a quien también considera como un ciudadano mas, planteando además el derecho y la obligación moral de la población de rebelarse frente al gobierno cuya actuación es contraria a la confianza que la población depositó en él.

Por su parte, **Rousseau** consideraba que el estado de naturaleza de la humanidad, fue pervertido con el desarrollo científico y tecnológico propiciados por la creación del Estado, pues estando en estado natural los hombres vivían realmente en libertad, el advenimiento del Estado favoreció la esclavitud del hombre y el surgimiento de diferencias entre los miembros de la sociedad.

Montesquieu, contrariamente a las ideas de los exponentes del liberalismo, consideraba que el parlamentarismo era el mejor garante de los derechos de los ciudadanos ante el absolutismo, pues si bien el Estado era una organización social, su origen no se debía a la suscripción de pacto o contrato alguno, sino por el contrario, de la convivencia de ciertos principios fundamentales e inviolables previstos en una Constitución, siendo el Estado el verdadero garante de la libertad de los ciudadanos y el poder sólo uno de los elementos del Estado que se encuentra impedido para someter forzosamente a la población.

Actualmente se concibe al Estado como una sociedad política autónoma y organizada para estructurar la convivencia, en razón de que se trata de un conjunto permanente de personas que se relacionan por la necesidad de satisfacer imperativos afines de supervivencia y progreso común. Para ello requiere de un sistema de relaciones coexistenciales dotado de fuerza social y basado en una relación jerárquica: gobernantes y gobernados (GARCIA 2005: 45).

Así el Estado está en el centro de toda realidad jurídica; las normas son mantenidas por el Estado, de modo que obedecemos al Estado con la conciencia de que así apoyamos al Derecho. Ello plantea el problema de discriminar si: El Estado es superior al Derecho, puesto que lo dicta, o si el Derecho es superior al Estado, ya que informa la actividad de éste. También cabe preguntarse si ambos constituyen dos aspectos distintos de una misma realidad.

Estas cuestiones fundamentales han venido planteándose a través del desarrollo de la Teoría del Estado y de la Ciencia del Derecho, suscitando no pocas controversias; pero el problema se ha planteado por lo general en forma abstracta y teórica; de las respuestas dadas a tan importante cuestión surgen tres teorías principales sobre la naturaleza de la relación entre el Estado y el Derecho: **la primera** que aboga sobre la superioridad del Estado es desarrollada fundamentalmente por el jurista inglés John Austin, y sostenida por Thomas Hobbes, Jeremías Bentham y Rudolf Ihering; en opinión del primero de los nombrados, el derecho no es otra cosa que el mandato del soberano, o sea de la persona o grupo de personas que recibe la obediencia de los miembros de la sociedad de una manera habitual. El soberano tiene el poder de obligar a los miembros de la comunidad a obedecer, es pues el creador único del derecho, sin embargo el soberano no está obligado por la ley que él mismo establece (NARANJO 2000: 18)

Se critica esta postura pues es el poder quien crea el derecho pero el derecho es el resultado de lo que le conviene a la sociedad. El derecho no es totalmente impuesto desde arriba, ni aflora de la fuente popular determinadamente, surge de las tensiones y ajustes entre la sociedad y sus gobernantes con algún sentido de equilibrio.

La **segunda teoría** aboga por la superioridad del derecho, posición que ha sido desarrollada a su vez dentro de las teorías iusnaturalistas. En la Edad Media se sostenía que las normas fundamentales del derecho proveían de una fuente divina y debían, por lo tanto, ser consideradas como obligatorias para el poder temporal del Estado (NARANJO 2000: 18), así durante los siglos XVII y XVIII, eminentes filósofos como Hugo Grocio, John Locke y Samuel Pufendorf, defendieron la opinión de que existían normas de derecho y de justicia, superiores a los gobernantes de los Estados y obligatorias para ellos. En nuestro siglo, autores como León Duguit, han sostenido la teoría de que el Estado se encuentra sujeto a la autoridad del derecho.

La idea moderna del Estado representa el triunfo de la doctrina del Derecho Natural, se reconoce la virtud obligatoria del derecho natural ya sea por la racionalidad de sus preceptos o por la unidad del creador.

Finalmente la **tercera teoría** es aquella que afirma la unidad del Estado y del Derecho, negando el antagonismo entre soberanía del Estado y soberanía del derecho; esta opinión ha sido sostenida principalmente por Hans Kelsen, para quien estado y derecho no son propiamente dos aspectos de una misma cosa, sino que son fenómenos totalmente idénticos.

Para esta posición el poder del estado es la suma total de normas coactivas válidas en una sociedad determinada; lo mismo es el derecho, por consiguiente, según Kelsen, no se justifica hablar de un dualismo entre Estado y derecho.

La concepción de Kelsen es *nomocrática* pues sólo admite la norma jurídica positiva despojando al derecho de todo lo que no sea puramente jurídico como: lo político, lo justo y lo ético; niega que tras el sistema de normas exista un Estado que lo dicte.

En conclusión, a pesar de existir entre Estado y derecho una amplia y mutua referencia y “envolvimiento”, estas no llegan a ser expresiones homólogas; pues en el Estado Moderno, ambos conceptos están involucrados el uno con el otro, no siendo posible concebir la superioridad de alguno de ellos. Todo Estado supone una estructura jurídica que lo soporte, llámese o no Estado de derecho, es esa estructura la que le da vida y sustenta sus funciones. No es posible concebir un Estado sin una estructura jurídica que los sustente y a la inversa el derecho tiene su campo de aplicación natural en el Estado y derivan de éste sus instrumentos de coerción, que le son indispensables para garantizar el

cumplimiento de su normatividad. No cabe pues, pretender colocar una de estas nociones por encima de la otra.

2. ESTADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La Constitución es un instrumento de articulación jurídica del Estado. La Constitución presupone una determinada forma de organización del poder político, sin la cual ella misma no existiría; ello se advierte de la propia definición del poder como elemento del Estado, pues éste se concreta y centraliza en una sola instancia de decisión política con la necesaria autonomía frente a los poderosos intereses económicos dentro y fuera del territorio nacional, ya que solo el Estado posee las facultades para dictar normas y obligar al conjunto de la nación para su cumplimiento, observando así sus funciones de protección y de orden social, poder que procede del pueblo o la nación y que recibe de ésta su supremacía y autonomía.

Es por ello que analizar la Constitución como norma jurídica, parte del supuesto que el Estado es un poder organizado dentro de una comunidad nacional y que la dominación que impone no puede sustentarse solamente en la fuerza, sino que debe recurrir justamente a elementos que justifiquen su derecho a mandar y a recibir obediencia, de ahí que en la sociedades democráticas, el poder del Estado está acotado por un conjunto de reglas o normas jurídicas obligatorias, esto es por un ordenamiento jurídico al que él mismo se somete, al tiempo que debe velar porque sea observado y respetado por parte de todos los ciudadanos; así, si consideramos a este ordenamiento como un derecho positivo, esto es creado, sancionado y promulgado por el Estado, concluiremos que la capacidad exclusiva para elaborar e impartir la ley es una expresión de su soberanía; de éste modo, siendo el Estado creador del derecho, fundamentalmente a través del Poder Legislativo, es ese derecho al mismo tiempo, forjador del Estado porque tal conjunto de normas constituye el marco de la acción estatal y el que a su vez justifica o legitima el poder del Estado. Ahora, al conjunto de

normas fundamentales que dan unidad al ordenamiento jurídico del Estado, se le llama Constitución, a la cual se subordinan las leyes, decretos, reglamentos y demás normas que complementan la estructura jurídica de una sociedad, esto es el orden público.

En las sociedades democráticas, lo que da sostén o legitimidad a un orden jurídico es el hecho de que éste sea el producto de la decisión de quienes son representantes populares, por ello es que se justifica la obediencia a un conjunto de normas jurídicas, sólo si éstas fueron elaboradas y aprobadas por el órgano constitucionalmente competente para realizar dicha función y siguiendo el procedimiento previsto en ella para su aprobación, lo que presupone que la legitimidad del poder del Estado requiere de la existencia de un ordenamiento jurídico conforme al cual se ejerce aquel poder, ello a su vez impide que éste se ejercite de manera arbitraria o impune.

Es en este contexto que nace el Derecho Constitucional, entendido como el estudio del proceso a través del cual el Estado se somete al Derecho, es decir, el estudio del proceso a través del cual el Estado se convierte en un Estado de Derecho. En el Derecho Constitucional, el Estado interesa directamente desde una perspectiva funcional: sirve para comprender su influencia en la Constitución (PEREZ 2005: 63)

Al respecto podemos agregar, siguiendo a García Toma, que el Derecho Constitucional es una disciplina positiva, pues describe el derecho establecido en un tiempo y lugar preciso para organizar el Estado. Helio Zarini al respecto afirma: “Todo grupo humano organizado en forma estable, origina la consolidación de instituciones y órganos que derivan formalmente del ordenamiento jurídico, y que operan en forma continua para dar vida y acción al Estado” (GARCIA 2005:220)

El Estado como creación colectiva y artificial destinada a ordenar y servir a la sociedad encuentra justificación a través de los fines que históricamente

le corresponde cumplir, estos son de carácter plural como la conservación del grupo social, la juridificación de la vida coexistencial y el fomento del bien común.

El primero de ellos se refiere a la responsabilidad de garantizar un nivel de seguridad y defensa a favor de sus miembros, considerado éste como un fin primario por excelencia y para cuya consecución se debe diseñar y establecer un conjunto de acciones que permitan asegurar la supervivencia del grupo y su permanencia para cumplir los fines restantes.

El segundo se sustenta en la responsabilidad del Estado para establecer un orden jurídico a partir de la cual se regule el comportamiento de la sociedad, la designación de autoridades para ejercitar el poder y asegurar el restablecimiento de la armonía y la convivencia social.

El tercero tiene por objeto establecer una comunidad que alcance su propio “bien”; esto es acceder al perfeccionamiento y al bienestar mancomunado; contexto en el cual se apunta a que los miembros de la sociedad puedan desarrollar a plenitud sus potencialidades físicas, psíquicas, espirituales e intelectuales.

Señala Ferrero Rebagliatti que el bien común consiste en el conjunto de condiciones sociales que favorecen el desarrollo del hombre. Es el medio social propicio para que la persona se realice. No es una masa de bienes por repartir, sino un orden justo, más allá del cual existe para el individuo un fin último. La consecución del bien particular es favorecida por la existencia de un orden que brinda seguridad y justicia, a través de los servicios públicos (FERRERO 2005: 135-137).

Tal definición del bien común como el medio social propicio para que el hombre realice sus potencialidades es individualista; la concepción comunitaria del bien común implica el orden justo para la vida suficiente de una comunidad, tiene el carácter de bien intermedio para hacer alcanzable

el bien individual y familiar.

Nuestra Constitución Política de 1993, señala en su artículo 1º, 44º y 58º, cuales son los fines del Estado peruano.

3. EL ESTADO DE DERECHO

El concepto de Estado de Derecho define una forma de organización del Estado en la que toda su actividad se somete a la Constitución y por ende al sistema jurídico aprobado conforme a los procedimientos establecidos en ella, garantizando así un adecuado y responsable ejercicio del poder conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, que tiene por finalidad la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos de los ciudadanos (VALADEZ 2004:18-19).

Esta expresión indica una forma de organización del poder estatal, el mismo que se encuentra sometido a un sistema de normas, esto es sometido y regulado por el derecho, por ello su origen se encuentra en el liberalismo político y sus primeras manifestaciones concretas se dan durante el auge de las revoluciones inglesa y francesa respectivamente.

La locución Estado de derecho, fue acuñada por los juristas alemanes Von Mohl, Stahl y Jellinek en 1832, influyendo decisivamente en la formación del constitucionalismo moderno. George Jellinek, afirmaba lo siguiente: *“Si la Constitución es el encuadramiento y la legalización del poder, el Estado de Derecho viene a ser el aprisionamiento de ese mismo poder por obra de la autolimitación estatal. El Estado de derecho implica a un Estado que se auto limita creando su propio derecho positivo, al cual le asigna materialmente un contenido coincidente con el constitucionalismo moderno o sea, la protección de la libertad y de los derecho del hombre”* (VALADEZ 2004:18-19)

En el Estado de Derecho, el ordenamiento jurídico vincula tanto al gobierno, los gobernantes y a los gobernados, a diferencia del Estado Absolutista,

despótico o totalitario, en el que el sistema jurídico solo vinculaba a los gobernados, pues el gobernante aplicaba su voluntad de manera caprichosa y arbitraria.

En el Estado de Derecho, los gobernados se hallan bajo el amparo o protección de la sociedad, contra el gobierno y contra los gobernantes, mediante normas impuestas a todos por igual, en las cuales reside el principio de autoridad, y cuya inobservancia priva de validez a los actos gubernativos. Por eso se afirma que no hay Estado de Derecho sin Constitución, ni puede revestir otra forma de gobierno que la república democrática, que nace de la soberanía popular y que asegura los derechos del hombre y del ciudadano (SANCHEZ 1992:343)

Sin embargo a pesar de existir notables diferencias entre el Estado de derecho y el Estado absolutista, ambos se basan en el mismo presupuesto: la supremacía de la norma, que si bien tiene un mismo contenido (éste va a variar cuando aparece el Estado Social de Derecho), su fuente no es la misma; pues en un Estado de Derecho, el sistema jurídico se configura de conformidad a una norma superior y fundamental: la Constitución.

El modelo de organización sociopolítica que vino a sustituir eficazmente a las monarquías absolutistas, y en algunos casos directamente al régimen feudal, ha sido conceptualizado como el Estado Liberal Burgués, denominado así porque es impulsado y desarrollado por ese entonces pequeño y recién surgido grupo social al que se denominó burguesía, por estar formado por aquellos individuos residentes en los burgos, nacientes ciudades (BULLE 1999: 236-237). Se identifican como elementos básicos en lo político los siguientes: soberanía, democracia, división de poderes y un modelo de gobierno caracterizado como Estado gendarme, en la parte jurídica se encuentra el constitucionalismo, el principio de legalidad, la igualdad y derechos humanos. Todos estos elementos se conjugan dando como resultado el Estado Liberal, pero es necesaria la operación de todo ellos a fin de que el sistema funcione, ya que de otro modo la falla en uno

de ellos genera el funcionamiento deficiente de los demás y finalmente del propio sistema socio-político.

El Estado liberal con el conjunto de elementos que lo definen, ha venido a ser caracterizado como la misma “modernidad” y por referencia al pensamiento surgido en su seno, y como “postmodernidad” se entiende él mismo con las importantes transformaciones que ha sufrido con su adaptación al cambio de las condiciones sociales.

Martínez Bullé, señala que el *“Estado de Derecho no es sino la vigencia real y efectiva del derecho en la sociedad, en donde las conductas tanto públicas como privadas se someten a la norma jurídica; así, el Estado de Derecho significa en sí mismo: la efectiva vigencia y la jerarquía normativa superior de la Constitución, el respeto del principio de legalidad, la vigencia de la ley igual para todos los miembros de la sociedad y el respeto y garantías cotidianas de los seres humanos”* (BULLE 1999: 248)

El elemento fundamental del Estado de derecho es el sometimiento de quien detenta el poder a la ley, en cuanto ésta expresa la voluntad de la soberanía, y no lo contrario, que es sometimiento de la ley al gobernante, que así la envilece y convierte simplemente en herramienta para ejercer su gobierno; lo cual sólo puede darse cuando previamente se ha destruido la posibilidad de vigencia de la democracia.

En relación al Estado de Derecho, el constitucionalista Cesar Landa manifiesta lo siguiente: *“No existe Estado constitucional sin paz social, como tampoco paz social al margen de un Estado constitucional. Por ello, el Estado de Derecho basado únicamente en el imperio de la ley y la autoridad históricamente sucumbió a la llamada “cuestión social” y se transformó en un Estado de bienestar caracterizado por incorporar a la Constitución demandas sociales de los sectores populares emergentes de la sociedad. Pero sólo después del holocausto de la II Guerra Mundial, se puso en evidencia que no era suficiente la existencia de un Estado social de Derecho, sino también democrático, fundado en la dignidad humana, los derechos humanos, el pluralismo democrático y económico, así como*

la descentralización del poder. Desde entonces las Constituciones de 1979 y 1993 incorporan la fórmula del Estado democrático y social de Derecho, el mismo que se encuentra enraizado en la sociedad y en el Estado...” (LANDA 2000: 230)

4. EL TRANSITO DEL ESTADO SOCIAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Los orígenes del Estado Social de Derecho se remontan a Europa de mediados del siglo XX (tras la Segunda Guerra Mundial); en aquella época surge la necesidad de priorizar la seguridad social como mecanismo obligatorio de solidaridad, países como Alemania, Bélgica, Holanda, Noruega, Dinamarca, Finlandia etc. adoptan esta forma estatal en la cual los poderes públicos promueven principalmente políticas de promoción a los derechos sociales a través de la creación de instituciones asistenciales y de seguridad social con el objeto de prevenir riesgos vitales (ancianidad, pobreza, desempleo, enfermedad).

La noción de Estado Social se construye bajo ciertos principios como el de **legalidad**, pues la noción más elemental dentro del Estado es la conformidad con la ley, una norma inferior, un acto administrativo, un acto jurídico, un acto procesal o una conducta individual son lícitos si es que se ajustan a la ley, está de conformidad con ella o cuando menos no es contrario a ella; así como el de **legitimidad**, que implica que el poder proviene de la voluntad popular y el de **constitucionalidad**, que reconoce la supremacía jerárquica de la norma constitucional, frente al resto del sistema jurídico, del cual ella misma se convierte en fuente y causa. Es en este contexto que se justifica la existencia de una Constitución escrita y rígida o más o menos rígida.

Sin embargo es necesario precisar que existe una diferencia cualitativa entre legalidad y constitucionalidad, la cual radica en que la primera, por provenir de un poder constituido, puede modificarse con más frecuencia y en este proceso de modificación pueden mediar variables provenientes de

intereses coyunturales, como los de los grupos de interés y de poder dominantes en determinados períodos haciendo que éste se torne injusta, tal y como ocurrió en nuestro país durante el régimen de gobierno pasado; mientras que la segunda, por provenir de un poder extraordinario y temporal, como es el Poder Constituyente, garantiza mayor permanencia.

En la esencia del Estado de Derecho hallamos al respeto a la libertad humana. Montesquieu, en su obra el “Espíritu de las leyes”, definió la libertad como: *“El derecho de hacer todo aquello que las leyes permiten”*. La libertad tal y como se le considera actualmente, es una condición de la vida humana individual y consiste en la atribución de decidir qué se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga. Evidentemente, la libertad no sólo tiene que ser ejercitada dentro de los límites expresos de la ley. La historia jurídica de los dos últimos siglos ha mostrado que la conducta humana tiene que ser siempre acomodada a ciertos patrones de conducta social en los cuales se respeta a los demás, este axioma jurídico actualmente ha sido recogido en el literal a) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución de 1993 con la siguiente redacción: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Otro de los principios presentes en un Estado de Derecho es la igualdad, constitucionalmente considerada como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico del contenido de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta al reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona –mínimum de humanidad respecto del cual no cabe distinciones- y que es merecedora de una especial protección frente a otros entes y bienes existentes, ello quiere decir la aplicación objetiva de las normas, sin distinción de posición.

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, citado por Víctor GARCÍA TOMA en esa misma línea señala que, la legitimidad del Estado de Derecho radica en los valores que impregna en el ordenamiento jurídico, los que se resumen en

libertad, igualdad, seguridad y promoción de la realización existencial y coexistencial de los gobernados (GARCIA 2005:142); sin embargo, en la actualidad debemos reconocer que además de los principios antes mencionados, un Estado de Derecho en sentido estricto, se afilia a la democracia; en esta perspectiva se han acuñado diversos matices del Estado de Derecho, tales como Estado Democrático de Derecho y Estado Social y Democrático de Derecho. El primero hace referencia a una comunidad política instaurada sobre las bases del Estado de Derecho, pero irradiado por los principios y valores contenidos en la ideología democrática, la misma que tiene como objetivo la realización de la persona, atendiendo su dignidad y a su realización coexistencial dentro de un marco de libertad, igualdad de oportunidades, participación ciudadana en los asuntos de interés público y justicia social (GARCIA 2005:142).

En relación a este punto CARPIZO hace una distinción importante que resultará muy útil a efecto de definir el contexto en el que se presenta la propuesta desarrollada en esta investigación; pues identifica las democracias actuales en América Latina, clasificándolas en tres grupos flexibles (con características comunes entre los grupos): así existen países en los que funcionan adecuadamente las instituciones (con un adecuado balance de poderes y respeto por los derechos humanos, así como preocupación y algunos resultados positivos en la lucha contra la pobreza y la desigualdad social); países en los que si bien cuentan con instituciones, éstas funcionan deficientemente, pues el respeto a los derechos humanos no es pleno, y aunque no existe una política de Estado para su violación, los esfuerzos del Estado para contrarrestar aquel déficit es insuficiente; finalmente, países en los que si bien las autoridades son elegidas democráticamente, pero: a) el poder ejecutivo prevalece sobre los otros poderes, b) la oposición política es perseguida, c) la autoridades instauran una política de desprecio por los derechos humanos; d) Sus partidos políticos en su mayoría, no cuentan con una tradición política; e) Se ataca constante a las libertades, en especial a los medios de comunicación críticos del régimen; f) Sus líderes recurren a sus bases sociales para

governar, en desmedro de las instituciones, g) Es casi imperceptible el control del poder hacia el ejecutivo. Este tipo de «democracias» generalmente justifican su accionar en políticas de lucha contra la corrupción, la pobreza y la desigualdad social, no obstante, cuando menos en la mayoría de ellos, si no es que en todos, la corrupción, la pobreza y la desigualdad social no han disminuido; características que no responden a ideologías políticas de derecha, centro o izquierda (CARPIZO 2010: 351-356).

Actualmente, continúa el citado autor, todos los gobiernos y corrientes políticas en América Latina se denominan «demócratas», por lo que presenta cinco indicadores para el análisis de las democracias latinoamericanas: Uno de carácter formal, consistente en la celebración de elecciones libres, objetivas, equitativas y periódicas; otros tres de carácter material: a) respeto y protección de los derechos humanos, fundamentalmente los de carácter civil y político; b) el papel que juega la oposición, y c) la desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos de éste; y un último de carácter social, que se refiere a la calidad de vida de los habitantes, considerando a su vez indicadores como la alimentación, trabajo, vivienda, esparcimiento, educación y protección a la salud,

Según el constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés, esta denominación debe expresar la conformación de un Estado que reúna las siguientes bases:

- Un concepto positivo de libertad (entendida esta como un real poder hacer del sujeto y no como un mero no impedir por parte del Estado);
- Un concepto más sustancial de igualdad de los habitantes (en particular en cuanto a igualdad de oportunidades);
- Una visión democrático – participativa, y no sólo democrático – representativa, del sistema político;
- Dignificación del trabajo y de los trabajadores
- Solidaridad como deber jurídico.

- Justicia social y un cierto rol activo del Estado para promover y, llegado el caso, asumir sus objetivos. (SAGUES 2001: 16-17)

La categoría de Estado Constitucional de Derecho surge de la crisis del Estado, de la soberanía y de la ley, que tiene como sustento valorativo en primer lugar la revalorización de la persona, de su dignidad y derechos inalienables, para lo cual surge como premisa fundamental el ejercicio del gobierno con sujeción a la constitución, cuya parte dogmática, abarcando las garantía jurisdiccionales, es anterior y superior al instrumento de gobierno; así como también la fuerza normativa, propia y directa de los valores, principios y normas incluidos en su texto y el bloque de constitucionalidad, lo que significaba el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de todas las personas, esto que en la práctica refleja la revalorización de la constitución como una norma jurídica de aplicación inmediata, a la cual está subordinada la ley (ordinaria), lo que a su vez exige un control para que ésta última se haga efectiva, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Parlamento, labor realizada esencialmente por los tribunales constitucionales, incorporados como una magistratura diferente a la judicatura ordinaria, pues se constituye en el “*guardián de la constitución*”, cuyo fin primordial es la protección de los derechos fundamentales de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías; en ello juega un papel fundamental el garantismo de un sistema que permita a las personas y a aquellos grupos que carecen de acceso, fácil y expedito a las acciones y recursos deducibles ante tribunales independientes e imparciales, que les permitan prevenir o rectificar las violaciones a sus derechos fundamentales con la finalidad de asegurar el ejercicio legítimo de sus derechos.

Es así como surge el llamado paradigma de la “*constitucionalización del ordenamiento jurídico*” que en términos de Ricardo Guastini, significa un proceso de transformación del ordenamiento impregnado por normas constitucionales (CEA 2005: 48-50); en este nuevo paradigma se advierte como elemento esencial la mayor independencia del derecho con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía, pues se entiende que ésta es la única

manera de hacer prevalecer la justicia, ya que de este modo, el gobierno (a través del derecho) se impone a la voluntad de quienes ostentan el poder en el Estado. Ello significa además que el derecho debe ser reinterpretado a la luz de la constitución, y a la vez el intérprete de la misma se hallará cada vez más libre para conjugar en armonía los derechos fundamentales en conflicto con la finalidad presente en todo valor, principio o precepto jurídico contenido en la Constitución y que han servido de inspiración al Poder Constituyente, es decir de la interpretación lógico formal, se avanza a la argumentación razonable y práctica, esto es una interpretación “ponderada” o “razonable” prioritariamente, antes que meramente de subsunción positivista.

Este paradigma ha irradiado a las más variadas disciplinas del ordenamiento jurídico, llegando a impregnar no solo a todas las actuaciones estatales, sino también a conductas particulares (aplicación transversal de los derechos fundamentales); sin embargo, a decir de Robert Alexy, debe evitarse no caer en la hegemonía del constitucionalismo, pues cuando éstos principios influyen en la interpretación del derecho privado con la finalidad de encontrar una justificación para apartarse de la ley, el juez tiene la obligación de examinar el derecho y determinar si está influido por el Derecho Constitucional, no olvidando que la autonomía de la voluntad privada que permite a los particulares la autorregulación de sus intereses, es también objeto de protección constitucional (CEA 2005: 52).

Lo anterior nos merece expresar como conclusión que es necesaria la autocontención o la prudencia que debe demostrar el Tribunal Constitucional ante las competencias ejercitadas por los demás órganos constitucionales en un estado democrático, teniendo en consideración que no existen respuestas universales y únicas frente a los casos, pues no existen casos totalmente idénticos a otros.

El “*Estado constitucional de derecho*” es también identificado con un **MODELO GARANTISTA**, el cual vincula tanto a los poderes públicos como

a los privados con el fin de garantizar la protección y tutela de los derechos fundamentales; el principal exponente de esta corriente es el profesor Luigi Ferrajoli, quien afirma que la ley además de ser condicionante está condicionada al respeto a los derechos fundamentales; así, *"el juez tiene a su cargo el control de la legalidad producida por los poderes públicos" y la legitimidad de la jurisdicción "viene dada por su sujeción a la Ley"*.

En esa línea de pensamiento, Ferrajoli ensaya una explicación al fenómeno de la corrupción política (mencionada frecuentemente por éstos días), lo que para él supone una "ruptura del paradigma del Estado de Derecho" y de la democracia, pues "comporta la lesión de todos los principios democráticos: la publicidad, la transparencia, la responsabilidad, la visibilidad del poder"; para él la finalidad de una Constitución no se reduce solo a reconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino además debe regular instituciones y procedimientos que garanticen su efectiva protección y exigibilidad; es decir, que sea una constitución garantista, implica también controlar las funciones de los poderes públicos, a fin de desterrar manifestaciones arbitrarias del mismo, no existiendo cabida para el "decisionismo judicial", pues en este sistema los jueces tienen la obligación de justificar adecuadamente sus decisiones, exigiéndoles una "motivación verdadera". (FERRAJOLI 1999: 180)

El NEOCONSTITUCIONALISMO, que ha permitido la consolidación de las constituciones contemporáneas, tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos 50 años; históricamente su antecedente más próximo data a partir de la dación de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y el papel que a partir de ellas desarrollan los Tribunales Constitucionales de países europeos como Alemania, Italia, Francia y España, irradiando posteriormente su influjo (a partir de la década del 90), hacia América Latina (por ejemplo, a Perú, con la Constitución de 1993 y la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional), a los ex países comunistas (por ejemplo, Hungría) y a otros estados como Sudáfrica, India y Turquía, por la importancia que van adquiriendo dentro de

ellos la Constitución como norma jurídica y los Tribunales Constitucionales como órganos que velan por asegurar su supremacía, especialmente mediante la tutela y el desarrollo de los derechos fundamentales por parte de los jueces constitucionales.

Los Tribunales Constitucionales tienen como función primordial no solo el control de constitucionalidad de las leyes sino, sobre todo, la defensa de los derechos fundamentales de la persona, la cual es garantizada materialmente por la Constitución. Siguiendo al catedrático y filósofo Robert Alexy:

“Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no solo está permitido sino también ordenado por la Constitución”. (ALEXI 1993: 257)

De acuerdo a la definición de GUASTINI, el neoconstitucionalismo es un proceso al término del cual el derecho es “impregnado” por la Constitución: *un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución que invade y condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, los comportamientos de los actores políticos así como de las relaciones sociales.* (GUASTINI 2001:124)

Este proceso, alude además a la necesidad de formular un ordenamiento jurídico válido en la medida en que sea concordante con la Constitución, lo que significa que todos los conflictos que deriven de la aplicación de dicho orden jurídico, deberán resolverse desde la Constitución misma (CASTILLO 2006: 137)

Siguiendo nuevamente a Güastini (GUASTINI 2001:125) desarrollaremos brevemente las principales condiciones del proceso de constitucionalización del derecho:

1) Los derechos fundamentales incorporados en una constitución rígida

Las constituciones rígidas son aquellas que presentan un procedimiento de modificación más agravado que cualquier otra norma, ello se explica porque la Constitución es la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, razón por la cual debe garantizarse que no sea pasible de modificación bajo cualquier supuesto, máxime si la validéz de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico dependen de ella, por ello su mayor fuerza vinculante. El grado de rigidez dependerá de la mayor o menor dificultad de modificación, así como de sus alcances.

2) Que la Constitución tenga prevista una garantía jurisdiccional

Esta garantía puede ser, a) abstracta o concreta, según recaiga sobre una norma o sobre un caso concreto –con efectos erga omnes o inter partes- b) a priori o a posteriori, según se materialice con anterioridad o posterioridad a la vigencia de una norma de menor jerarquía, o c) concentrada o difusa, según se haga por un órgano especializado (corte o tribunal constitucional) o faculte a todos los jueces, dentro del ámbito de su competencia.

3) Que la Constitución contemple un conjunto de normas tanto “programáticas” como “preceptivas”.

Pues en las constituciones modernas, el goce de los derechos y libertades contemplados en ellas, también dependen de la actuación estatal, lo que supone importantes erogaciones con cargo al presupuesto público; sin embargo respecto a éstos derechos sociales o “programáticos”, algunos consideran que no son mas que la consignación constitucional de aspiraciones políticas, por tanto reniegan de su naturaleza normativa.

Sin embargo, también se reconoce el carácter de norma superior que recae en la Constitución, el cual va más allá de su contenido o de la forma en que se encuentra redactada, por cuanto regula y condiciona la labor de las autoridades públicas y de los particulares, sin necesidad de que la normatidad legal lo prevea expresamente, esto significa que tiene una aplicación directa, lo que no excluye que los operadores jurídicos encargados de aplicarla deban esforzarse por hacer una interpretación razonable, un desarrollo legal y una ejecución presupuestal que permitan concretar los valores, principios y derechos que consagra en la mayor medida posible.

4) La “sobre interpretación” de la Constitución

Ello se entiende, desde el punto de vista que la Constitución, o la interpretación que se hace de ella, es frecuentemente utilizada para llenar las lagunas de sus propias disposiciones y del ordenamiento jurídico en general; lo que se explica porque todas las autoridades recurren a la Constitución y a su carácter vinculante directo para encontrar respaldo jurídico a sus actuaciones, lo que se justifica a partir del contenido de sus disposiciones que no pueden catalogarse específicamente como reglas, sino como principios, a partir de los que se deducen las más variadas consecuencias, más o menos acertadas, dependiendo de la calidad de la ponderación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar a las que se pretenda aplicar.

5) La aplicación transversal de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, con alcance a las relaciones entre particulares.

Porque el carácter vinculante de la Constitución no solo alcanza a las relaciones de los ciudadanos y los poderes públicos, sino además a las de los ciudadanos entre sí; pues si bien es cierto, inicialmente su finalidad fue la de limitar el poder público, dejando a los particulares la suficiente libertad

para autorregular sus relaciones; posteriormente fue irradiando gradualmente sus efectos hacia ellas, por lo que surge la necesidad de ir controlándolas, interviniendo activamente y dotándolas de un mayor sentido de justicia y equidad.

Así, se produce el traslado de una aplicación indirecta por medio de la interpretación conforme de normas infraconstitucionales -que desarrollan la Constitución- a una aplicación directa del texto constitucional en el ámbito privado, sin necesidad de normas de menor rango.

6) La interpretación adecuadora de las leyes.

Esta característica guarda relación directa con el Principio de Supremacía Constitucional que toda constitución contemporánea reconoce, lo que obliga a adecuar toda la normatividad del sistema jurídico (normas de inferior jerarquía) a su contenido, aceptando que es posible admitir distintas interpretaciones, pero no todas ellas son constitucionales, siendo únicamente las que sean conformes con la Constitución, las que son admitidas y sólo cuando no sea posible hacerlo, ella debería ser declarada inconstitucional por la autoridad competente o inaplicada por los diferentes operadores jurídicos.

7) La influencia de la Constitución sobre el debate político.

El valor de la Constitución como norma política es innegable, pues no solo estructura el poder en la sociedad, sino que además regula los procedimientos utilizados por los órganos políticos para dirimir conflictos, juzgar la discrecionalidad del legislador o justificar una actuación o decisión política.

Se advierte entonces que el proceso de constitucionalización del derecho supone una transición del imperio de la ley en su más amplio sentido, al imperio de los jueces, y de un derecho jurisprudencial en el que la certeza y

la seguridad jurídica que brindaban la ley y su aplicación ceden su lugar ante la discrecionalidad del juez de turno y su comprensión del derecho. (FERRAJOLI 1999: 5)

El estado constitucional se caracteriza por consagrar de manera expresa en la Constitución valores y principios que tiene a limitar la actividad creadora de derecho por el legislador, y de sujetar esta labor al control material del Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, el tránsito de un Estado fundado en la ley a uno basado en la Constitución no es homogéneo, es un proceso que supone un cambio fuerte en la cultura jurídica de la nación.

5. LA EXISTENCIA DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Como correspondencia de una cultura política-jurídica de un pueblo, sociedad o Estado, que entiende a la Constitución como norma suprema, surge la necesidad de contar con un órgano especializado que haga prevalecer sus disposiciones constitucionales. Así lo entiende Enrique Álvarez Conde al sostener que: “la existencia de un Tribunal Constitucional no es presupuesto para que la Constitución sea norma jurídica y más exactamente norma jurídica suprema, sino más bien una consecuencia de esa condición” (ÁLVAREZ 2003: 154). Por lo tanto, si se entiende por Constitución a la norma fundante y fuente germinadora de derecho, ella sería la única y primigenia norma vinculante sobre el resto de las normas jurídicas, abarcando además a los actos de gobierno que comprenden a todas las autoridades del Estado.

5.1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO:

La existencia de una norma por encima de las demás leyes origina la necesidad de crear un sistema que establezca y garantice esa ordenación

jerárquica en las relaciones entre ellas, considerando además la presencia de un órgano que permita determinar la constitucionalidad de las leyes y que declare la nulidad, o la no aplicación, de aquellas que vulneren la Constitución; y es en este escenario que surge la denominación de Justicia Constitucional como una forma de defensa de la Constitución; siendo así se entendería, en sentido amplio por justicia constitucional, “a toda confrontación sea quien fuere quien la realice, entre otras normas constitucionales (o consideradas tales) y otras normas (...)”; un enfrentamiento que se acompaña del poder de expulsar del ordenamiento jurídico las normas contrarias a la Constitución” (PEGORANO 1992: 20). Así lo ha establecido también Pablo Murillo de la Cueva, al señalar sobre la Justicia Constitucional:

“...Ha sido creada exprofeso para proteger de un modo directo la supremacía de la Constitución en la medida en que sus contenidos se dirigen, con independencia de la efectividad de las otras garantías, a asegurar una actuación y desarrollo constitucionales regulares, al tiempo que procuran integrar paulatinamente el orden fundamental, por medio de una interpretación dinámica del mismo, como cadena de actuación jurídica no solo actualiza el derecho, sino también vive la actualidad política social a través y por medio de la interpretación constitucional...”
(MURILLO 1981: 419)

Históricamente, la justicia constitucional es una construcción del constitucionalismo moderno; así luego de la Segunda Guerra Mundial, la presencia de tribunales constitucionales se ha consolidado en países de Europa, Asia, África y en otros estados. Así, Emmanuel Sieyès sostenía que:

“...Hemos de convenir, sin embargo, en que ningún poder, sea cual fuere, se ciñe siempre a los límites que la Constitución le prescribe [...]. Afirmando en consecuencia que ya resulta posible que los poderes públicos [...] se interfieran mutuamente, debe procurarse la inclusión en la Constitución social de un medio capaz de mediar tal desorden [...] el

medio que nosotros proponemos consiste en reclamar la delegación extraordinaria del poder constituyente. Una convención es, en efecto, el único Tribunal ante el que toda esa suerte de quejas puede ser presentada...” (FIX ZAMUDIO 1996: 121)

En sí, la justicia constitucional se origina históricamente como respuesta a la crisis generalizada del concepto de Constitución, colocando sobre la mesa la necesidad de establecer un adecuado y radical planteamiento sobre las funciones de la Constitución. No bastando un desarrollo silogístico, sino que la Constitución al ser *lex superior*, en caso de conflicto con una norma inferior, su criterio es el que prevalece. Es decir, [un Tribunal Constitucional] no solo es un mecanismo encargado de introducir coherencia en la vida jurídica del Estado; sino que además, su misión consistirá en convertirse en guardián de la Constitución (DE LA VEGA 2004: 299-300).

Bajo este contexto, su nacimiento- en un sentido procedimental- se gestaría en el “nuevo continente”, en los Estados Unidos de América en 1803, con la famosa sentencia del caso Marbury vs Madison dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que se ha convertido desde entonces en la máxima expresión de análisis del conflicto constitucional. AHUMADA RUIZ ha indicado que, en la parte resolutive de la sentencia, el *Chief Justice John Marshall* expresó:

“...Esta fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier Ley que contradiga o, por el contrario, el legislativo puede modificar la Constitución a través de una ley cualquiera. Entre esas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un derecho superior, principal, e inmodificable a través de mecanismos ordinarios o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda Ley es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo...”
(AHUMADA 2005: 38)

Desde entonces la Constitución goza de rigidez y supremacía dentro del ordenamiento jurídico norteamericano. Sin embargo, esta supremacía fue limitada en Europa posteriormente (luego de 1920), conforme a lo anotado precedentemente.

La justicia constitucional entonces se caracteriza porque su misión es defender la Constitución, quedando establecida la diferencia doctrinaria entre Constitución y Tribunal Constitucional, así como también su importancia en el Estado Constitucional de Derecho, en tanto una *“Constitución sin Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados, es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido de poder”* (GARCIA 2001: 186).

Ésta se encarga además de velar por la protección de los derechos fundamentales de las personas y el sistema democrático; de cuidar, mediante los Tribunales Constitucionales, el mantenimiento del núcleo duro de los derechos fundamentales a fin de garantizar en condiciones de igualdad la Constitución; de garantizar el Principio de Supremacía Constitucional, considerándolo como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho; en ese sentido, VAN DER MEERSCH ha señalado: “no existe Estado de Derecho sin Tribunal Constitucional” (MONROY 2004:4)

Finalmente, es un poder de cierre del propio sistema. En esencia, como escribe MORA, la justicia constitucional es concebida como el *“conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental”* (MORA 1996:25-26).

En conclusión, en el Estado Democrático de Derecho se hace necesaria y fundamental contar con la existencia de la justicia constitucional para el

control del poder y la previsión del dictado de leyes en contra de la Constitución. Así, Hans Kelsen ha indicado respecto a la finalidad de la Justicia Constitucional:

Asegurar la elaboración constitucional de las leyes y en particular su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría [...] Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional puede constituir, en manos de la minoría, que no es menos peligrosa para la paz social de la minoría. (KELSEN 1998: 152)

De esta manera, la justicia constitucional tiene naturaleza política y jurídica por cuanto no solo resuelve conflictos constitucionales, en tanto su mayor importancia es sin lugar a dudas el de velar la supremacía de la norma constitucional; sino que también le compete el control de los actos de gobiernos que tengan relevancia para la vida política y social del Estado. Por otra parte, la justicia constitucional otorga legitimidad al modelo de Estado, pues su sola presencia garantiza los derechos fundamentales contenidos en la *lex legum*; considerando además que, el texto constitucional es una *lex inmutabile*.

5.1.1. La Importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado Constitucional de Derecho:

La defensa de la Constitución ha mostrado a lo largo de la historia diferentes modalidades, las mismas que se encuentran relacionadas con la concepción organizativa de los poderes públicos, las normas específicas de tutela de la misma o de los institutos que la caracterizan, y la determinación de órganos dotados de funciones específicas de garantía, pudiendo confiarse a un órgano político o a órganos judiciales.

El fundamento del otorgamiento de la justicia constitucional a un órgano político parte de la noción de superioridad del examinador de la

constitucionalidad de la ley respecto a la misma ley; por lo que, dicha función no podría ser asignada a un juez, por cuanto su misión es juzgar según la ley, pero no el juzgar las leyes. Así, el control constitucional es preventivo, al implicar una comprobación de la constitucionalidad dentro del sistema procedimental de aprobación de la ley.

No obstante, cabe indicar que la protección de la Constitución confiada a órganos judiciales es el más común en los sistemas jurídicos, considerándose que los jueces son los únicos competentes para cumplir esta misión. Así, para GOIG MARTÍNEZ esta predominancia se sustenta en tres fundamentos: i) La identidad de la contrastación, ya que la actuación judicial implica la contrastación de un hecho con una norma, estando en la capacidad de realizar el mismo ejercicio lógico entre una norma y una ley de rango constitucional; ii) La imparcialidad judicial; y, iii) Las ventajas que ofrece el procedimiento judicial con sus principios de publicidad, contradicción y garantía (GOIG 2014: 167).

De esta manera, tanto en su origen, como los tribunales constitucionales contemporáneos, se caracterizan por preservar el equilibrio de poderes, por lo que persiguen como funciones: el control constitucional de las leyes (abstracto o en concreto), la resolución de conflictos constitucionales (de atribuciones y competencias), y la protección de los derechos fundamentales mediante los procesos constitucionales que conforman la llamada “jurisdicción de la libertad”, para lo cual realizan una interpretación privilegiada de las normas constitucionales generando precedentes que deben seguir no solo los mismos tribunales, sino además los órganos jurisdiccionales que conforman el Sistema de Administración de Justicia, máxime si el ordenamiento jurídico debe interpretarse según los principios y valores constitucionales interpretados por el respectivo Tribunal Constitucional.

Así, las razones que explican la existencia de los tribunales constitucionales son básicamente tres: Primero, por el cambio de la

supremacía de ley por la supremacía de la Constitución; en segundo lugar, por la relación entre control constitucional y la jurisdicción ordinaria; y finalmente, porque la existencia de tribunales constitucionales no es contraria a la separación de poderes. Cada una de ellas se explica con un poco más de detalle a continuación:

a) El cambio de la supremacía de la ley por la supremacía de la Constitución.

Los tribunales constitucionales se explican dentro del Estado Constitucional que privilegia la Constitución por sobre la ley; así, a decir de Louis FAVOREU, en el Estado liberal de Derecho se sacralizó la ley.

La sacralización de la ley es una primera explicación. A partir de la Revolución de 1789, a lo largo del siglo XIX y a comienzos del XX, el dogma rousseauiano de la inefabilidad de la ley se impone y difícilmente se discute. El reino del derecho es el reino de la ley. [...] El concepto de legitimidad [...] coincide con el de legalidad, es decir, con la conformidad de las actividades públicas y privadas a las leyes votadas por el Parlamento. El “derecho” (jus, law, diritto, derecho, Recht) se identifica cada vez más estrechamente con las leyes del Parlamento (Lex, statute, legge, ley, Gesetz). (FAVOREU 1984:)

Indudablemente hoy la Constitución prevalece sobre la ley, y en tanto su carácter de norma suprema, requiere de la existencia de un órgano que defienda su integridad y supremacía.

b) El control constitucional y la jurisdicción ordinaria.

Mauro Cappelletti, citado por Monroy Cabra (MONROY 2004: 95) indicaba que los jueces de la Europa continental, como magistrados de “carrera”, estaban poco adaptados para cumplir la labor de control de las leyes, tarea que es inevitablemente creadora y que implica un mayor esfuerzo que el de sólo interpretar y servir al ordenamiento jurídico. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente de su núcleo central, esto es la Declaración de los Derechos Fundamentales

o “Bill of Rights”, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias, por requerir de una aproximación que se conjuga mal con la tradicional “debilidad y timidez” del juez según el modelo continental.

Si bien es cierto, en algunos Estados la jurisdicción ordinaria ejerce este control constitucional, la tendencia actual, es que los Estados creen tribunales constitucionales, como órganos especializados, autónomos e independientes que se encarguen del control jurisdiccional y de la protección de los derechos fundamentales.

c) La existencia de tribunales constitucionales no es contraria a la separación de poderes.

Conforme ya ha sido expresado, dada su naturaleza de norma jurídica y política a la vez, la garantía de la Constitución viene dada en la posibilidad de anulación de los actos que sean contrarios a ella, facultad atribuida al órgano encargado de declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución, esto es el Tribunal Constitucional, la misma que según Kelsen, no podía ser asignada al Congreso, pues a pesar de su atribución de creador libre del derecho (en teoría), se necesitaba de un órgano diferente e independiente de él, a quien le competa la anulación de los actos inconstitucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional. (KELSEN 1974: 45); por ello no se viola el principio de la separación de poderes, cuando éstos actúan como “legisladores negativos” determinados exclusivamente por la Constitución.

Los tribunales constitucionales que existen en Estados dotados de régimen parlamentario (Alemania, Italia, España, Bélgica), semi parlamentario (Francia, Austria, Portugal) o presidencial (Estados Unidos de América, Colombia, Perú, Ecuador, Guatemala, etcétera).

Los tribunales constitucionales representan un poder independiente de los demás poderes del Estado, aunque la designación de los jueces constitucionales sea realizada por autoridades políticas, su esencia es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, que tienen la

competencia de hacer justicia con autoridad de cosa juzgada y producir declaraciones de inconstitucionalidad con efectos erga omnes.

Contar con una jurisdicción constitucional es de suma trascendencia para la democracia constitucional, que irradia garantía en el Estado de Derecho Constitucional, pero más importante y a veces imposible de cumplir es la independencia del Tribunal Constitucional, y con ello la independencia del juez constitucional. En ese sentido se expresa el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Néstor Pedro Sagués: “[...] *la separación y la independencia entre el órgano de control y el órgano controlado no es cosa únicamente de normas, sino también de costumbres y prácticas constitucionales*” (SAGÜES 1989: 33).

5.1.2. La Justicia Constitucional y la Judicatura Ordinaria

El sistema de Justicia Constitucional adquiere una posición particular dentro del sistema político-constitucional de un Estado, ello se entiende desde que la jurisdicción constitucional es asumida no solo y exclusivamente por un órgano autónomo encargado de la protección de los derechos fundamentales de las personas y del sistema democrático - Tribunal Constitucional- sino también por la jurisdicción ordinaria; ello sin desconocer que ambas están dotadas de todas las garantías de independencia judicial y que desarrollan una actividad típicamente jurisdiccional; sin embargo, la distinción se hace notoria cuando en cumplimiento de sus atribuciones entran en el terreno de lo político, pues la política es dinámica, sino que va acomodándose a las cambiantes condiciones reales de la vida; en cambio, el derecho, en su estructura esencial fundamental, es estático, pretendiendo sujetar y controlar las fuerzas vitales que intentan constantemente expresarse e imponerse dentro del campo político (FERRER MC-GREGOR; ZALDÍVAR LELO 2008: 653-661)

Para cierto sector de la doctrina constitucional, la relación entre justicia constitucional y judicatura ordinaria puede llegar a ser conflictiva, la misma

que se expresa en varios aspectos de la actividad de la jurisdicción constitucional, por ejemplo, cuando las instancias políticas, al pretenden configurar la vida social en un sentido creador, adoptan posturas críticas, cuando no contrarias, frente a los controles constitucionales basados en procedimientos judiciales y en valores jurídicos, inspirados en el bien común. De dicha relación conflictual se identifican rasgos especiales característicos del proceso constitucional en relación con el proceso judicial ordinario; a decir, el primero se basa en el principio inquisitivo, conforme con el cual el juez actúa de oficio para el esclarecimiento del conflicto, siendo obligación estricta del Tribunal investigar por su cuenta la realidad objetiva, entre tanto el segundo, se basa en un principio de rogación; razón que explica porque en algunos casos el Tribunal va más allá de las pruebas aportadas por las partes; y así al examinar por ejemplo, la constitucionalidad de una determinada ley, debe estudiar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles, incluso cuando éstos no fueran alegados; siendo así, sus sentencias adquieren -en la mayoría de casos- el carácter de una declaración general de principios, superando así el de una mera decisión en un caso concreto y tomando el carácter de una verdadera norma general obligatoria para los poderes públicos, es así como se concibe en abstracto el procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán por ejemplo.

El Tribunal Constitucional Federal es competente para solucionar las controversias con respecto al contenido de las normas constitucionales por su interpretación definitiva y autoritativa. Los Tribunales ordinarios, por otra parte, ejercen el Poder Judicial en las diferentes materias del derecho ordinario. Según el artículo 95 de la Ley Fundamental, la jurisdicción de los tribunales en Alemania está dividida en cinco ramas, la jurisdicción ordinaria (que se extiende a los asuntos de derecho civil y de derecho penal), administrativa, financiera, laboral y social. En cada rama existe un tribunal federal superior como tribunal de revisión. Su función como tribunal de revisión es asegurar la unidad de la aplicación del derecho federal dentro del ámbito de su competencia respectiva. En la instancia de revisión del procedimiento judicial son elaborados criterios generales para la decisión de

futuros casos concretos. Esta actividad de los tribunales de revisión se debe al hecho de que las leyes no sólo son más o menos incompletas en relación con el caso concreto, sino que incluso en relación con su normativa general pueden presentar lagunas (GROTE 2005: 765-766).

Que duda cabe entonces, que tanto los tribunales ordinarios como como los otros poderes públicos, se someten a la Constitución del Estado, norma fundante en la que se justifica su misión de interpretación y aplicación del derecho a casos concretos; ello por cuanto la protección y garantía de los derechos fundamentales es una exigencia transversal en los distintos ámbitos del sistema estatal, y así lo prevé expresamente nuestra Constitución Política en su artículo primero, al indicar como fin supremo de la sociedad y del Estado a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; siendo así cumplen un papel de primer rango en la protección de los derechos fundamentales, controlando la constitucionalidad de las leyes.

Llegado a este punto, es indudable que la justicia constitucional se materializa en función al modelo de jurisdicción constitucional previsto para un estado en particular, lo que pone de manifiesto cuestiones como las fricciones entre la judicatura ordinaria y los jueces constitucionales, o como la de la posibilidad de limitar la labor del juez constitucional más allá de su autorrestricción; ello se explica porque la relación entre “ambas justicias” presenta dos aspectos: uno procesal y el otro sustantivo, el primero se refiere a los instrumentos procesales (procesos) a disposición del Tribunal Constitucional para intervenir en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios (procesos de Amparo y Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales); mientras que el segundo hace referencia a la función de control de la constitucionalidad de las leyes que son objeto de aplicación por el tribunal ordinario; este aspecto sustantivo tiene relación directa con los sistemas de control de la constitucionalidad de las normas que más adelante detallaremos como parte de las competencias atribuidas a todo Tribunal Constitucional.

Cabe hacer mención que en el aspecto procesal al que se ha hecho referencia, existen muestras palpables de la relación conflictual con la justicia ordinaria, pues esta competencia ha colocado - muchas veces - al Tribunal Constitucional como una instancia de “superrevisión” con respecto a los tribunales ordinarios que decide de nuevo sobre la determinación y valoración de los hechos; esta problemática ha merecido pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en una sentencia relativa a la delimitación de sus competencias:

Los tribunales tienen que tener en cuenta para la interpretación y aplicación del derecho ordinario.... los criterios valorativos contenidos en los derechos fundamentales. Si un tribunal desconoce esos criterios estaría violando el contenido normativo de los derechos fundamentales respectivos. Su sentencia podrá ser anulada por el Tribunal Constitucional Federal en el marco de un recurso de amparo por inconstitucionalidad... De otra parte, ni la importancia del recurso de amparo ni las funciones especiales del Tribunal Constitucional justificarían una comprensiva revisión posterior de las sentencias judiciales con el motivo que una decisión ilegal afectaría también los derechos fundamentales de la parte interesada, La organización del procedimiento, la fijación y valoración de los hechos probados, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso concreto son (...) en principio cuestión exclusiva de los tribunales penales y el control posterior por el Tribunal Constitucional Federal está excluido, a menos que haya sido lesionado el derecho constitucional específico (véase BVERFGE 1,418[420]). No se considera, por tanto, que se ha violado el derecho constitucional específico cuando una sentencia es objetivamente errónea desde el punto de vista del derecho ordinario; el error debe recaer directamente en el desconocimiento de los derechos fundamentales.”
(GROTE 2005: 770)

En esa línea de argumento, llegamos a la conclusión que en lo concerniente a la delimitación de competencias del Tribunal Constitucional frente a la justicia ordinaria, en la práctica constituye una distinción entre problemas de interpretación, de ponderación y de apreciación de los

hechos, contexto en el cual este último aspecto al igual que la apreciación de las pruebas, pertenecen al ámbito de la competencia autónoma de los tribunales ordinarios por cuanto éstos están en mejor posición (dada su proximidad al asunto) para garantizar los derechos de los justiciables.

Como parte de la relación indudable entre la justicia constitucional y la ordinaria, un punto indiscutible versa respecto a la vinculatoriedad de los fallos constitucionales, pues de manera ordinaria, las decisiones judiciales emitidas sobre casos concretos, no presentan una fuerza jurídica vinculante más allá del alcance para las partes involucradas, en cambio, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional poseen dicho carácter no solo en el caso de la emisión de precedentes vinculantes (conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), sino además cuando se interpreta o aplica una ley o toda norma con rango de ley y los reglamentos, exigencia que implica que los tribunales ordinarios decidan conforme a la interpretación y principios constitucionales expuestos por el Tribunal Constitucional en sus resoluciones.

Un situación similar se presenta en el sistema de justicia constitucional en Alemania, al interior del cual si bien las decisiones judiciales tampoco tienen un alcance vinculante general, las decisiones de los tribunales federales de revisión, si despliegan un efecto práctico vinculante a través de la elaboración de criterios generales a fin de servir de orientación para los tribunales inferiores en la decisión de futuros casos, pero es el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán, que le confieren un alcance sobre todos los órganos constitucionales (tribunales y autoridades estatales), como expresión procesal de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

Manifestación de lo anteriormente expuesto, son algunos pronunciamientos que el Tribunal Constitucional peruano ha emitido con carácter de precedente vinculante, destinados por un lado a redistribuir la carga procesal asumida entre este organismo autónomo y la justicia ordinaria, y

por otro, ejercer un control de las resoluciones judiciales; sobre este último punto, la admisibilidad del control hoy es compartida de manera casi uniforme por la doctrina constitucional, siempre y cuando tales decisiones emanen de un proceso irregular en donde no se respeten el Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva.

Al respecto, Eloy Espinoza- Saldaña Barrera, afirma:

“...Rápidamente puede apreciarse que, aun cuando dentro de los parámetros de la tesis admisorio moderada, gracias a lo expuesto, y a la consagración de un amparo alternativo y no residual, se contaba con un escenario bastante grande no solamente para iniciar procesos constitucionales, sino sobre todo para canalizar la revisión de las resoluciones de la judicatura ordinaria (resoluciones que no tenían que ser sentencias o resoluciones que hubiesen quedado firmes) por los jueces constitucionales en el Perú, ya sea mediante Amparo, o eventualmente a través del Hábeas Corpus si con las vulneraciones al Debido Proceso en sede judicial se estaba afectando también a la libertad personal . De hecho, y por lo menos hasta antes de la dación del Código Procesal Constitucional, en un escenario bastante abierto para la procedencia de Hábeas Corpus y Amparos, alrededor del setenta por ciento de éstos procesos eran iniciados por justiciables contra resoluciones judiciales que asumían como violatorias de sus derechos...” (ESPINOZA- SALDAÑA 2009: 529-530).

Es en este contexto también que nuestro Tribunal Constitucional, de manera intencional, introdujo importantes modificaciones en el tratamiento de amparos contra resoluciones judiciales, así como también en procesos de amparos instaurados contra resoluciones emitidas en un proceso de amparo (amparo contra amparo), lo que no ha hecho más que poner de manifiesto su preocupación por racionalizar el ejercicio de los procesos constitucionales y la relación entre la judicatura ordinaria y los jueces constitucionales.

Que dicho conflicto se ha hecho palpable a través de diversas resoluciones, hasta el punto de afirmar una supuesta superioridad

jerárquica sobre el Poder Judicial, no sólo porque los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, al parecer, colocan al juez ordinario como cualquier otro funcionario o servidor público, en la obligación de cumplir los precedentes establecidos por el Tribunal, al extremo de interpretar que aquellos magistrados que los desconozcan, incurrir en conducta funcional sancionable mediante proceso administrativo disciplinario; sino además porque dicha posición ha sido directamente evidenciada en el no menos conocido proceso competencial iniciado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo peruano contra el Poder Judicial, propiciando un clima de enfrentamiento que motivó una importante discusión – por lo menos jurídica- en su oportunidad.

En nuestro país la relación entre el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria se ha manifestado a través de dos líneas de acción: por un lado reconduciendo los trámites de procesos constitucionales hacia medios ordinarios de tutela, promoviendo así la exclusividad del conocimiento de ciertos temas que antes se verificaban ante el Tribunal Constitucional; por otro lado, efectuando control constitucional de las resoluciones judiciales, se ha extendido sus competencias sobre temas que merecían tratamiento exclusivo de los órganos jurisdiccionales; respecto a la primera línea (y en calidad de precedentes vinculantes) tenemos a los casos “Anicama Hernández” (1417-2005-AA/TC), “Maximiliano Villanueva Valverde” (0168-2005/PC7TC) y César Baylon Flores”(0206-2005-PA/TC); ahora, respecto a la segunda (control de resoluciones judiciales) se tienen casos como el de “Municipalidad Provincial de San Pablo” (3846-2004-PA/TC), “Apolonia Ccollcca” y “Dirección Regional de Pesquería de la Libertad” (4853-2004-PA/TC), así como en el proceso competencial seguido por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial (006-2006-CC/TC).

No cabe duda que la relación anteriormente aludida ha pasado por un proceso en el que progresivamente se fue consolidando un escenario favorable al control ejercido por los Tribunales Constitucionales, tal y conforme sucedió en el Perú en la primera década del siglo XXI, el cual

admitía incluso el cuestionamiento de resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada a través de los distintos procesos constitucionales, lo que en un primer momento generó innumerables críticas por considerar dicha intromisión como un atentado a la independencia y a la autonomía del Poder Judicial, principios que deben preservarse en todo Estado Constitucional de Derecho; justificando su intervención en la autonomía de los órganos jurisdiccionales a partir de la realización de tres exámenes, esto es el de razonabilidad (evaluando la relevancia del proceso judicial ordinario a fin de determinar si la resolución vulnera el derecho fundamental invocado), de coherencia (precisando si el acto lesivo alegado, se encuentra directamente vinculado con el proceso o decisión judicial impugnada) y finalmente el de suficiencia (determinando la intensidad del control necesario para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario) (ESPINOZA- SALDAÑA 2009: 538-541).

En suma, la revisión de las resoluciones judiciales por parte de la justicia constitucional siempre ha entrañado un riesgo de proceder sin bases objetivas en el cumplimiento de sus atribuciones, pues aparentemente son los propios jueces constitucionales los que finalmente decidirán cuales casos son revisables y bajo qué circunstancias, hecho que ha merecido distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano a efectos de justificar dicha revisión haciendo uso con relativa facilidad de los procesos constitucionales, creando espacios nuevos de discusión sobre lo ya decidido; ello se hace palpable en resoluciones expedidas en distintos casos como el de Dirección Regional de Pesquería de la Libertad (Exp. 483-2004-PA/TC) emitida en el marco de un proceso de amparo en el que se solicita dejar sin efecto una sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que había declarado improcedente una demanda de amparo interpuesta contra sentencias emitidas en su momento por la Segunda Sala Civil del Distrito Judicial de la Libertad y el Primer Juzgado Especializado Civil de Trujillo, en el que el máximo intérprete de la Constitución consagró nuevas pautas de procedencia del amparo contra amparo, modificando sus propios criterios

expuestos en anteriores precedentes (caso “Municipalidad Provincial de San Pablo” y “Apolonia Ccollecca”), recurriendo para ello a los criterios y principios de interpretación constitucional denominados concordancia práctica y corrección funcional, así como a la doble dimensión y finalidad de los derechos fundamentales. Al respecto Espinoza- Saldaña expone:

“...Con lo resuelto en este caso, prácticamente cualquier resolución judicial era pasible de ser impugnada ante un juez constitucional o de ser anulada por uno de estos magistrados (as), quienes sin duda contaban con un amplio margen de acción para sumir esa competencia, y aparentemente casi sin ninguna restricción, lo cual debe motivarnos múltiples reflexiones...”
(ESPINOZA- SALDAÑA 2009: 543).

Posteriormente fueron emitidas otras sentencias importantes que, bajo la misma línea, continúan reflejando las constantes fricciones con el Poder Judicial, nos referimos a los casos “Teodorico Bernabé Montoya” y “Provias Nacional”, ambos relacionados a la admisión de procesos constitucionales instaurados a partir del cuestionamiento de resoluciones judiciales emitidas también en procesos constitucionales, los que fueron aprovechados por el Tribunal Constitucional para posicionarse ante la judicatura ordinaria quedando habilitado en la práctica para revisar cualquier sentencia judicial; hecho que ha merecido retomar el debate de si es conveniente el establecimiento de límites concretos al accionar de cualquier juez constitucional (independientemente de si es o no parte del Tribunal Constitucional), más allá de lo que podría lograrse con su autorestricción, debiendo tomarse en cuenta algunos factores como la percepción de lo que implica concebirlas como autoridades con atribuciones jurisdiccionales, debiendo actuar con racionalidad (conforme a las reglas de la coherencia lógica y respeto a principios lógicos como los de no contradicción o tercio excluyente), respetando parámetros de razonabilidad, entendida como interdicción de la arbitrariedad, actuación conforme con fines lícitos (o al menos no prohibidos por el ordenamiento jurídico vigente) y respeto a medios proporcionales o adecuados (analizando el caso bajo los sub

principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), siendo respetuosos del principio de corrección funcional, esto es ciñéndose a las atribuciones asignadas en su condición de órgano constitucional autónomo de conformidad con el ordenamiento jurídico y las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos, no actuando en función a juicios de calidad y/o de oportunidad, sino en mérito al respeto de los derechos, deberes y competencias comprendidas dentro de éstos parámetros; resolviendo en función a las pretensiones que se le presentan, pudiendo suplir quejas deficientes siempre y cuando ello no involucre desconocer una mínima congruencia personal; ello en tanto y en cuanto, dentro de un Estado Constitucional de Derecho deben prevalecer presupuestos básicos como el de la limitación del poder, traducido en una repartición de competencias inspirada por una perspectiva de corrección funcional con el debido respeto a la supremacía constitucional y al reconocimiento y tutela de los Derechos Fundamentales; contexto a partir del cual, el rol que cumple en el Tribunal (como supremo intérprete de la Constitución), no lo faculta directamente a operar como un superior jerárquico de otras instituciones no subordinadas funcionalmente a él, asumir lo contrario implicaría adoptar una postura sin sustento constitucional, incluso contraria a la limitación de poder propia de todo Estado Constitucional de Derecho.

5.2. LA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

Al concebirse casi universalmente a la Constitución como una norma jurídica y política, la legitimidad de la justicia constitucional vendría a ser consecuencia de un poder político organizado y constitucionalizado; por ende la existencia de una justicia constitucional en el Estado es una garantía del control de ese poder, pues aquella está facultada para cuestionar la misma legitimidad democrática basándose en los fundamentos más profundos sobre los que se construye la propia democracia; es una legitimidad de índole institucional, a diferencia de la legitimidad con la que cuenta un juez constitucional, y se sustenta en el sometimiento de toda la normatividad jurídica al control constitucional,

función que en nuestro sistema jurídico no solo es atribución del Tribunal Constitucional, sino además de los jueces ordinarios a través del control constitucional difuso. Existen dos consideraciones esenciales que la explican: por un lado el hecho de que la sociedad decide formarse como Estado: *pactum societatis* (pacto en que se decide la creación estatal) y por otro, el *pactum subjectionis* (como fundamento de la sumisión al poder político, con los subsiguientes derecho y obligación entre pueblo y Estado). La legitimidad tiene coherencia funcional jurídica y política con la legalidad; así también el constitucionalista mexicano, Enrique SERRANO GÓMEZ expresa que:

“...La legitimidad del Estado moderno se basa en su legalidad. Sin embargo, la legalidad implica algo más que la concordancia del poder estatal con un orden jurídico vigente. La legalidad solo puede generar legitimidad si se supone ya la legitimidad del orden jurídico. La noción de legitimidad implica que ese orden jurídico es reconocido como válido que, de hecho, es utilizado por los miembros de la sociedad para coordinar sus acciones...” (SERRANO 1994:277)

Por su parte, la legitimidad de la justicia constitucional, en tanto la Constitución se reconoce también como norma política, se materializa también cuando el juez constitucional realiza una motivación detallada y explicada en principios – como el de la ponderación- que trasciendan la apreciación singular del caso al momento de emitir sus sentencias, pues de ésta manera su decisión trasciende del ámbito estrictamente judicial al ámbito social, en tanto el juez constitucional no es un mero intérprete antojadizo de la constitución, sino que además cumple un papel importante en la democracia constitucional; ello nos permite establecer una notoria diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, pues la trascendencia de la segunda vincula incluso a nivel internacional, en el entendido en que si bien las decisiones del Tribunal Constitucional agotan la jurisdicción ordinaria, éstas pueden ser llevadas a organismos internacionales cuando se trata de la defensa de los derechos fundamentales.

“...El TC tiene como función primordial no solo el control de constitucionalidad de las leyes, sino creemos que lo más trascendente para estar legitimado es la defensa de los derechos fundamentales de la persona, la misma que es garantizada materialmente por la Constitución...” (PEREZ 2008: 369)

Considerando a la Constitución como la norma primigenia, suprema y fundamental, ello presupone que su interpretación sea ajena a discursos arbitrarios, siendo la discrecionalidad, en tal caso, un modo de elasticidad constitucionalmente permisiva para el propio texto.

Otro de los puntos importantes para analizar es el impacto que ésta [legitimidad constitucional] ha tenido en el sistema de fuentes, pues implica la interpretación del texto constitucional; entendida ésta como la atribución del significado a uno o varios textos o términos en la Constitución con el fin de obtener una decisión fundada en Derecho a un problema concreto, considerando además que su técnica interpretativa no puede ser la misma que la del resto de ramas del Derecho, pues no solo parte de un estatuto jurídico de lo político, sino que también la Constitución tiene una naturaleza distinta a las leyes. (ALZAGA 1997: 76-77).

5.2.1. La Legitimidad del Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho

Se considera que la legitimidad del Tribunal Constitucional se encuentra en garantizar los derechos fundamentales alrededor de la Constitución, por lo que, éstas garantías deben descansar además en otros parámetros, tales como la modulación del derecho. Por ello, de gran importancia es la acotación que hace el profesor Giancarlo ROLLA al expresar que:

“...donde existe una madura experiencia de justicia constitucional, la presencia de tribunales constitucionales no se pone ya en discusión: la atención se dirige, en todo caso, sobre la exigencia de corregir aspectos singulares del procedimiento o bien introducir innovaciones en las

competencias y en la composición del órgano. La discusión, en otras palabras, no versa sobre la esencia del control de constitucionalidad, sino sobre los concretos modos de funcionamiento; la hipótesis de reforma tiene por objeto perfiles bien delimitados. Sobre todo, es útil puntualizar que dichas hipótesis aspiran, preferentemente, a acentuar los caracteres de autonomía y profesionalidad de los Tribunales Constitucionales y a mejorar los aspectos jurisdiccionales de los procedimientos más que a limitar su autonomía en las relaciones con el poder político...” (ROLLA 2002: 361)

5.2.2. Críticas a la existencia de los Tribunales Constitucionales

Una de las principales críticas estriba alrededor de la naturaleza soberana de la justicia constitucional, que a pesar de controlar los actos u omisiones vulneratorios de derechos constitucionales en que incurren los poderes públicos, también está subordinada a la Constitución como lo están ellos; así también se cuestiona que la justicia constitucional usurpa la función legislativa del Congreso; sin embargo, si bien éstos tribunales están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una ley, y al hacerlo asumen el papel de legislador negativo, ello se sustenta en el Principio de Supremacía de la Constitución, establecida en todas las Cartas Fundamentales.

Por otro lado, se critica también que los tribunales constitucionales favorecen la inseguridad jurídica, dejando de lado el papel que la justicia constitucional desarrolla en el Estado Constitucional de Derecho, esto es el de ser el máximo protector de los derechos fundamentales y libertades públicas del ciudadano.

Otra de las críticas a la justicia constitucional versa en torno a su naturaleza política; recordando en esa línea lo expuesto por Schmitt, quien en 1929, haciendo eco de la afirmación de Guizot afirmaba que : “*La justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar*”; sin embargo, esta crítica no es exacta, ya que todas las decisiones de los tribunales

constitucionales deben tomarse con criterios y metodología jurídica independientemente de la naturaleza de los conflictos.

Por último, algunos afirman que la justicia constitucional carece de legitimidad, pues la elección de los miembros que conforman los tribunales no es directa, ya que en la mayoría de las Constituciones está previsto que los magistrados, en todo o en parte, sean elegidos por el Congreso; no obstante ello no puede objetarse que éstos tribunales provienen de la legitimidad popular, tan igual que los demás órganos en el Estado, incluido el Parlamento.

Por lo expuesto, estamos en condición de concluir que las críticas formuladas contra los tribunales constitucionales, carecen de fundamentos.

6. NATURALEZA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

Toda la polémica sobre los Tribunales Constitucionales versa siempre sobre las mismas dos cuestiones bien conocidas; por una parte, la tensión que se genera entre política y derecho, la cual se pone de manifiesto cuando los graves problemas políticos se someten a la decisión del Tribunal para ser resueltos bajo criterios y métodos de una decisión judicial, lo que motiva a reflexionar sobre la naturaleza de éste órgano constitucional, es decir si se trata de un órgano jurisdiccional o político que decide políticamente haciendo uso de sentencias; y antes aún si es que los problemas políticos (considerando en esta categoría a todos aquellos conflictos sometidos a una gran presión social) son susceptibles de judicializarse o de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos. Es un hecho que la historia demuestra que los Tribunales Constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero *amending power*, esto es, un poder de enmendar o revisar la Constitución, o al menos de complementarla, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención del constituyente. Entonces no resulta banal la cuestión a analizar, esto es identificando cuál es la fuente

de su poder y su legitimidad democrática, y si esa fuente es tan importante, que es capaz de imponerse a la voluntad del legislativo, verdadera expresión de la voluntad popular.

Si bien los tribunales constitucionales, desde un punto de vista jurídico, se pueden concebir como órganos estrictamente judiciales, también se debe considerar que *“la cuestión de la composición no puede plantearse de manera neutral, ya que, habida cuenta de la repercusión de sus decisiones, el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política. [...] toda jurisdicción constitucional, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tiene un carácter político, pues si no, no se trata de una verdadera jurisdicción constitucional”* (FAVOREU 1984: 21-22).

A partir de ello, sobre su naturaleza se han presentado doctrinariamente varias teorías, algunos autores como Tesauro y Lavagna afirman la naturaleza jurisdiccional, otros como Calamandrei, Kelsen y Villari sostienen su cariz legislativo; y unos pocos, la naturaleza administrativa: Balladore y Pallieri; sin embargo, parte de la doctrina (Mortati, Martinres y Cheli) hace hincapié en que son órganos de justicia política.

El problema sustantivo en la justicia constitucional, entonces radica en definir si se conviene o no en reconocerle el carácter de norma jurídica a la Constitución; si ello no fuese posible, ésta sería concebida solo como un compromiso ocasional de grupos políticos, factible de ser sustituida en cualquier momento por ellos, lo que se traduce en una incitación positiva al cambio constitucional, por la vía del cual cada grupo intentará mejorar sus posiciones y, si le resulta posible, eliminar a sus competidores.

En cambio, si se acepta la naturaleza jurídica de la Constitución, ésta ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad en la que se organiza el Estado, desde esta perspectiva, ella será considerada como el estatuto básico de la vida común, lo que requiere necesariamente definir los límites al poder en relación a los ciudadanos, o en otros términos, los

derechos que éstos gozan.

Siendo así, no cabe duda que el Tribunal Constitucional, como intérprete privilegiado de la constitución, debe prever las consecuencias políticas de sus decisiones, y para hacerlo deberá tomar en cuenta los parámetros que la propia constitución establece tratando de construir un derecho más justo a través de la interpretación jurídica, controlando la constitucionalidad de las leyes, o incluso de la propia constitución, a partir de los principios fundamentales propuestos en ella o en aquellos de naturaleza supra constitucional, pues ello no es solo una facultad, sino además su deber.

La necesidad de que el juez constitucional (Tribunal Constitucional) sopesa las consecuencias prácticas (políticas) de la decisión que está llamado a dictar, se expresan en un trabajo de Otto Bachoff. “*el juez constitucional entre el Derecho y la política*”; en el que ha formulado matices importantes, que la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y por sus criterios de fondo.

El conflicto de intereses que debe afrontar el juez constitucional, dice BACHOFF, es frecuentemente contrario a los que comúnmente enfrenta el juez ordinario; pues para este último el tema de fondo pasa por dilucidar el conflicto entre la fidelidad a la Ley y la justicia en el caso concreto, esto es de la justicia individual frente a la Ley; en tanto que para el juez constitucional, la situación es frecuentemente la contraria: una situación en que la norma a pesar de satisfacer la justicia individual, amenaza en sus consecuencias con lesionar los valores generales del ordenamiento, es decir el conflicto se ubica en el enfrentamiento entre el mandato jurídico y la racionalidad o la necesidad políticas, entre el rigor de la norma y la exigencia del bien general. (BACHOFF 2008:19-24). Ello encuentra asidero al verificar que algunas sentencias del juez constitucional tienen efectos vinculantes generales o fuerza de Ley (en nuestro país éstas reciben el nombre de precedentes vinculantes y cuyo sustento normativo está previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional aprobado por Ley 28237), dichos fallos pueden generar (como así lo han hecho en nuestro país) perjuicios no sólo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas sentencias son “políticamente inexactas o falsas” (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera”. Así, pues, *“más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias sobre su sentencia, el juez constitucional ni puede ni debe tratar de llegar a una construcción jurídica más o menos consistente partiendo de un resultado preconcebido”*; *“El juez constitucional puede y debe enjuiciar con la mirada fija en los efectos de su decisión si allí donde el summum ius parece conducir a la summa iniuria no se trata en verdad solamente de una investigación del ius cuya indagación adecuada y completa debe conducir a una corrección de los resultados “injustos”, “dañosos para el bien común”, “falsos políticamente”. No fuera, sino dentro del ordenamiento jurídico debe buscarse la ayuda»* (ORTIZ 2016: 39).

Es precisamente a partir de esta función que el juez constitucional busca dar solución a los casos en base a la Constitución, entendida no solo como norma política, sino fundamentalmente jurídica, pues al entenderla como un instrumento jurídico, es pasible de interpretación por el Tribunal Constitucional; y si ello no fuera así, la interpretación sobre la misma estaría ligada al partido que ostenta el poder, y por ende impone sus designios por simple prevalencia fáctica, cabría el riesgo de ser un instrumento utilizado por algunos grupos políticos frente a otros.

Consideramos que el Tribunal Constitucional al cumplir también una función política sigue vinculado al derecho, y ello no solo pasa en nuestro sistema de justicia constitucional, pues incluso la Corte Suprema americana hace política a través de la judicial review.

Al instalarse la justicia constitucional en el Estado Constitucional de Derecho, nace una nueva área, que antes había sido dejada al arbitrio y

capricho de los políticos, y que ahora hace extensivo sus efectos a todos los ciudadanos a partir de considerar a la Constitución como una norma jurídica efectiva, que articula a todos los elementos básicos del orden político y social, siendo además capaz de funcionar normativamente como pieza fundamental de todo el ordenamiento jurídico.

A modo de conclusión podemos mencionar que el Tribunal Constitucional, en el ámbito político desarrolla una triple función, creando las cuestiones jurídico- constitucionales; luego fortaleciendo las bases de nuestra existencia política, permitiendo a los ciudadanos vivir en un Estado de Derecho, además de garantizar su dignidad y libertad, finalmente, lucha por los derechos y los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.

Cabe mencionar en este punto, la famosa “Polémica Schmitt- Kelsen sobre el guardián de la constitución, pues como es sabido, el jurista austriaco concibió la creación de un Tribunal Constitucional llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico - constitucionales, dejando de lado los conflictos e intereses en torno a las normas enjuiciadas de cara a su aplicación en los casos en concreto, pues nació como un tribunal que controla la constitucionalidad en abstracto de las normas, atribución de la que se concluye un evidente divorcio con la jurisdicción ordinaria; naturaleza que posteriormente sería adoptada por el Tribunal Constitucional Español creado en el año 1980, sin embargo dicha abstracción parece inaplicable en contextos actuales, máxime cuando ejerce sus competencias en los procesos constitucionales de la libertad, pues la importancia de estas garantías constitucionales (principalmente los procesos de Amparo y Hábeas Corpus) radica justamente en la posibilidad de enjuiciamiento de un acto de los poderes públicos a la luz de una norma constitucional valiéndose del método de la interpretación, pero siempre garantizando la autonomía propia del Parlamento, eliminando interpretaciones que resulten intolerables de cara al texto constitucional.

Actualmente la naturaleza de los tribunales constitucionales influenciados por el modelo kelseniano, especialmente en los casos español y peruano, marcan una evidente distancia que encuentra una expresión directa en los procesos de inconstitucionalidad, en los cuales, no podemos negar que se irroga funciones legislativas, no solo como legislador negativo expulsando del ordenamiento jurídico a las normas que contravienen la constitución sea en su forma como en el fondo, sino además cuando en otros procesos constitucionales (en los que si bien aparentemente no legisla y se comporta como un juez que aplica las normas a casos en concreto), genera precedentes que vinculan tanto a los órganos jurisdiccionales como a todos los poderes del estado; así, las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional ostentan prácticamente fuerza legislativa, operando directamente sobre el ordenamiento jurídico, atribución que en opinión de Marina GASCÓN, le permite ejercer un poder en cierto modo exorbitante:

“... a diferencia del juez ordinario, no solo puede enjuiciar leyes, sino que el fundamento jurídico de sus sentencias representa una forma de legislación; pero al mismo tiempo, a diferencia del legislador, que tan solo dicta enunciados normativos, el Tribunal se comporta como un verdadero juez, esto es, interpreta y argumenta. Si puede decirse así, la justicia constitucional dicta sentencias con la fuerza de las leyes y leyes con fuerza y el alcance interpretativo de las sentencias. Todo lo cual parece bastante lejano de la idea de Kelsen, donde las sentencias padecían las limitaciones de las leyes, dado que no podían interpretar, en el sentido de aplicar normas a casos, y donde las leyes negativas padecían todas las limitaciones de las sentencias, dado que no podían innovar positivamente el ordenamiento jurídico” (GASCON 1994: 75-76).

Partiendo de ello, la justificación para la autolimitación del tribunal constitucional, estriba en su función primordial de sostener la efectividad del sistema constitucional, por lo que – al menos inicialmente- no es admisible que éste facultado para su configuración, menos aún para impedir su cambio, pues la facultad de efectuarlo es propia del Poder Constituyente, al cual le debe su origen; siendo, por ende, un límite

infranqueable de la justicia constitucional, a partir del cual, si bien está autorizado a la revisión de la constitución, ésta tiene que hacerse por los cauces que las técnicas de rigidez constitucional le reservan.

En esa línea de pensamiento QUARITCH, ha señalado que “el Tribunal Constitucional constituye un fuero de especialistas cuya legitimidad deviene del propio pueblo soberano que aparece para controlar a los otros órganos del Estado, estableciendo la obligatoriedad de observar las competencias que la Constitución les asigna, argumento que ya fuese usado por la *Supreme Court* en el caso *Marbury and Madison*”. No obstante, a partir de ello, dicho tribunal (intérprete privilegiado y, por tanto, supuestamente no controlado, de la Constitución), vendría limitado por la Constitución misma, idea especialmente difundida en Norteamérica. Como anotaría FRANKFURTER, “*el pueblo ha sido enseñado a creer que cuando el Tribunal Supremo habla no son los jueces quienes hablan, sino la Constitución*”; pero ese yerro se nutre aún de la afirmación que el Tribunal Constitucional está sólo vinculado como parámetro de sus decisiones por la Constitución, por la propia función que le asigna; en tal sentido, “....*el elemento determinante de su jurisdicción es el poder constituyente del pueblo...*”, del cual vendría a ser un comisionado directo, pero esa cualidad es justamente propia de los órganos constitucionales en estricto sentido, esto es la de su creación inmediata por la Constitución y, por tanto, la de encontrar en ésta (esto es, en la objetivación de la voluntad constituyente) sus funciones y su pauta normativa (GARCIA DE ENTERRIA 2014: 39-131) Desde esta perspectiva, comprendemos que tanto la designación como la regulación en específico del Tribunal Constitucional, expresan la voluntad constituyente de reducir su papel a una función materialmente jurisdiccional y no política, ello con la finalidad de vincularla a la interpretación y aplicación de una norma previa: la Constitución, es allí en donde radica la soberanía, entendida en su sentido clásico de poder libre, radical e incondicionado (no en el parcial de poderes concretos distribuidos a los órganos superiores por la constitución), por ello es evidente que el Tribunal Constitucional no controla al Poder Constituyente, estando más bien

sometido a ese poder.

Para PÉREZ ROYO las características de los tribunales constitucionales son: i) Órgano único, en el cual se concreta la interpretación definitiva y vinculante de la Constitución; ii) Órgano jurisdiccional, externo al Poder Judicial; iii) Ejerce el control constitucional de las leyes como competencia básica; iv) Asume competencias adicionales sobre la protección de los derechos fundamentales, la distribución territorial del poder y la división de poderes (PEREZ 2000: 925).

De lo expuesto concluimos que la naturaleza del Tribunal Constitucional debe ser analizada en relación al rol desempeñado en un determinado contexto histórico, social y político, por lo que su desarrollo y evolución dentro de un Estado Constitucional de Derecho nos ayudará a comprender tanto sus funciones normativas (previstas en la constitución), así como aquellas que se han ido irrogando a través de su jurisprudencia.

6.1.NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:

Siguiendo la línea de argumento expuesta, para entender la naturaleza de nuestro Tribunal Constitucional, es necesario contextualizar su desarrollo desde sus orígenes que se remontan a la Constitución de 1979, aprobada por la Asamblea Constituyente, luego de la caída de una dictadura militar; lo que significó el retorno a la democracia representativa y por ende el restablecimiento del constitucionalismo influenciado fundamentalmente por la incorporación en las constituciones latinoamericanas de la protección de los derechos humanos y por el establecimiento de la llamada “economía social de mercado”.

Recordemos que la Constitución de 1979 estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales como organismo encargado del control de la constitución, función que desempeñó ejercitando su atribución de control

sobre las normas legales del Poder Legislativo y del Gobierno, así como de las resoluciones judiciales en materia de derechos fundamentales emitidas por el Poder Judicial; dichas facultades también son atribuidas hoy al Tribunal Constitucional, sin embargo su vigencia se extendió hasta el 05 de abril de 1992, fecha en la cual fue clausurado, y a pesar que la década en la que desarrolló funciones (1982-1992) la realidad de los derechos y libertades en el Perú, se caracterizó por la frecuente violación de los derechos humanos debido al accionar de grupos subversivos en nuestro país como Sendero Luminoso y el MRTA, así como la acción represiva ilegal (en su mayoría) de las Fuerzas Armadas; y además por la profunda crisis económica, social e institucional que fomentaba despidos laborales y la arbitrariedad de las autoridades públicas y privadas, su producción (sentencias emitidas en materia de derechos fundamentales) fue escasa, equivalente a 576 recursos casatorios en las acciones de amparo y sobre todo de los hábeas corpus. (LANDA 2011: 14-15).

Aunque, existen explicaciones procesales o institucionales que justifican la escasa presencia del aludido órgano constitucional (escaso ejercicio cívico de los ciudadanos en la defensa de sus derechos, la falta de legitimidad en el sistema judicial y la desconfianza ciudadana), lo más preocupante es que dicho tribunal de garantías, desestimó la mayoría de los recursos casatorios contra las resoluciones denegatorias de la Corte Suprema en materia de hábeas corpus y amparo, poniendo en evidencia su desinterés por la justicia constitucional.

El Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1993, ha sido considerado en el esquema constitucional de separación de poderes como el intérprete privilegiado de la Constitución, confiándosele la defensa del principio de supremacía constitucional, además de la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos; tiene competencias para resolver en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias en los procesos constitucionales de la libertad (Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento); sin embargo, durante su vigencia ha mostrado

evidencias de falta de independencia y de “aparente” abuso de sus competencias y atribuciones, asumiendo en ocasiones facultades de control político y de sometimiento de los distintos organismos del sistema judicial, creando -en ocasiones- un ambiente de inestabilidad y de fricción entre los poderes del estado.

Este Tribunal configurado con la oposición de la mayoría fujimorista de ese entonces, fue instalado en 1995 y el partido de gobierno, fiel a su estilo de no tolerar «pesos y contrapesos» en el ejercicio del poder, no tardó mucho tiempo defenestrarlo en 1997, destituyendo a los tres magistrados que habían optado por no someterse al régimen: Delia Revoredo Marsano, Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry; así, aun cuando el Tribunal Constitucional siguió funcionando, quedó claramente disminuido y desacreditado.

Solo con la caída del régimen fujimorista y el inicio de la transición democrática bajo la Presidencia de Valentín Paniagua en el 2001, inició su recuperación con el retorno de los tres magistrados arbitrariamente destituidos; en mayo del 2002 el Congreso, mediante Resolución Legislativa N° 017-2001-CR, designó a cuatro nuevos magistrados como miembros del TC: Javier Alva Orlandini, Víctor García Toma, Magdiel Gonzales Ojeda y Juan Bardelli Lartirigoyen, ello permitió contar con una nueva conformación del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia ha constituido un elemento decisivo para “reinterpretar” los alcances de la Constitución de 1993 (ABAD 2010: 81).

A partir de ese momento el Tribunal Constitucional puso en marcha una rápida y fructífera recuperación institucional.

Actualmente el Tribunal Constitucional está conformado por los magistrados Ernesto Blume Fortini, Eloy Espinoza-Saldaña Barrera, Marianella Ledesma Narváez, Manuel Miranda Canales, Carlos Ramos Núñez, José Luis Sardón de Taboada, elegidos por el Congreso de la

República en junio del 2014, y completado por Raúl Ferrero Costa quien reemplazó al magistrado Óscar Urviola, generación que según Samuel Abad, constituyó en su momento la esperanza de un cambio que deje atrás los errores del pasado y fortalezca su legitimidad "(ABAD 2016:83)

Dicha elección para los actuales magistrados no fue rápida, el Partido Popular Cristiano (PPC) propuso a Blume, Solidaridad Nacional hizo lo mismo con Ledesma y Espinoza-Saldaña y Fuerza Popular con Sardón; Ramos, en cambio, fue una propuesta multipartidaria.

El que contó con un mayor respaldo fue Miranda, actual presidente del tribunal, quien llegó a los 122 votos. Espinoza-Saldaña, que también tuvo el aval del partido de gobierno, obtuvo la votación más ajustada.

El último en ser elegido por el parlamento fue Augusto Ferrero Costa, en votación realizada el 01 de setiembre del 2017, designación que no estuvo exenta de críticas por la cercanía con el cardenal Juan Luis Cipriani.

Sardón por su parte, reconocido como liberal en temas económicos, ha sido vinculado con el fujimorismo debido a que su candidatura fue propuesta por la bancada de Fuerza Popular, aunque esto siempre ha sido rechazado por el mencionado magistrado.

Blume, no obstante haber militado en el partido Somos Perú, incluso habiéndose desempeñado como asesor legal del líder de este partido (Alberto Andrade) para la Alcaldía de Lima, es identificado con una posición de centro; sin embargo actualmente el anotado magistrado junto a Espinoza-Saldaña, son vinculados al centroizquierdismo, considerándose así éstas dos tendencias marcadas dentro del tribunal. (CASTAÑEDA 2017) Autores nacionales como ETO CRUZ, han precisado algunas consideraciones en relación a las funciones previstas para el Tribunal Constitucional en la Constitución Política de 1993 (artículo 201) dentro de un Estado Constitucional de Derecho, advirtiendo que su desarrollo

histórico en el Perú, ha influido en la determinación de una serie de características y funciones que lo identifican y que estructuran su naturaleza; así, en primer lugar, se le considera un poder constituyente constituido, siendo considerado como el supremo órgano de control e interpretación de constitucionalidad, encargándose de la acción hermenéutica e integradora, es decir, declara y establece el contenido de los valores, principios y normas contenidas en la Constitución; en segundo lugar, es autónomo e independiente, por cuanto el ejercicio de sus funciones y atribuciones no depende de ningún órgano constitucional; en tercer lugar, cumple una función de racionalizar el ejercicio del poder público y privado, mediante el cuidado del respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas; en cuarto lugar, cumple el deber de integrar los vacíos normativos, siendo reconocida su función normativa mediante el artículo 45° de la Constitución; y finalmente, cumple una función de componedor de conflictos sociales (ETO 2011: 125).

Landa Arroyo, por su parte, en atención a la posición particular que el Tribunal Constitucional Peruano ocupa en el esquema constitucional de división de poderes, le reconoce una naturaleza compleja, pues se puede caracterizar como un órgano constitucional y jurisdiccional a la vez, e inclusive para otros autores, tendría también la naturaleza de un órgano político. (LANDA 2011: 16-17).

6.1.1. El Tribunal Constitucional Peruano como órgano constitucional:

Precisar la naturaleza constitucional del Tribunal Constitucional peruano parece una redundancia, pues su creación se encuentra expresamente prevista en la Constitución (artículo 201), característica de la que gozan al menos la mayoría de tribunales y cortes constitucionales latinoamericanos; sin embargo, si bien su configuración viene dada directamente por la constitución, su composición, estructura y funcionamiento ha sido complementada tanto por el legislador a través de su Ley Orgánica, como

por él mismo a partir de su capacidad autonormativa; siendo así los elementos definitorios correspondientes con su naturaleza constitucional, según Acuña Chávez son los siguientes: (ACUÑA 2014: 14-15)

- Son creados directamente por la Constitución.
- No responden a una división funcional de poderes.
- No están jerarquizados, es decir, no prevalecen unos a otros.
- Son independientes unos de otros.
- Tienen funciones y competencias de cobertura nacional.
- Tienen autonomía normativa y autonomía funcional

Según CABALLERO OCHOA, los Tribunales constitucionales se caracterizan porque:

Son creados de manera expresa por el poder constituyente en la Constitución; son órganos técnicos altamente especializados; son independientes funcionalmente de los poderes del Estado; los titulares son elegidos o designados por los poderes públicos o residualmente por gremios o entidades privadas; gozan de autonomía administrativa, presupuestal y normativa, básicamente; los titulares gozan de prerrogativas e inmunidades para la determinación de sus responsabilidades; sostiene con los poderes y gobiernos descentralizados relaciones de coordinación; y, son entidades públicas con competencias de cobertura nacional. (CABALLERO 2000: 153)

Reconocer la naturaleza constitucional del Tribunal, implica a la vez reconocer su supremacía sobre otros órganos constituidos secundarios; citando a Carpizo, la supremacía de los órganos constituidos primarios se basa en que “(...) *los poderes constituidos creados por la constitución son: el poder revisor de ésta y el tribunal constitucional, donde ellos existan, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos. No obstante ellos no tienen la misma jerarquía constitucional (...) Todos son constituidos porque se crean en la constitución, pero los primarios gozan de una jerarquía superior respecto de los secundarios, debido a la naturaleza de sus funciones (...) en virtud de que pueden*

alterar su estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los pueden crear (...) El Tribunal Constitucional es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los poderes u otros órganos secundarios debido a que es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de jerarquía superior, el tribunal constitucional no podría revisar, declarar inválidos o anular los actos de los órganos secundarios” (CARPIZO 2009: 29-30).

6.1.2. El Tribunal Constitucional peruano como órgano jurisdiccional:

FERRER MAC-GREGOR define al Tribunal Constitucional como el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que desarrolla la función esencial y exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental (FERRER 2004:37); definición a partir de la cual se manifiesta su naturaleza jurisdiccional, lo cual no significa inmediatamente que forme parte de la estructura funcional del Poder Judicial, es más la propia constitución le reconoce autonomía con respecto a este poder del estado, con la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia.

La reconocida naturaleza jurisdiccional del Tribunal, se entiende -además- a partir del cumplimiento de sus atribuciones como órgano de control de la Constitución y de garante de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, objetivos que directamente le reconocen la función de administrar justicia constitucional extendiendo su jurisdicción a todo el territorio nacional para conocer, en única y exclusiva instancia, los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos competenciales, así como en última instancia las resoluciones denegatorias de los procesos constitucionales de la libertad.

Para PRIETO SANCHÍS, el Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional además de asumir un control de constitucionalidad, también asume el respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo sus límites. Sin embargo, ello no significa que la justicia

constitucional pueda considerarse como justicia análoga y paralela a la justicia ordinaria, sino que simplemente se considera como una vía a la defensa de los derechos fundamentales, conociendo toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca derechos; pero, sin capacidad de conocer los procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad (PRIETO 2003: 45-108).

Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, advierte seis razones que caracterizan dicha naturaleza (MONROY 2004: 23)

- La sujeción de su función a un método jurídico de interpretación
- El carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto a la actividad de conocimiento jurídico y de oportunidad política
- Su actuación que opera sólo a instancia de parte
- La vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio
- Los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional; y,
- Su posición de tercero súper partes.

6.1.3. El Tribunal Constitucional peruano como órgano político:

Nuestro Tribunal Constitucional, además de su naturaleza constitucional y jurisdiccional, cumple una función política que se sustenta en los posibles efectos políticos de sus decisiones, así como en la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas, especialmente al interior de sistemas democráticos débiles donde las tradicionales instituciones democráticas carecen de representatividad y de legitimidad, asumiendo entonces una posición de “solucionador” de conflictos entre los poderes del Estado.

Al respecto BOCANEGRA señala lo siguiente:

“...El papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios...” (BOCANEGRA 1981: 242)

Mucha de su jurisprudencia, es fiel expresión de ésta función política, máxime cuando ante la crisis de las instancias, las minorías políticas y sociales trasladan a sede constitucional la solución de sus litigios. Al respecto merece la pena mencionar una de las últimas manifestaciones de este ejercicio a través del proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la “bancada oficialista” Peruanos por el Cambio (PPK) contra la modificación al Reglamento del Congreso aprobada el 08 de marzo del 2018 sobre la moción de censura y la cuestión de confianza prevista en el artículo 86, literal e) de la cuestionada norma; proceso que se instaura en atención a que mediante dicha modificación a su reglamento interno, el Congreso de la República, con representación mayoritaria del partido político “Fuerza Popular”, pretendía que no se considere como "crisis total" del Gabinete Ministerial, en caso el presidente de la República ratifique a algunos de sus ministros, tras una censura o rechazo de confianza (situación que ya se había presentado cuando en el mes de setiembre del 2017, el mismo Congreso había rechazado la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo de Ministros de aquel entonces, Fernando Zavala, produciéndose así la crisis total del gabinete que presidía y que posteriormente sería recompuesto por el Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, ratificando a algunos de sus ministros; mandatario que luego renunciase a dicha magistratura nacional por el escándalo de corrupción que la prensa nacional peruana ha denominado “mamanivideos”); dicha modificación comprendía también que una cuestión de confianza no procede cuando se promueva o impida la aprobación de

una norma o procedimiento de control político (situación que también se presentó ante una segunda solicitud sobre cuestión de confianza de fecha 18 de setiembre del año 2018, mediante la cual el Gabinete Ministerial encabezado por César Villanueva, antes del pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional, buscaba la aprobación de los dictámenes para las cuatro reformas constitucionales relacionadas con la reforma del Consejo Nacional de la Magistratura, el financiamiento de las organizaciones políticas, la reelección inmediata de parlamentarios y la bicameralidad en el Congreso de la República, las mismas que fueran planteadas por el actual Presidente Constitucional, Martín Vizcarra, durante el discurso presidencial anunciado el 28 de julio de aquel año; así mismo para la aprobación de un referéndum con el objetivo de lograr la aceptación popular de dichas reformas, evitándose una segunda crisis total del gabinete con la aprobación en su totalidad de la cuestión de confianza planteada, lo que habría originado eventualmente el cierre del Congreso de la República y la convocatoria a nuevas elecciones); así como también cuando se produzca una interpelación o censura de algún ministro.

Como es sabido, con fecha 06 de noviembre del 2018, el Tribunal Constitucional declaró -por unanimidad de sus miembros- fundado el proceso de inconstitucionalidad interpuesto, interpretando que el Congreso peruano había excedido la facultad de autorregularse que le otorga la Constitución, pues dicha atribución es para materias propias de su funcionamiento, no para regular y restringir competencias constitucionales propias del Presidente de la República y de los Ministros de Estado; sin embargo, aun habiéndose ya resuelto dicho conflicto, con fecha 03 de diciembre del 2018, y estando próximo a realizarse el referéndum (09 de diciembre), los parlamentarios Juan Sheput y Patricia Donayre, presentaron un “pedido” ante Tribunal Constitucional a fin de que se retire de la consulta lo relacionado a la cuestión de confianza en la pregunta sobre la bicameralidad, argumentando que de aprobarse ésta en los términos siguientes: *“¿Aprueba la reforma constitucional que establece la bicameralidad en el Congreso de la República?”*, se legitimaría la

modificación de los artículos 132, 133 y 134 de la Constitución, relacionados con las reglas de la cuestión de confianza, la disolución del Congreso de la República y la facultad del presidente de nombrar ministros, cambios que atentan contra del “núcleo duro” de la estructura constitucional como Estado Democrático, lo que sería inconstitucional pues atenta contra la separación de poderes y limita las facultades del Poder Ejecutivo, además de contravenir expresamente la decisión emitida en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto.

No obstante su reconocida competencia de control del sistema constitucional en un Estado de Derecho, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano no siempre han sido acatados por los representantes de las organizaciones políticas, pues casi siempre han reaccionado frente a la anulación o revisión de sus medidas en sede constitucional, incluso llegando a plantearse proyectos de ley con la única finalidad de recortar sus facultades en materia de interpretación constitucional, buscando eliminar su atribución de “supremo intérprete de la Constitución”, prevista en su Ley Orgánica, a fin de impedirle dictar sentencias interpretativas; es el caso del Proyecto de Ley N° 14321/2005-CR presentado por el ex congresista Antero Flores- Aráoz, que si bien no logró un dictamen favorable en la Comisión de Constitución, fue el motivo para abrir un debate público acerca de los límites del Tribunal Constitucional en relación con otros poderes.

Finalmente, concordamos con la opinión vertida por Acuña Chávez (ACUÑA 2014: 23) al considerar que el Tribunal Constitucional peruano carece de una naturaleza política en sentido estricto, pues el ejercicio del control constitucional sobre casos que generan connotaciones político-jurídicas ha generado una confusión, ya que si bien muchas de sus sentencias generan impactos en la vida política, no por ello debemos concluir que el control realizado sea de ésta naturaleza.

7. MISIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

Los tribunales constitucionales tienen como misión principal la defensa de la Constitución; así lo expresó Kelsen en su famoso ensayo de 1928 sobre la jurisdicción constitucional:

“Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico (...) Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria” (KELSEN 1974: 510)

Pero para que sea realmente una garantía, esta declaratoria de inconstitucionalidad debe ser realizada por un órgano completamente diferente e independiente del que produjo la norma inconstitucional.

La segunda misión es la de defender los derechos fundamentales de la persona, declarando su existencia – precisamente delimitando su contenido constitucionalmente protegido- así como adoptando mecanismos eficientes para su protección como lo son los procesos constitucionales de la libertad (amparo, cumplimiento, habeas data y habeas corpus).

SMEND, citado por Monroy Cabra, asigna a los tribunales constitucionales una triple tarea: la primera referida a la creación de un orden en un Estado Constitucional de Derecho, al interior del cual solo le es posible a una auténtica justicia independiente del más alto rango, cumplir dicho objetivo; en segundo lugar, está el fortalecer las bases de nuestra existencia política, que nos permite experimentar a todos los ciudadanos, un verdadero Estado de Derecho de nuestra comunidad y la dignidad garantizada de ciudadanos libres; finalmente, lucha por el imperio de los derechos y los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la

tierra (MONROY 2004: 30).

Lo anterior no hace más que sustentar, lo que ha venido a identificarse como una tercera misión, aunque consideramos que es precisamente el sustento que faculta al Tribunal Constitucional a cumplir las dos anteriormente descritas, es decir, el control del ejercicio del poder del Estado, convirtiéndolo en un verdadero defensor del régimen democrático en un Estado Constitucional de Derecho; lo cual en buena medida nos conduce a la disyuntiva, de afirmar o negar la posibilidad de controlar al controlador; y de ser admisible dicho control, como es que éste se materializa.

8. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

Garantizar la justicia constitucional surge como una necesidad a partir del desarrollo de un Estado Constitucional de Derecho, y ello originó a su vez la existencia de la “jurisdicción constitucional”, la cual se explicará a continuación.

Partiendo de la necesidad de limitar los poderes del legislador, se pueden identificar dos modelos clásicos de Jurisdicción Constitucional: Americano y Austriaco; aunque el desarrollo de dichos sistemas en el transcurso del tiempo ha provocado múltiples modificaciones y confluencias entre ellos, por lo que, en la actualidad ninguno de los sistemas se aplica en su forma pura; su configuración inicial resulta un buen punto de partida para el análisis de la Jurisdicción Constitucional.

8.1. MODELO AMERICANO:

El modelo americano necesitó apoyarse en la teoría general de las constituciones escritas, en la interpretación que el Tribunal Supremo hacía del texto de 1787, y en la mutación constitucional, por cuanto no se encuentra amparado taxativamente en la Constitución Americana. Así, este

sistema se caracteriza porque la declaración de inconstitucionalidad: i) Es realizada por todos los jueces (modelo de carácter difuso), aunque el Tribunal Supremo uniformiza los criterios al analizar las decisiones en vías de apelación; ii) Sólo puede plantearse en vía de excepción y a través de un litigio principal; iii) No supone la nulidad de la norma; iv) Sus efectos son particulares, por cuanto solo implica la inaplicación de la norma al caso en concreto.

8.2. EL MODELO AUSTRIACO O KELSENIANO:

Se encuentra definido por cuatro elementos: i) La existencia de un tribunal especial único (régimen de control concentrado), fundamentado en la naturaleza delicada y especial del examen de la constitucionalidad, estableciendo parámetros especiales para la organización del órgano encargado de hacerlo; ii) La posibilidad de acudir al tribunal por vía de acción, pero con limitaciones en la legitimación; iii) Nulidad absoluta de la ley declarada inconstitucional, considerando que puede ser total o parcial, conforme a los presupuestos inconstitucionales encontrados en la norma. iv) La jurisdicción constitucional pretende garantizar la supremacía de la constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento. v) La rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad (análisis en abstracto), es decir realiza fundamentalmente un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos, pues para este modelo la Constitución es ante todo una norma organizativa y procedimental cuyo objeto consiste en regular la producción de normas generales y que puede- hasta cierto punto- condicionar el contenido de éstas. vi) La separación rigurosa de los problemas de legalidad y de constitucionalidad, pues su función, más que fijar la mejor interpretación de cada precepto constitucional, es la de tan solo eliminar aquellas que resulten intolerables, preservando la validez de la ley cuando de su texto se puede extraer una interpretación adecuada a la constitución. vii) Efectos “*erga omnes*” de la declaración de inconstitucionalidad, cumpliendo así el Tribunal una función de legislador negativo.

Un tercer modelo, con menor difusión y aplicabilidad en los países con sistemas constitucionales democráticos, es el denominado **modelo francés**, o también denominado sistema de control exclusivo, por cuanto le es atribuido a un órgano político el cual lo ejecuta después del procedimiento legislativo correspondiente y antes de la entrada en vigencia de la norma, con ella se evita introducir normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico, y se pronuncia respecto a la compatibilidad de las leyes dadas por los órganos del Estado con la Constitución, es un sistema en el que se aprecia una extrema desconfianza hacia los jueces, a quienes les prohíbe enjuiciar la constitucionalidad de las leyes.

De esta manera, la función que cumple la jurisdicción constitucional según Francisco RUBIO LLORENTE es: *“aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder”* (RUBIO 1998: 156). Además de la vigencia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana como consecuencia de su dignidad. Este hecho permite decir que la persona humana se encuentra en medio de la jurisdicción constitucional y la Constitución, abrigada de juridicidad por ambas partes; por lo que se entendería por jurisdicción constitucional, al conjunto de normas, órganos y procesos que tienen por finalidad garantizar la plena vigencia de la Constitución.

En el constitucionalismo moderno existen principios básicos sobre limitación del poder, tutela de derechos fundamentales y reconocimiento de la supremacía de aquel instrumento normativo básico, sustento de todo el ordenamiento jurídico de cualquier Estado de Derecho que se precie de serlo, y al cual conocemos con el nombre genérico de Constitución.

Ahora bien, en todo texto constitucional se presentan algunos rasgos específicos, y es que actualmente cualquier Constitución no solamente reconoce los derechos que consideramos fundamentales dentro de un Estado determinado, o se limita a recoger la estructura básica del aparato

estatal de un país estableciendo las pautas distinguidas como centrales para limitar el ejercicio del poder político al pueblo ubicado dentro de un determinado territorio; sino que también, establecen aquellos parámetros sobre la base de los cuales se solucionarían jurídicamente los diferentes conflictos políticos y socio económicos, que pudiesen presentarse en un país. Es más, allí incluso se esbozará el proyecto de sociedad al cual todo el pueblo de aquel Estado quisiera estar.

En ese escenario la jurisdicción constitucional aunada a la existencia de Tribunales o Cortes Constitucionales, según CARPIZO, es el mejor sistema – aunque - no infalible – creado, cuya finalidad es resguardar la supremacía de la norma constitucional, para la defensa de los derechos humanos y el control de los demás poderes del Estado (CARPIZO 2009: 11). En suma, el sistema creado por la jurisdicción constitucional es el mejor defensor del orden constitucional y democrático.

Así, el Tribunal Constitucional, al realizar el control entre el texto legal y la norma suprema, realiza un juicio de valor; configurándose como la actividad fundamental juzgadora que cumplen los tribunales constitucionales. En tal sentido, sostenía Hans FALLER que la función de los Tribunales Constitucionales:

No consiste en legislar, sino en juzgar. Incluso cuando el pronunciamiento del Tribunal posea fuerza de ley, trátase de un acto de jurisdicción y no de uno legislativo. De esto surgen límites inmanentes para toda su actividad jurisdiccional de ámbito constitucional. Sus decisiones tienen que estar referidas al parámetro de una norma constitucional escrita o no escrita. Con esto se toca el punto neurálgico de la jurisdicción constitucional. (FALLER 1979: 55)

Podemos entender que fruto de la actividad del TC se robustece la democracia constitucional, por lo que la Constitución como fuente y Carta Jurídica Suprema requiere que la justicia constitucional, a través del control constitucional, cobre relevancia para el Estado y la sociedad en general.

Así lo entiende el profesor italiano de la Universidad de Roma Alfonso CELOTTO, al sostener que:

En la realidad multiforme de los sistemas de justicia constitucional, es importante observar cómo la presencia de una corte constitucional ad hoc constituye una variable importante incluso en una óptica global de las formas de estado y de gobierno de una nación. Encomendar en un único sujeto, adecuadamente especializado, la tarea de interpretar y aplicar la Constitución implica sustraer la misma de las tendencias y orientaciones de la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios, las cuales discrepan bastante una con otras. Un monopolio de este tipo atribuye inevitablemente a la Corte Constitucional un significativo peso político como custodio de la Constitución. (CELLOTO 2005:16)

De modo que, una verdadera democracia constitucional exigirá en primer lugar, la existencia de una jurisdicción constitucional que haga factible el control de las leyes, suprimiendo así la imagen de que el legislador es la expresión de la voluntad popular.

Esta percepción de la jurisdicción constitucional como un promotor del consenso social, ha sido reconocida inclusive por el propio Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 000005-2005-CC/TC (caso Banco Central de Reserva del Perú) donde establece en su Fundamento Jurídico N° 59 que: *“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De ahí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”*. De esta manera, el mismo Tribunal Constitucional se concibe como una institución de diálogo social y de construcción pacífica

de la sociedad plural, reforzando ello mediante el Fundamento Jurídico N° 3 y 7 del Expediente N° 00048-2004-AI (caso “Ley de Regalías Mineras”)

9. EL JUEZ CONSTITUCIONAL.

El juez constitucional juega un papel importante en el sistema de fuentes en un Estado Constitucional de Derecho, máxime si sus fallos deben encuadrarse en la Constitución, norma que constituye sus sustento primigenio y que además goza de un carácter supremo y vinculante; por ello su labor implica la reconstrucción del derecho a través de sus decisiones; en ese orden de ideas escribe la colombiana Natalia BERNAL CANO; el juez constitucional “[...] realiza una actividad objetiva de comparación de las normas inferiores sometidas a control respecto a la Constitución; con mayor razón, cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de los individuos contra los excesos del legislador.” (BERNAL 2008:10)

Como sostenía el destacado constitucionalista mexicano Jorge CARPIZO, el juez constitucional tiene *“una particular sensibilidad para poder percatarse del significado de la norma constitucional, que tiene características diferentes de la ordinaria, porque posee una jerarquía superior, tiene una protección especial...”* (CARPIZO 1995: 809). De esta manera, la esencia, virtud y exigencia del juez constitucional es estar cargado de moralidad constitucional, de sensibilidad humana, nutrido de los principios y valores constitucionales.

9.1. LA LEGITIMIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL:

La legitimidad es un factor fundamental en el juez constitucional, pues es el mediador de la democracia, razón por la cual sus decisiones constitucionales deben estar ajenas de arbitrariedad. Esta mediación constriñe a las partes en el proceso, entre otros, a justificar en el lenguaje común y también en forma jurídica su comportamiento, a decidir su

situación, a verbalizar su pretensión.

Asimismo, el juez constitucional tiene a la Constitución como parámetro de actuación, siendo que este límite es impuesto por el poder constituyente, transmitido por medio de la Constitución, con el fin de decidir el derecho correctamente. Para que el juez constitucional, en su actuar, esté alejado de arbitrariedad, en principio debe ser imparcial e independiente, teniendo como marco a la propia constitución, reconociéndola como la más alta jerarquía de normas en el Estado. Su libre desarrollo tiene que ser reflejo de la constitución, de manera que su razonamiento, motivación y decisión ante un caso de controversia constitucional debe garantizar el funcionamiento por el cual fue creado.

De esta manera, cuenta con discrecionalidad para decidir la cuestión litigiosa constitucional llevada a conocimiento, pero ello de ningún modo significa que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, que juzgue lo que le plazca o en favor de tal consigna política. Una decisión constitucional será arbitraria en la medida que vaya contra el sentido de la Constitución. Si se trata de brindar justicia acorde con el derecho vivo, cualquier sea su jurisdicción, debe obedecer a que sea acorde con la norma superior. Ello implica “[...] *que los jueces y en general los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma.*” (DE OTTO y PARDO 1987:76).

Para el caso de nuestro país y a pesar de las constantes críticas, la legitimidad del Tribunal Constitucional en estos últimos años se ha ido consolidando por varios factores: sus propias sentencias, las cuales reflejan el esfuerzo jurisdiccional para que la Constitución, los tratados de derechos humanos y el Estado de Derecho, brinden una garantía efectiva sobre los derechos fundamentales en la realidad, dejando de ser vistos solo como un cúmulo de buenas intenciones impresas en papel, algunos de sus principales logros fueron:

- Impulsar la adecuación de la legislación anti terrorista de cara a la normatividad convencional, haciendo respetar las obligaciones internacionales de derechos humanos que nuestro país había contraído, lo que se efectivizó con la anulación de varios procesos judiciales acusados de terrorismo y su posterior desarrollo con las garantías del debido proceso.
- Declarar la inconstitucionalidad en parte de la base legal de la justicia militar, exhortando al Congreso para la aprobación de una nueva legislación, tomando en consideración las interpretaciones hechas por el Tribunal Constitucional, sin embargo, posteriormente fue validada una nueva norma que incurría en los vicios advertidos inicialmente, ante lo cual el anotado tribunal declara por segunda vez su inconstitucionalidad.
- Reconocer el “derecho a la verdad” como derecho fundamental implícito de los familiares de las víctimas de desaparición extrajudicial, así como la imprescriptibilidad del delito de lesa humanidad.
- Aceptar la incorporación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Reconocer la potestad del Poder Judicial para presentar su proyecto de presupuesto, en coordinación con el Poder Ejecutivo.
- Tutelando derechos constitucionales en casos de la vida cotidiana como por ejemplo: la prohibición de circulación e importación de los llamados “buses- camión”, limitando los abusos a los consumidores frente al sistema financiero, restringiendo el ingreso indiscriminado de unidades de transporte público a la ciudad de Lima (las denominadas “combis”), brindando tutela a los derechos de portadores del VIH, combatiendo la discriminación en razón del género o la orientación sexual en varios ámbitos de la vida pública y privada, entre otros.

9.2. ORGANIZACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Si bien es cierto, cada Tribunal o Corte Constitucional en Latinoamérica tiene su propio estatuto, en este acápite haremos referencia al régimen de organización del Tribunal Constitucional Peruano, a fin de conocer su estructura y funcionamiento para posteriormente ocuparnos de sus competencias.

9.2.1. Requisitos e Impedimentos de los miembros del Tribunal Constitucional Peruano:

Según la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley Orgánica (Ley N° 28301, publicada el 23 de julio del 2004) y el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (aprobado por Resolución Administrativa N°095-2004-P-TC de fecha 14 de setiembre del 2004), los miembros del Tribunal Constitucional poseen requisitos e impedimentos. En el primer caso, se ubican aquellas condiciones generales que deben ser cumplidas por quien postula al cargo; mientras que, en el segundo, se tiene no solo al conjunto de incompatibilidades para postular, sino también a todos aquellos impedimentos surgidos durante el ejercicio del cargo.

En ese sentido, el artículo 201° de la Constitución establece que para ser miembro del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser Juez de la Corte Suprema (regulados en el artículo 147°), los cuales en concordancia con el artículo 11° de la Ley Orgánica y el artículo 15° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, son los siguientes:

- a) Ser peruano de nacimiento, (nacionalidad adquirida por *ius soli* o *ius sanguinis*).
- b) Ser ciudadano en ejercicio, es decir no haber sido inhabilitado en sus derechos políticos o privado de la libertad por sentencia judicial;
- c) Ser mayor de 45 años, al momento de ser elegido por el Pleno del Congreso;

- d) 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; y
- e) No estar comprendido en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 12 de la Ley N° 28301.

Por otro lado, respecto a los impedimentos, se tiene el artículo 12° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual establece:

- a) Haber sido objeto de separación o destitución por medida disciplinaria como Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público;
- b) Haber sido inhabilitado como abogado por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República;
- c) Haber sido condenados o que se encuentran siendo procesados por delito doloso;
- d) Haber sido declarados en estado de insolvencia o de quiebra; y,
- e) Haber ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto.

Si el candidato ostenta la calidad de Magistrado o Fiscal, resulta necesario, en aplicación al artículo 201° de la Constitución, haber renunciado un año antes de la postulación al cargo. Además, el artículo 13° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional indica que, si concurriera alguna de las causales de incompatibilidad, el candidato deberá cesar en el cargo antes de tomar posesión de él o renunciar a la actividad que es incompatible.

Adicionalmente, a partir del artículo 201 de la Constitución, se considera, lo que la doctrina ha denominado como *requisitos de legitimidad* el respeto a los Principios de Independencia Judicial y Legitimidad Democrática, los mismos que actualmente son exigidos para todos los magistrados peruanos, regulación que fue dispuesta en su oportunidad por el ex Consejo Nacional de la Magistratura, denominado en la actualidad *Junta Nacional de Justicia*.

9.2.2. Número de Magistrados:

Según el citado artículo 201, el Tribunal Constitucional peruano está compuesto por 7 miembros que ocupan el cargo durante 5 años; sin embargo es necesario precisar que el número de magistrados varían en los distintos Tribunales o Cortes Constitucionales en Latinoamérica; al respecto NOGUEIRA ALCALA, ha destacado que en Latinoamérica, en el caso de Chile por ejemplo, está compuesto por 10 miembros; en Uruguay y El Salvador, la Corte Suprema en pleno y la Sala Constitucional de la Corte Suprema respectivamente, están compuestas de 5 magistrados; en Costa Rica y Venezuela las Salas Constitucionales de la Corte Suprema, al igual que el Tribunal Constitucional peruano la integran 7 magistrados; en Colombia, la Corte Constitucional y en Ecuador, el Tribunal Constitucional, están compuestos por 9 miembros, mientras que el Supremo Tribunal Federal de Brasil está integrado por 11 magistrados (NOGUEIRA 2008: 283-286); como se puede apreciar, la mayoría están compuestos de miembros impares, ello tiene como sustento la necesidad de evitar empates al momento de votar las causas.

El predecesor del actual Tribunal Constitucional, funcionó con 9 miembros, de los cuales 3 fueron designados por el Poder Legislativo, 3 por el Poder Ejecutivo y 3 por el Poder Judicial, forma de elección que posteriormente generaría una dependencia de origen, pues frecuentemente no se alcanzaba la mayoría requerida en las votaciones de las causas, razón por la cual la Asamblea Constituyente de 1993 decidió que el TC estuviera integrado únicamente por 7 magistrados.

9.2.3. Elecciones de los miembros del Tribunal Constitucional

El procedimiento para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, se encuentra señalado en los artículos 8° y 10° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; la cual considera que previo a los seis meses a la fecha de expiración de sus nombramientos, el Presidente del Tribunal dirige una comunicación al Presidente del Congreso

solicitando el inicio del procedimiento de elección de nuevos Magistrados.

En la actualidad la conformación del Tribunal Constitucional está integrada por los magistrados Eloy Espinoza Saldaña-Barrera (juramentado en junio del 2014); Marianella Ledezma Narvaes (juramentado en junio del 2014); Ernesto Blume Fortini, quien lo preside (juramentado en junio del 2014); Manuel Miranda Canales (juramentado en junio del 2014); Carlos Ramos Núñez (juramentado en junio del 2014); José Luis Sardón de Taboada (juramentado en junio del 2014) y Augusto Ferrero Costa (juramentado el 04 de setiembre del 2017); habiéndose solicitado la designación de los seis primeros por estar próximo a vencer sus correspondientes nombramientos; circunstancia que además de significar un cambio importante para este colegiado, al renovarse casi en su totalidad, no está exenta de cuestionamientos dada la especial coyuntura de reformas constitucionales planteadas por el ejecutivo y que fueron aprobadas en referéndum nacional realizado el 09 de diciembre del 2018, situación que tiene que ver directamente con los mecanismos previstos para su elección.

Así, considerando el periodo máximo de gestión equivalente a cinco años, sin posibilidad de reelección inmediata, su designación a cargo del Congreso de la República, necesita del voto de los dos tercios del número legal de sus miembros (actualmente 86 votos como mínimo considerando que el número legal de Congresistas asciende a 130); para lo cual el Pleno del Congreso conforma una Comisión Especial integrada por siete o nueve congresistas (procurando el respeto de la pluralidad y proporcionalidad de cada grupo parlamentario en el Congreso) realizándose la designación en cualquiera de las siguientes modalidades: ordinaria y especial; siendo que, la adopción de cualquiera de las dos modalidades se realiza por acuerdo de la Junta de Portavoces.

En la primera (comúnmente denominada “por concurso”), la Comisión Especial va seleccionando a los candidatos que, a su juicio, deben ser declarados aptos para ser elegidos (el último magistrado elegido así fue

Oscar Urviola Hani en el año 2010); luego la convocatoria para la presentación de propuestas es publicada en el diario oficial El Peruano, además de la relación de las personas propuestas a fin de que se puedan formular tachas, las que deben estar acompañadas de prueba documental; presentada la propuesta de uno o más candidatos, se convoca en término no inferior a siete días al Pleno del Congreso para que se proceda a la elección; mientras que en la segunda (comúnmente llamada por “invitación”), la Comisión Especial selecciona a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos (de este modo fue elegido el remplazante del magistrado Urviola, Raúl Ferrero Costa en setiembre del 2017)

Cualquiera de las modalidades de selección que sea utilizada, es responsabilidad de la Comisión Especial del Congreso constituida para tales efectos, presentar la propuesta de uno o más candidatos; posteriormente, es el Pleno del Congreso, el que convocado en término no inferior a siete días, debe proceder a la elección del magistrado o los magistrados, según el caso, que obtengan la mayoría prevista según el último párrafo del artículo 201° de la Constitución Política del Perú; de no llegarse a dicha mayoría, procede a una segunda votación. Si concluido el procedimiento, no se logra cubrir las plazas vacantes, la Comisión procede, en un plazo máximo de diez días naturales, a formular sucesivas propuestas, hasta que se realice la elección, regulación que además de estar prevista en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, también lo está en las disposiciones pertinentes del Reglamento del Congreso.

A pesar de estar reglamentado el procedimiento para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, surgen algunos cuestionamientos, como el de su falta de transparencia al momento de evaluar tanto sus condiciones personales (idoneidad) como profesionales (capacidad), se ha criticado también el hecho de que la comisión seleccionadora del Parlamento no evalué las tachas presentadas por la ciudadanía, la falta de

motivación en la emisión de los votos de cada congresista (si bien se reconoce que existe un componente político, los criterios de elección no deben estar supeditados a intereses privados); así también se ha cuestionado la demora innecesaria en su elección (hecho que se puso de manifiesto al momento de la elección del remplazo del magistrado Urviola, a quien a pesar de habersele vencido el mandato y debido a la falta de acuerdo para su reemplazo, el Congreso aprobó una extensión de seis meses a su mandato, nombrando a Raúl Ferrero Costa poco más de dos años de vencido éste), este retraso se ha manifestado también en la elección de los magistrados César Landa (diciembre del 2004 a julio del 2010), Carlos Mesía (julio del 2006 a junio del 2014), Fernando Calle, Gerardo Eto y Ernesto Álvarez (setiembre del 2007 a junio del 2014) o Juan Vergara (diciembre del 2004 a diciembre del 2014).

Quizá la muestra más evidente de la falla de este sistema de elección y remplazo para los magistrados salientes se registró antes de elegir a los actuales miembros del Tribunal Constitucional cuyo periodo está por vencer, hecho que la prensa peruana identificó como “la repartija”, al haberse revelado (a través de los medios de comunicación) audios en los que representantes de cinco bancadas se repartían como cupos las designaciones de 10 plazas vacantes del Defensor del Pueblo, Directores del Banco Central de la Reserva y miembros del TC; lo que originó que la ciudadanía muestre su rechazo generalizado y manifestado en sendas marchas.

Ahora, sin lugar a dudas, la elección de los miembros del Tribunal Constitucional es de naturaleza política, sin embargo y aunque parezca un contrasentido, debe evitarse su politización partidaria, lo que se conseguirá a decir de Landa, evaluando el grado de independencia personal a partir de su vinculación con la realidad social antes que con los partidos políticos, cuidando que una determinada fuerza política o económica no esté solapadamente detrás de las candidaturas, porque posteriormente se dejará sentir en sus decisiones jurisdiccionales una suerte de duda de los

magistrados no con la Constitución sino con los poderes de hecho o de derecho (LANDA 2011: 146).

El último precisamente es el gran temor que envuelve la elección de los miembros del próximo Tribunal, pues al elegir a seis de sus siete miembros, considerando la mayoría parlamentaria del partido político de oposición al actual gobierno (Fuerza Popular), se corre el riesgo que todos los cuestionamientos a los procesos penales que ya han sido instaurados contra gran parte de sus miembros, a partir de denuncias por la comisión de delitos de lavado de activos a raíz del financiamiento para sus campañas presidenciales obtenido de la empresa Odebrecht (caso conocido como “*lava jato*”) con ingresos provenientes de actos de corrupción, podrían terminar en este nuevo TC, por lo que opiniones destacadas como la del Dr. Urviola, dan cuenta de que lo mejor sería que el Congreso amplíe el mandato de los actuales magistrados para que sean los legisladores del próximo quinquenio los que se encarguen del proceso de selección.

Los problemas en la renovación de los magistrados constitucionales, tienen relación, en opinión de ACUÑA CHÁVEZ, con el corto periodo de duración en el cargo y la falta de consenso político para su elección, situación que ha sido prevista por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que en su artículo 10 precisa que los Magistrados del Tribunal deben continuar en el ejercicio de su cargo hasta que sus sucesores hayan sido designados y hayan tomado posesión del cargo, estableciendo un plazo de seis meses anteriores a la expiración de sus nombramientos, para que su Presidente solicite a su vez al Presidente del Congreso el inicio del procedimiento de elección de las vacantes dejadas por los magistrados que cumplen su periodo (ACUÑA 2014: 29).

Es importante destacar que la duración de los mandatos de los magistrados de los distintos tribunales constitucionales es disímil entre sí, pues por ejemplo: en Chile cumplen un periodo de 9 años, Colombia 8

años, Venezuela 12 años y Ecuador 9 años, exceden el mandato de los órganos que realizan dichos nombramientos, ello a la par resulta ser una de las garantías que facilitan un ejercicio independiente de presiones políticas para los magistrados del Tribunal Constitucional, eliminando las tentaciones de ser complacientes con los órganos que permitirán el nuevo mandato. Como excepción a esta regla tenemos los casos de Bolivia, Guatemala y Perú, donde los magistrados tienen un periodo de duración de solo 6 años el primero y 5 años los dos últimos (NOGUEIRA 2008: 285-289).

ACUÑA, en la investigación desarrollada sobre las funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano, precisa los siguientes datos:

“En el Derecho comparado hay renovación parcial de los Tribunales Constitucionales de España, Albania, Argelia, Bulgaria, Rumania, Senegal, entre otros países. En Latinoamérica, sólo el caso de Chile, Ecuador y El Salvador prevén una renovación parcial del Tribunal Constitucional; en Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú y Venezuela, se contempla una renovación completa de los tribunales constitucionales, lo que puede provocar un cambio drástico y brusco de criterios jurisprudenciales. En Costa Rica, la muerte o renuncia de un magistrado y el nombramiento del sucesor por un periodo completo hace que la renovación en la práctica de la Sala Constitucional sea parcial, en la medida en que los magistrados vayan cumpliendo su periodo constitucional” (ACUÑA 2014: 30).

Vale la pena precisar que la elección de los magistrados de los Tribunales o Cortes Constitucionales Europeas, si bien son atribuidas también a sus respectivos parlamentos, otorgándoles legitimidad democrática indirecta, se diferencian por un lado en su número, y en algunos casos, en la posibilidad de delegar en otra institución la selección de un número minoritario; son los casos de Moldavia y Ucrania, países en los cuales un tercio de los magistrados son nombrados por el Consejo de la Magistratura, siendo que en España 2 de sus 9 miembros son nombrados

por el Consejo General del Poder Judicial y en Bosnia - Herzegovina, el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, designa 3 de los 9 magistrados.

Finalmente, considerando la relativamente corta historia del Tribunal Constitucional, a continuación se detalla su conformación desde el inicio de sus funciones según sus diferentes periodos:

a) Junio de 1996

- Acosta Sánchez, Francisco
- Aguirre Roca, Manuel
- Díaz Valverde, Guillermo
- García Marcelo, José
- Nugent López Chávez, Ricardo
- Revoredo de Mur, Delia
- Rey Terry, Guillermo.

b) Mayo 1997

- Acosta Sánchez, Francisco
- Díaz Valverde, Guillermo
- García Marcelo, José
- Nugent López Chávez, Ricardo
-

c) Noviembre 2000

- Acosta Sánchez, Francisco
- Aguirre Roca, Manuel (restituido por el Congreso)
- Díaz Valverde, Guillermo
- García Marcelo, José (cesó setiembre del 2001)
- Nugent López Chávez, Ricardo
- Revoredo de Mur, Delia (restituida por el Congreso)
- Rey Terry, Guillermo. (restituido por el Congreso)

d) Junio 2002

- Alva Orlandini, Javier
- Aguirre Roca, Manuel (fallece el 20 de junio del 2004)
- Bardelli Lartirigoin, Juan Bautista
- García Toma, Víctor
- Gonzales Ojeda, Magdiel
- Revoredo de Mur, Delia
- Rey Terry, Guillermo. (fallece el 02 de mayo del 2004)

e) Diciembre 2004

- Alva Orlandini, Javier
- Bardelli Lartirigoin, Juan
- García Toma, Víctor
- Gonzáles Ojeda, Magdiel
- Vergara Gotelli, Juan
- Landa Arroyo, César
- Revoredo de Mur, Delia (renuncia el 17 de junio del 2005)

f) Setiembre 2007

- Alvarez Miranda, Ernesto
- Beaumont Callirgos, Ricardo (elegido en junio del 2007)
- Calle Hayen, Fernando
- Eto Cruz, Gerardo
- Vergara Gotelli, Juan
- Landa Arroyo, César (cesa en julio del 2010)
- Mesías Ramírez, Carlos (elegido en julio del 2006)

g) Julio 2010

- Alvarez Miranda, Ernesto
- Beaumont Callirgos, Ricardo (renunció al cargo el 23 de abril del 2013, sin embargo dicha renuncia no fue aceptada por el pleno, declarando su vacancia)

- Calle Hayen, Fernando
- Eto Cruz, Gerardo
- Vergara Gotelli, Juan
- Urviola Hani, Oscar (elegido en julio del 2010)
- Mesías Ramírez, Carlos

h) Junio 2014

- Blume Fortini, Ernesto
- Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy
- Ledesma Narváez, Marianella
- Miranda Canales, Manuel Jesús
- Ramos Núñez, Carlos
- Sardón de Taboada, José Luis
- Urviola Hani, Oscar (cesó 04 de setiembre del 2017)

i) Setiembre 2017

- Blume Fortini, Ernesto
- Espinoza- Saldaña Barrera, Eloy
- Ledesma Narváez, Marianella
- Miranda Canales, Manuel Jesús
- Ramos Núñez, Carlos
- Sardón de Taboada, José Luis
- Ferrero Costa, Raúl (juramentó el 04 de setiembre del 2017)

9.2.4. Sede y Votación:

Según el artículo 3° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, la sede del mismo se encuentra en la ciudad de Arequipa, con la facultad de celebrar audiencias en cualquier otra ciudad de la República. Sin embargo, las oficinas administrativas se encuentran en la ciudad de Lima. Respecto a la votación, el artículo 8° del Reglamento del Tribunal Constitucional, con su modificatoria establecida por el Artículo Único de la

Resolución Administrativa N° 096-2008-P-TC, publicada el 14 de agosto de 2008 en el Diario Oficial El Peruano, los miembros del Tribunal Constitucional no pueden abstenerse de votar debiendo hacerlo a favor o en contra en cada oportunidad. Antes de su deliberación por el Pleno, el proyecto se pone en conocimiento de los magistrados para su estudio con una semana de anticipación. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten conjuntamente con la sentencia.

Luego, según el artículo 10° del Reglamento del Tribunal Constitucional, modificado por el Artículo Primero de la Resolución Administrativa N° 138-2015-P/TC publicada el 14 de octubre de 2015 en el Diario Oficial El Peruano, el quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros; resolviendo y adoptando acuerdos por mayoría simple de votos emitidos; solo cuando se debe pronunciar por la admisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, se exigen cinco votos conformes. Bajo ningún supuesto el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver; siendo así, de no llegar a la mayoría calificada (cinco votos en favor de la inconstitucionalidad), se dictará sentencia declarando la infundabilidad de la demanda.

Además, según el supuesto incorporado por el Artículo Primero de la Resolución Administrativa N° 028-2011-P-TC, publicada el 24 de marzo de 2011, el Presidente del Tribunal Constitucional cuenta con el voto decisorio en causas sometidas al Pleno en las que se produzca un empate de ponencias; cuando por alguna razón el Presidente del Tribunal Constitucional no pudiese intervenir para la resolución del caso, el voto decisorio recae en el Vicepresidente del Tribunal Constitucional, en caso este último no pudiese, el voto decisorio seguirá la regla de antigüedad, empezando del magistrado más antiguo al menos antiguo hasta encontrar la mayoría necesaria.

9.2.5. Composición del Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional está compuesto por un Pleno y por dos Salas integradas por 3 magistrados cada una, con iguales competencias.

9.2.5.1. *El Pleno*

Órgano máximo de deliberación y decisión, integrado por los siete magistrados, con facultades para sesionar con un quórum de cinco magistrados, cumple con su función constitucional de impartir justicia, a través de las audiencias públicas, las sesiones del Pleno se dividen en jurisdiccionales y administrativas.

a) Audiencia pública del Pleno Jurisdiccional

Acto procesal a través del cual los magistrados escuchan a las partes y a los abogados previa solicitud formal de informar sobre los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes, su base legal se encuentra en los artículos 33 al 35 del Reglamento Normativo.

b) Tipos de sesiones

b.1.) Sesiones Jurisdiccionales del Pleno

Reguladas en el artículo 40 del Reglamento Normativo, en ellas se discuten las causas puestas a voto; se constituye con el quórum establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (con la presencia de 5 magistrados).

b.2) Sesiones administrativas del Pleno

Reguladas en el artículo 42 del Reglamento Normativo, los temas a tratar están regulados en el artículo 28 del Reglamento Normativo, y son las siguientes:

- Aprobar la jornada y el horario de trabajo del personal;
- Designar y remover al Secretario General y al Secretario Relator;
- Designar y remover al Director General de Administración;

- Designar y remover al Jefe de la Oficina de Asesoría Legal;
- Acordar, a propuesta del Presidente, de acuerdo con las normas presupuestales, la contratación de los asesores jurisdiccionales;
- Acordar la separación de los asesores jurisdiccionales en los casos establecidos en este Reglamento;
- Investigar las infracciones de los Magistrados a la Constitución, a su Ley Orgánica o a su Reglamento, e imponer las sanciones respectivas;
- Tramitar y resolver los impedimentos y acusaciones de los Magistrados;
- Conceder licencia a los Magistrados, en los términos de la ley;
- Aprobar el anteproyecto del Plan de Trabajo y del presupuesto del Tribunal Constitucional, presentados por el Presidente;
- Adoptar las reglas para el estudio de los asuntos sometidos a su conocimiento y elaborar los programas de trabajo;
- Decidir sobre la periodicidad de las audiencias públicas y fijar su fecha, hora y lugar;
- Estudiar y aprobar las iniciativas de proyectos de ley que puede presentar el Tribunal Constitucional, según el artículo 107 de la Constitución;
- Aprobar, interpretar y modificar el presente Reglamento; y,
- Adoptar las medidas administrativas para el funcionamiento del Tribunal.

b.3.) Sesiones ordinarias y extraordinarias del Pleno

Son ordinarias aquellas sesiones que se realizan regularmente, siendo convocadas por el Presidente del Tribunal Constitucional; y son extraordinarias, aquellas convocadas por tres magistrados; ello procede siempre y cuando lo hicieren con 24 horas de anticipación y con la agenda a tratar. Asimismo, excepcionalmente, se realizan sesiones extraordinarias en días no laborables, cuando las circunstancias especiales así lo exijan, a convocatoria de los magistrados o del Presidente.

9.2.5.2. Las Salas

El Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 5 de su Ley Orgánica, en concordancia con lo previsto en el artículo 11 de su Reglamento Normativo, se organiza en 2 Salas, con 3 miembros cada una, correspondiendo a una de ellas calificar la procedencia de las causas; asimismo, corresponde a cada Sala resolver sobre el fondo del asunto en última y definitiva instancia.

9.3. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 47 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, regula los tipos de resoluciones que emite en cumplimiento de su función jurisdiccional; así tenemos:

9.3.1. Sentencias:

La sentencia constitucional es un acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso. Es una actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho, sin olvidar su dimensión política, como sostiene acertadamente Garrorena Morales (PALOMINO 2004: 189)

Según GARCÍA BELAUNDE, las sentencias constitucionales, como es obvio, son una modalidad del género “sentencias”:

Esto es, son tan sentencias como las otras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar los valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una Constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple,

constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales, tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos que son clave: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa. (GARCIA 2004)

NOGUEIRA, al respecto señala que las sentencias que emite una corte constitucional o un tribunal son actos procesales que ponen fin al proceso, y son emitidos por un colegiado que se constituye en instancia suprema constitucional (NOGUEIRA 2001: 369-382); para MONROY CABRA, por su parte, además de ser actos procesales con los que finaliza el proceso constitucional, constituyen el medio a través de las cuales los tribunales constitucionales interpretan la Constitución, de donde viene su característica de fuente del derecho (MONROY 2002: 22).

Humberto SIERRA PORTO, citado por MONROY CABRA, al respecto precisa que:

“...La posición de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia para determinar el grado de circulación de los poderes públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional, en este punto la doctrina parece orientarse a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley (cuando en las sentencias se interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no es un lugar inferior al que ocupan las leyes. El fundamento de esta posición privilegiada es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional: la justicia constitucional encuentra su fundamento en la cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que conducen de la afirmación del poder constituyente a la existencia de una Constitución y de la necesaria supremacía de ésta sobre los poderes constituidos. En este sentido el Tribunal Constitucional (mediante sus decisiones, las sentencias) como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una posición superior al de estos, o, por lo menos, de sus decisiones...” (MONROY 2002: 22-23)

La clasificación colombiana que se presenta a continuación, ha sido complementada con los estudios de los doctores Humberto Nogueira Alcalá, José Palomino Manchego, Alejandro Martínez Caballero y Diego Eduardo López Medina (OLANO: 575-595). Veamos ahora cada una de las clasificaciones:

9.3.1.1. Modulación Tradicional.

Al igual que las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales ordinarios, la “*Corte Constitucional*”, emite sentencias “estimatorias”, cuando se acoge la demanda (aquí se ubican las que determinan la nulidad absoluta, las de incompatibilidad y las de efectividad diferida) y “desestimatorias” (cuando la rechazan), esquema muy elemental, que no resulta tan útil cuando de un proceso de inconstitucionalidad se trate, donde -eventualmente- la declaración de inconstitucionalidad de la norma, puede terminar ocasionando mayores inconstitucionalidades que las que busca remediar, y como los fallos de la Corte Constitucional son menos posibles de ser impugnados o rectificados dentro del sistema jurídico interno, salvo casos excepcionales, situación que trae a colación las palabras de uno de los jueces de la Corte Suprema norteamericana, el juez Jackson, quien sostuvo: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*” (No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra) (ALVAREZ 2008: 45)

9.3.1.2. Modulaciones que afectan el contenido, o sentencias “manipulativas”.

Este tipo de sentencias se crearon con los tribunales constitucionales que aportaron al derecho comparado técnicas a fin de “manipular” los efectos de las sentencias, comprendiendo entre ellas a las sentencias integradoras o aditivas, las interpretativas o condicionales, y a las

sustitutivas. El principal argumento que justifica su aparición es el Principio de Seguridad Jurídica. En palabras de PALOMINO MANCHEGO:

“Es decir, a fin de no crear un vacío legislativo, generador de mayor inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser “manipulada”, puede ser entendida conforme a la Constitución. Teóricamente, esa posibilidad del Tribunal Constitucional de “manipular” la ley parte de la distinción entre “disposición” y “norma”, propia de la Teoría General del Derecho. Así, mientras que por “disposición” debe entenderse al enunciado lingüístico de un precepto legal, esto es, las letras y frases que integran un dispositivo legal; por “norma”, en cambio, se entiende el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado lingüístico se puedan derivar. Evidentemente, el Tribunal Constitucional no manipula la disposición, que es una competencia exclusiva del legislador. Lo que manipula, son los sentidos interpretativos que de esa disposición se pueda extraer”. (PALOMINO 2004: 196)

Entonces, las modulaciones que afectan el contenido de la sentencia, pueden ser: i) Sentencias interpretativas o condicionales, con acogimiento o rechazo (denominación realizada por el Tribunal Constitucional italiano: *accoglimento*, para acogimiento y *rigetto*, para rechazo); ii) Sentencias integradoras o aditivas; iii) Sentencias sustitutivas; y, iv) Sentencias apelativas o exhortativas.

En cuanto a las primeras, el Tribunal restringe su alcance normativo (en relación a su aplicación o sus efectos); pues suponen la expulsión de una interpretación de la disposición contraria a la Constitución, manteniendo su eficacia normativa; sus efectos parten de la idea de que el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella; por ello, luego de emitida la sentencia de este tipo, el texto de la norma no es expulsado del ordenamiento, sin embargo subsiste con un

criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador.

Con relación a las sentencias interpretativas estimativas o de acogimiento, el profesor NOGUEIRA ALCALÁ señala:

“consideran inconstitucionales ciertas interpretaciones del enunciado normativo, vale decir ciertas normas que surgen de la interpretación considerada inconstitucional, siendo tal o tales interpretaciones expulsadas del ordenamiento jurídico, aun cuando se mantiene inalterado el enunciado normativo del cual surgen dichas interpretaciones”.

Las sentencias interpretativas o condicionales buscan entonces preservar la obra legislativa, eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan ser consideradas contrarias al orden jurídico. “Sólo cuando una norma no tiene ninguna interpretación conforme a la Constitución corresponde al tribunal constitucional respectivo expulsarla del ordenamiento jurídico”,

Respecto a las sentencias integradoras o aditivas, son aquellas que se emiten bajo el presupuesto de la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, esto se presenta en aquellos supuestos en los que se advierte la ilegitimidad constitucional de una previsión omitida por la ley para que ésta fuera constitucional. En ellas el Tribunal no puede anular la disposición en cuestión, sino agregarle un contenido para hacerla constitucional, incorporando un elemento lingüístico nuevo al enunciado normativo, a fin de extender la norma para abarcar el supuesto de hecho no contemplado en sus inicios.

Autores como Gaspar CABALLERO SIERRA, asumiendo que las decisiones aditivas, al igual que las sustitutivas (él dice “substitutivas”), conforman dos partes diferentes: una inexequibilidad de la norma legal impugnada y otra reconstructiva, con lo que la Corte procede a dotar a esa misma disposición de un contenido diferente de conformidad con

los principios constitucionales (CABALLERO 2001: 64).

A partir de esta técnica, a través de la cual el Tribunal Constitucional no ha hecho mas que valerse de los principios y valores de la Constitución para integrar las normas sometidas a control, incluso, modificándolas; algunos han identificado esta atribución con una actividad “paralegislativa”.

En esa línea de ideas podemos concluir que son tres los fundamentos constitucionales de las sentencias integradoras: (i) el carácter normativo de la Constitución, (ii) efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta y, (iii) la función jurisdiccional de la Corte. (MORENO 2002: 65)

NOGUEIRA, atribuye a este tipo de sentencias ser la muestra más evidente del activismo judicial de los tribunales constitucionales, ya que al ejercitar esta atribución, va más allá de la función que tradicionalmente ha sido asignada a ellos, esto es la expulsión de normas del ordenamiento jurídico, sin tener facultades de legislador positivo. Este tipo de sentencias son creadoras de derecho, en la medida que adoptan dos modalidades: *“A través de la primera, la omisión implicaba sólo una laguna, la que es cubierta por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional; a través de la segunda modalidad, el Tribunal considera que una omisión derivada de la norma significa exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir a aquellos que habían sido marginados o discriminados arbitrariamente con dicho precepto (sentencias integradoras)”* (NOGUEIRA 2004: 92).

Como manifestación de este tipo de fallos, el mismo autor ha expresado que la Corte Constitucional Colombiana al pronunciarse sobre las disposiciones normativas de una ley tributaria que imponía elevadas sanciones económicas en Colombia para los contribuyentes que no presentaran sus declaraciones de renta en los lugares y

momentos determinados por la administración tributaria; ante el argumento de la parte demandante, apreciando la naturaleza objetiva de la responsabilidad impuesta por la norma, que impedía al contribuyente demostrar que la omisión de tal obligación tributaria se producía por una fuerza mayor o un caso fortuito, en sentencia C-690 de 1996, acogiendo el criterio de la demandante, consideró contrario a la Constitución, y en especial a los principios de responsabilidad subjetiva, equidad tributaria e igualdad, que se sancione a una persona que ha estado imposibilitada de presentar la declaración de renta, declarando la constitucionalidad de las disposiciones normativas cuestionadas, pero adicionando la interpretación de que las autoridades administrativas y judiciales deben “permitir a la persona demostrar que el no cumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria no le es imputable, por ser consecuencia de hechos ajenos a la voluntad, como el caso fortuito y la fuerza mayor.

En tercer lugar, las sentencias sustitutivas tienen su origen en Italia y son aquellas a través de las cuales el Tribunal Constitucional expulsa del ordenamiento jurídico una disposición denunciada de inconstitucional, sustituyendo el vacío normativo por una regulación específica. Algunos autores la identifican como una combinación de sentencia de inconstitucionalidad y sentencia integradora, pues comparten los efectos de ambas, anulan el precepto denunciado por un lado, mientras completan el vacío generado a través de un nuevo mandato que la propia sentencia adiciona o integra al ordenamiento. NOGUEIRA, demuestra el uso de esta técnica cuando la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-113 de 1993, declaró la inconstitucionalidad del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, considerando que la ley no podía regular los efectos de los fallos de la Corte, pues esa era una atribución propia de la Constitución o, en su defecto, de la misma Corte Constitucional. Se estableció además un contenido sustituto para la norma, puesto que señaló que, conforme a la Constitución, correspondía exclusivamente a la propia Corte fijar

libremente los efectos de sus fallos.

En ese sentido, CABALLERO SIERRA ha señalado que:

Decisiones como estas han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional para llenar vacíos normativos, que en principio deberían corresponder al legislador pero que por imperativo constitucional debe aquélla subsanar como especificadora de los derechos, puesto que el control de constitucionalidad debe estar siempre sujeto al espíritu y a los valores supremos de la Carta. (CABALLERO 2001: 415)

Finalmente, las sentencias apelativas o exhortativas son utilizadas cuando no obstante identificarse situaciones aun inconstitucionales, se exhorta al legislador para modificar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por el Tribunal, y si ello no se produjese, éste último aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva. NOGUEIRA, afirma al respecto que éstos fallos van desde un simple consejo al legislador, hasta fórmulas más coactivas, que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución. Bajo esta clasificación, puede agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, impulsándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, y si ello no se hace, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva. (NOGUEIRA 2004:97)

En algunos casos, las sentencias exhortativas llevan consigo el efecto que la doctrina ha denominado “bloqueo de aplicación”, consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regulan las respectivas situaciones, situación que en nuestro sistema ha recibido la de

nominación de “vacatio sententiae”.

Contrario a lo que pudiera pensarse, cierto sector de la doctrina afirma que bajo esta modalidad no se estaría invadiendo o afectando las competencias del Poder Legislativo; por el contrario se verifica el profundo respeto por la estructura del Estado y por su libertad de configuración política, por lo que no debe ser vista como una ruptura de la división de poderes, sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado.

Es preciso destacar que siendo un acto procesal, la sentencia debe cumplir con ciertos requisitos, los cuales están regulados en los artículos 17, 34, 55 y 72 del Código Procesal Constitucional, así también, el número de magistrados necesarios para su conformidad es variable de acuerdo al tipo de garantía constitucional que se somete a su conocimiento; así en los casos sometidos al Pleno como las acciones de inconstitucionalidad, el conflicto de competencia y el establecimiento o modificación de precedentes normativos y doctrina jurisprudencial, la Ley exige la aprobación de cinco votos como mínimo, número mínimo que se reduce a 3 en el caso de los procesos sometidos al conocimiento de las distintas salas; en tanto que en ambos casos, los efectos comienzan a regir desde el día siguiente de su notificación, y en su caso, al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, independientemente de su publicación en la web institucional del Tribunal.

9.3.2. Autos:

Se denominan así a las resoluciones de carácter interlocutorio a través de las cuales el Tribunal emite pronunciamientos acerca de las causas sometidas a su conocimiento, por ende no resuelven el fondo del asunto; comúnmente se utilizan para resolver admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o del conflicto de competencia, la declaración de improcedencia de la demanda en los procesos

constitucionales elevados por recurso de agravio constitucional, indebida concesión del recurso de agravio, el recurso de queja, acumulación de procesos, pedidos de aclaración y otros.

9.3.3. Decretos:

Resoluciones de trámite e impulso procesal, son suscritas por el Presidente del Tribunal o por delegación de éste, por los Presidentes de Salas; no son publicados en la página web institucional.

CAPÍTULO IV:
ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO RECONOCIMIENTO DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCIÓN:

En sistemas como el nuestro, el Tribunal Constitucional comparte con la jurisdicción ordinaria la función de medir los parámetros de validez legal y constitucional de las normas y de los actos estatales; en tal sentido, se entiende que es éste quien delimita con efecto erga omnes el contenido constitucional del derecho cuya vulneración se ha denunciado: función que si bien no presenta directamente la jurisdicción ordinaria, a la cual le compete la interpretación de la legalidad, ello no impide que mediante tal labor se fije el alcance de la irradiación de los derechos en el ordenamiento jurídico común. En el Perú, tanto la jurisdicción ordinaria como el Tribunal Constitucional realizan control de la constitucionalidad, esa labor difiere (en la forma) entre los órganos judicial y constitucional; en ese sentido, José FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ expresa que: “[...] donde existe Tribunal Constitucional el juez ordinario también suele ser juez de la constitucionalidad (no aplica reglamentos contrarios a la ley básica, interpreta constitucionalmente la ley), lo que pertenece al Tribunal Constitucional” (FERNANDEZ 2002: 21); teniendo en consideración que la tarea de declarar la inconstitucionalidad de la ley está reservada para el

supremo intérprete de la Constitución, quien luego de una labor de confrontación, se ocupa de verificar si la ley (o norma con rango de ley) contraviene a la Constitución por la forma o por el fondo para así expulsarla del ordenamiento jurídico.

1.1. EL ORIGEN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA INVENCION NORTEAMERICANA DE LA “JUDICIAL REVIEW”

A decir de GARCÍA DE ENTERRÍA:

“...El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans KELSEN; a partir de esta concepción, se incorpora, por una parte, la tradición del derecho natural en su versión puritana y laica, pero a la vez, aporta técnicas concretas del common law, concretamente dos: la formalización de un documento solemne (Constitución) y la técnica de la judicial review, desde la cual el derecho puede exigir cuentas a los statutes, a las leyes como normas puramente singulares o excepcionales que son. Esta técnica de predominio del common law sobre las leyes o estatutos es lo que todavía hoy en el sistema inglés, que no conoce la técnica de la constitucionalidad de las leyes, se sigue llamando the control of the common law over statutes, es decir, el principio interpretativo básico en virtud del cual el Derecho común sitúa dentro del sistema que él representa, y normalmente con criterios restrictivos, todas las normas singulares dictadas por el legislativo, puesto que el common law en su esencia no es un derecho legislado, como bien es sabido...” (GARCIA 2001: 123).

Esta forma de control, como límite al poder legislativo, aparece en el sistema constitucional americano a partir de la primera enmienda a la Constitución de 1787, que se impone dos años después; y que su contenido expresa “el Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa, o el derecho de reunirse pacíficamente, o de

presentar peticiones al Gobierno"; no obstante éste recién se va a visibilizar a través del histórico fallo emitido en el caso *Marbury and. Madison* (1803), cuyo mentor, el juez John MARSHALL de la Corte Suprema Norteamericana, lo aplica por primera vez, para anular una ley federal, a partir de un presupuesto elemental (que evidencia este magistrado), esto es cuando existe una contradicción entre la ley y la Constitución, la alternativa es tan simple como: o se aplica la Constitución, en cuyo caso se inaplica la ley, o se aplica la ley, lo que obligaría a desobedecer la Constitución.

Uno de los principales argumentos de aquel fallo que han sido citados por GONZÁLEZ-TREVIJANO, fueron los siguientes:

"...Una afirmación de principio: "La Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo"; "la necesidad de optar por una de las normas (Constitución/ley) en conflicto": Si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso. "La lógica preeminencia de la Constitución: Si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas..." (GONZÁLEZ-TREVIJANO 2000: 24).

1.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU ATRIBUCIÓN COMO ORGANO CONTRALOR DE LA CONSTITUCIÓN:

Para analizar esta función, es preciso retomar el análisis de la jurisdicción constitucional desde el modelo austriaco, partiendo de los antecedentes fijados por obra de Kelsen:

1.2.1. La Jurisdicción Constitucional en Europa: Kelsen y su reconstrucción durante el primer tercio del Siglo XX

Europa recepciona tardíamente a la doctrina americana del control judicial (*judicial review*) de las leyes, situación que en gran medida le es atribuible al jurista Hans KELSEN, quien plantea la concentración de la jurisdicción de control de su constitucionalidad en un solo tribunal como cambio básico en la estructura del sistema constitucional, y no como se ejecuta en el sistema americano, en el que en todos los tribunales mantienen dicha atribución; por ende dicha fórmula ha sido identificada como un sistema de “jurisdicción concentrada” frente al sistema de “jurisdicción difusa”, propio del constitucionalismo americano.

KELSEN no concebía al Tribunal Constitucional como ello, es decir como un tribunal porque no enjuicia hechos concretos, ya que su labor se centra fundamentalmente en realizar un control de compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas: la Constitución y la Ley, eliminando la norma incompatible con la primera, pero haciéndolo *ex nunc* (con efectos a futuro), *no ex tunc* (con efecto retroactivo); por lo que podría interpretarse que (en cuanto a esta atribución) no es un órgano jurisdiccional, sino más bien legislativo, un órgano que abroga leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, un legislador negativo, y que complementariamente al Parlamento (quien toma la iniciativa de dictar y de modificar las leyes) realiza función legislativa.

Actualmente los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes se caracterizan por adoptar una o ambas posturas; por ejemplo, la postura de adoptar pura y simplemente el modelo keiseniano, es representada por dos grandes juristas, Piero CALAMNDREI en Italia, que es a éstos efectos un kelseniano casi de estricta observancia, y por Hans NAWIASKY, un discípulo directo de KELSEN.

1.2.2. Jurisdicción Constitucional en América Latina

En la cuarta década del siglo XIX, la influencia norteamericana en el ámbito constitucional se hizo presente implantándose paulatinamente en las Constituciones iberoamericanas la *judicial review*.

Teniendo en consideración que fue el Sistema Norteamericano en donde se utilizó por primera vez el control constitucional en la vía judicial, su recepción en el sistema jurídico latinoamericano, está revestida de ciertos matices como por ejemplo el hecho de que mientras un buen número de países latinoamericanos, México entre ellos, en sintonía con Estados Unidos, conceden a la Corte Suprema o a sus Salas un aspecto limitado de jurisdicción original; otros países, como Colombia, Panamá y Cuba, permiten (o lo han hecho en el pasado) que se pueda elevar directamente a la Corte Suprema cualquier problema constitucional que envuelva la validez de una ley; ello ha generado que en éstos países se haya generado un auténtico monopolio de la Corte Suprema de Justicia en relación a su función de control de constitucionalidad de los actos de autoridad; un ejemplo palpable de ello lo encontramos en Cuba, país que desde la Constitución de 1940, concentró esta facultad en un tribunal adscrito al sistema de justicia ordinario, aunque orgánicamente se nos presente como una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, la influencia del modelo austriaco- Kelseniano de control, posteriormente se dejó sentir.

A criterio de FERNÁNDEZ SEGADO, en la actualidad vivimos un fenómeno de verdadera consolidación de los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica, circunstancia que ha originado que se concentren en más de un modelo de control de constitucionalidad, generando fórmulas e instrumentos procesales sugestivos y originales, que solo en algunos casos – desafortunadamente- funcionan de modo muy satisfactorio. (FERNANDEZ 2001: 152).

1.2.3. El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica.

El 25 de mayo de 1826, Simón Bolívar, en su mensaje dirigido al Congreso Constituyente de Bolivia, propuso la idea de instaurar un sistema de control de la constitucionalidad de los actos del poder público; órgano al que denominó como Cámara de Censores, el mismo que se ubicaría como una tercera cámara del legislativo (conjuntamente con la Cámara de Tribunos y la Cámara de los Senadores), efectuando una labor de fiscalización contra el gobierno para cuidar que la Constitución y los tratados públicos se cumplan en estricto.

La Constitución Política de Bolivia de 1826, pone en práctica esta idea, acogiendo un Poder Legislativo tricameral contemplando una Cámara de Censores, con la finalidad de fiscalizar al gobierno en el cumplimiento de la constitución, las leyes y los tratados públicos, debiendo acusar ante el Senado las infracciones del Ejecutivo.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana de 1851 creó un Consejo de Estado, sobre este recayó la labor de fiscalizar al ejecutivo en el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, acusando su inobservancia ante la Asamblea Nacional.

Siguiendo ese mismo esquema, alrededor de Latinoamérica, también existen países que han recepcionado tardíamente la “*judicial review*” norteamericana, destacando entre ellos Chile, Uruguay y el Perú. En Chile, por ejemplo, se consideraba que la Corte Suprema no contaba con atribuciones para desarrollar un control jurisdiccional de la constitucionalidad, porque los tribunales no estaban expresamente autorizados para ello, y adicionalmente porque el art. 164° de su Carta Constitucional, le atribuía al Congreso la facultad de resolver las dudas que se produjeran sobre la constitucionalidad de alguno de los artículos de la propia Constitución; siendo así, al entrar en vigencia la Constitución de 1925, la Corte Suprema rechazó seguir los pasos de la Suprema Corte

Norteamericana, lo que propició la consolidación de un control político de la constitucionalidad que se concreta por el propio Congreso Nacional y, durante su receso, por la llamada Comisión Conservadora.

En Uruguay (hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1934), no había sido regulado procedimiento alguno a efecto de declarar la inconstitucionalidad de una norma; por su parte las Constituciones de 1830 y 1918 guardaron silencio al respecto, la situación recién cambiaría con la Constitución de 1934, que dedicó un capítulo específico a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, otorgando dicha competencia a la Corte Suprema de Justicia.

En el Perú, con la promulgación de la primera Constitución Política (1823), ya se encontraba regulado el Principio de Supremacía Constitucional, encargando al órgano legislativo el control de las infracciones de la Constitución, sin crear al unísono un procedimiento especial para tal efecto. (GARCIA 1989: 145).

Las Constituciones promulgadas posteriormente, diez en total hasta la de 1979, excluyeron esta posibilidad (Constituciones de 1826, 1828, 1834, 1836, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933), ubicándose, consecuentemente, en la dirección del control legislativo de la constitucionalidad; únicamente la Constitución de 1856 (de solo 4 años de vigencia), reguló categóricamente este tipo de control, al precisar en su artículo décimo que *“Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”*, el mismo que no se repetiría luego en ninguna otra Carta.

El Perú fue el país que recepcionó mas tardíamente el control difuso de la constitucionalidad de las normas, pues recién con el Código Civil de 1936, se introduce formalmente en nuestro sistema jurídico constitucional, pues el art. XXII del Título preliminar del Código prescribía: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere

la primera.” pero la falta de disposiciones procesales que permitieran materializar dicho control ocasionaron su mínima (por no decir nula) efectividad.

No obstante lo acotado, en la actualidad se viene expandiendo, a decir de Fernández Segado, la influencia de otro modelo de control de constitucionalidad, esto es el modelo político; tal es el caso de Bolivia, país en el que se ha previsto facultar al Congreso de la República para dictar leyes interpretativas de la Constitución (art. 234° de la Constitución de Bolivia de 1967), o también el del Perú, que ha previsto la atribución del órgano legislativo de velar por el respeto de la Constitución (art. 102.2 de la Constitución del Perú de 1993), facultades congresales que no dejan de sorprender, pues tanto Bolivia como el Perú contemplan constitucionalmente la figura de un Tribunal Constitucional que, en atención a su naturaleza y a sus atribuciones constitucionales, debiera ser el único órgano constitucional encargado de velar por la salvaguarda de la Constitución y de interpretar la Norma Suprema del Estado. En consecuencia, atribuir al Legislativo facultades de control de la constitución, podría convertirse en un elemento notablemente disfuncional, al generar graves conflictos entre órganos constitucionales del Estado. (FERNANDEZ 2001: 165)

1.2.4. El Control Judicial de la constitucionalidad en Iberoamérica (Control Difuso en Iberoamérica)

En anteriores apartados se ha hecho mención a los modelos de jurisdicción constitucional, sobre los cuales se han establecido los sistemas de justicia constitucional de acuerdo a su particular implementación en cada país, lo que pone de manifiesto también los modelos de control de la constitucionalidad, entre los que se encuentran *el norteamericano, el austriaco y el francés*; los dos primeros han originado a su vez la identificación de tres sistemas de control de acuerdo a los órganos que lo ejercen: *el sistema de control difuso o control concreto*, en el cual son todos

los jueces de un país (independientemente de su jerarquía) los que están facultados para ejercitarlo; *el sistema de control concentrado o abstracto*, a través del cual, la facultad para anular las leyes y otros actos estatales contrarios a la Constitución es atribuible únicamente a un órgano del Poder Judicial, sea a la Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Constitucional específicamente creado para ello, pudiendo ubicarlo fuera de la estructura organizativa del Poder Judicial, como en el caso peruano; y por último tenemos al denominado *sistema de control mixto*, que se presenta actuando ambos sistemas operan simultáneamente; sin embargo García Belaunde ha planteado la existencia de un último sistema al cual ha denominado *Dual o Paralelo*, que se diferencia del mixto porque en éste último sistemas difuso y concentrado no se mezclan, sino que coexisten en un mismo ordenamiento por separado.

Los sistemas o modelos de control constitucional implementados en América del Sur, según Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (NOGUEIRA 2002), son los siguientes: i) Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema de Justicia y en su Sala Constitucional (Paraguay); ii) Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema (Uruguay); iii) Sistema judicial difuso (Argentina); iv) Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad: uno preventivo abstracto ante el Tribunal Constitucional y excepcionalmente represivo abstracto en el caso de decretos con fuerza de ley o decretos reglamentarios, decretos supremos o reglamentos autónomos, y un control posterior, represivo o correctivo concreto en manos de la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile) v) Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional (Bolivia, Colombia); vi) Sistema de control constitucional dualista (Perú, Ecuador); vii) Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo (Brasil);

En los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú las competencias asignadas a los Tribunales Constitucionales están referidas al control constitucional normativo, al control de los conflictos competenciales

generados entre los distintos órganos y poderes del Estado, así como al control de la constitucionalidad de los actos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, a través de los procesos constitucionales que conforman la llamada “jurisdicción de la libertad” (amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento), con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1.3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL IN ABSTRACTO DE LAS NORMAS LEGALES:

Una de las principales atribuciones con las que cuenta el Tribunal Constitucional, herencia del sistema austriaco Kelseniano, es la del control abstracto o concentrado de las leyes, la que ejercita a través del proceso de inconstitucionalidad, a través del cual se busca la anulación de las leyes contrarias a la Constitución, garantizando de este modo su supremacía, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, objeto que se expresa en su doble dimensión: objetiva y subjetiva (conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional Peruano en la Resolución de Admisibilidad emitida en el Exp. N°0020-2005-PI/TC. Considerando 4); la primera en tanto se trata de un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre dos normas de distinta jerarquía, y la segunda, porque a través de él se persiguen los fines expuestos.

Este control de constitucionalidad de las leyes está regulado en el artículo 200 inciso 4º de la Constitución de 1993, precisando *“La acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”*; Así también, el artículo 103 de la Constitución establece que: *“La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”*; y la última parte del artículo 204, dispone

que “la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

El control concentrado de la constitucionalidad tiene como objeto principal el juzgar la constitucionalidad de una ley o norma con igual rango, logrando su expulsión del ordenamiento jurídico con efectos erga omnes y ex nunc, es decir de alcance general y para el futuro, consecuentemente es una decisión de carácter constitutivo, así se advierte de lo expuesto en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional, cuando precisa que su finalidad es “... la defensa de la constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa.”; lo que significa que se materializa a través de una sentencia en la que, o se declara la inconstitucionalidad de una norma (supuesto en el que previamente se identifican los distintos sentidos interpretativos de la norma a fin de verificar si alguno de éstos es conforme a la Constitución y así mantener su vigencia), o se confirma su validez al verificar su compatibilidad con la Constitución, y de ser necesario, otorgándole un sentido interpretativo que la haga conforme a ella.

Este tipo de control puede darse previamente a la entrada en vigencia de la norma, situación en la cual se denomina *control preventivo* o posterior a ello, al que se le identifica como *control represivo o correctivo*; para el caso de nuestro país, este control es posterior y se ejercita incluso contra normas ya derogadas, así lo interpretó nuestro Tribunal Constitucional en la STC N°0053-2004-PI/TC, en la que admite la posibilidad de revisar la constitucionalidad de normas derogadas, alegando:

“...la derogación termina con la vigencia de la norma pero no logra eliminarla del ordenamiento jurídico, afectando su efectividad futura, mas no su existencia. Se verifican dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúa desplegando sus efectos y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos

que la norma cumplió en el pasado, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria”.

El control también puede darse de manera *principal* o *incidental*, ya sea que llegue al juez constitucional directamente vía un proceso de inconstitucionalidad o acción popular, o vía excepcional a través de una incidencia planteada dentro de otro proceso, lo que no ocurre en nuestro país.

Cabe resaltar que respecto a esta atribución, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado criterios de interpretación a lo largo de su jurisprudencia, permitiendo su mejor comprensión y alcances, como por ejemplo en lo referente a la triple efectividad de las sentencias emitidas en este tipo de procesos, esto es su carácter de *cosa juzgada*, *fuerza de ley* y *vinculación a todos los poderes públicos* (artículo 82 del Código Procesal Constitucional). De la redacción de la citada norma se advierte que por regla general, cuando la norma cuestionada ha sido objeto de un proceso de inconstitucionalidad anterior, se debe declarar la improcedencia de la nueva demanda, pero diferenciando si la decisión recaída en el primer proceso estaba referida a aspectos de forma o de fondo, pues en el primer caso, si es posible su cuestionamiento en una nueva demanda pero basado únicamente en defectos de fondo; mientras que en el segundo caso, le resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 104 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, impidiendo un nuevo control sobre la misma, máxime si además dicha norma no podrá ser posteriormente inaplicada mediante control difuso jurisdiccional o por tribunales de justicia administrativa (STC 03741-2004-AA/TC. Fundamento Jurídico 50) conforme lo prevé el artículo VI del Título Preliminar del acotado dispositivo; a pesar de ello, por la vía jurisprudencial se establecieron excepciones a la regla, como en aquellos casos en los que la ley enjuiciada, posteriormente, haya sido declarada nula por su manifiesta incompatibilidad con un tratado de derechos humanos, por un Tribunal Internacional en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentra sometido como

en el caso de aquellas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en las que dicha Corte, vía el “control de convencionalidad”, ha inaplicado por su incompatibilidad manifiesta con algún tratado (caso de las Leyes de Amnistía Nros 26479 y 27492, que fueron declaradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos contra el estado peruano- STC N°00275-2005-PH/TC); o en los casos en los que pese a que el Tribunal Constitucional declaró en abstracto la validez constitucional de la norma bajo control, advierte que su aplicación en un caso en concreto y bajo determinadas circunstancias, podría resultar inconstitucional, criterio que sostuvo en las STC Nros. 009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC y 004-2004-AI/TC; o en aquellos casos donde el Congreso posteriormente al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la validez constitucional de la norma enjuiciada, modifica la Constitución, es decir, la norma que sirve de parámetro de control, dando lugar a una inconstitucionalidad sobreviniente (STC N°1680-2006-PA, Fundamento Jurídico 9 haciendo mención a las STC Nros. 0014-2003-AI/TC y 0050-2004-AI/TC).

1.3.1. El Objeto del Control In Abstracto: normas sometidas a control:

Es el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución Política el que señala cuales son las normas controlables a través de este proceso, refiriéndose a las normas con rango de ley emitidas por el Parlamento, por el Poder Ejecutivo y por los Gobiernos Locales, es decir: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; ello se entiende a partir del hecho de tomar siempre como referencia la Constitución a efecto de verificar su compatibilidad; sin embargo, existen conflictos de interpretación legal respecto al propio texto constitucional, interpretaciones del texto que eventualmente afectarían la propia norma fundamental, por lo que aceptar la posibilidad de ejercer su control implica partir del supuesto identificado y analizado con magistral destreza por Otto Bachof, esto es la

existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

Para Bachof si es posible llegar al escenario en que las normas contenidas en la Constitución contravengan un derecho supralegal de origen pre estatal, supraestatal, metapositivo o natural; para llegar a esta conclusión, el autor hace una distinción entre Constitución en sentido formal y material, considerando la existencia de un derecho “suprapositivo” que vincula al propio Poder Constituyente a fin de dar validez a la Constitución, este derecho “supralegal” puede o no estar incorporado en el texto constitucional, cuya contravención genera la antinomia antes mencionada. Su teoría se basa en un recuento de la jurisprudencia de los tribunales alemanes, que inicialmente negaron esta contradicción, pero luego la fueron aceptando progresivamente al convenir que existe un derecho “metapositivo” que el Constituyente ha positivizado en cierta medida a través del reconocimiento de los derechos fundamentales inviolables e intangibles, dichas normas no pertenecen al parámetro de control de las normas por parte del Tribunal Constitucional, sin embargo éste si es competente para resolver un conflicto entre una norma constitucional y el derecho metapositivo, constituyéndose este último en un parámetro de control para dichos efectos; ello fue señalado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de Baviera el 24 de abril de 1950 (BACHOF 2008: 30-42).

Por el contrario, Jorge CARPIZO disiente de la teoría de BACHOF, pues concibe a la Constitución como un sistema armónico que otorga unidad a todo el ordenamiento jurídico, de tal modo que, si dentro de la Constitución surge una aparente contradicción entre sus normas, es a través de su interpretación como se la armoniza (CARPIZO 2009:83).

Nuestro Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de analizar ambas posiciones en uno de los casos que posteriormente diera origen a un precedente vinculante, nos referimos al caso Lizana Puelles, en el que se desarrollarían una serie de principios necesarios para la labor interpretativa

del juez constitucional, a partir de la determinación de una contradicción intraconstitucional existente entre los artículo 141 y 181 de la Constitución; tales principios están detallados en la STC N°05854-2005-PA, Fundamento Jurídico 12:

- *El principio de Unidad de la Constitución:* Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- *El principio de Concordancia Práctica:* En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).
- *El principio de Corrección Funcional:* Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- *El principio de Función Integradora:* El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
- *El principio de Fuerza Normativa de la Constitución:* La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no

sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”

Otro de los casos emblemáticos resueltos por el Tribunal Constitucional Peruano en relación a la citada controversia se ubica en la sentencia dictada en el Exp. N°014-2003-AI/TC a partir de la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la propia Constitución de 1993, la misma que fue desestimada por considerar que aun cuando ésta tuvo un origen espurio (al emanar de un golpe de estado producido el 05 de abril de 1992, producto de la corrupción generalizada y el uso arbitrario del poder), su ausencia de legitimidad de origen no constituía un argumento para determinar su falta de vigencia o su nulidad, aduciendo que la validez de una norma (ley o Constitución) se verifica en tanto tiene fuerza vinculante y ha sido creada conforme al procedimiento regulado para su creación y posterior emisión, según las reglas de competencia y procedimiento fijadas en dicho ordenamiento (validez formal) y siempre que no contravengan las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material), criterio que no puede ser trasladado a la Constitución dado que es la norma suprema del ordenamiento jurídico, por lo tanto la validez formal de ésta, no puede ser objeto de control, en tanto no existe un precepto superior que haga las veces de una norma que regule su producción jurídica, y por las mismas razones, tampoco puede evaluarse su validez material, pues no existe norma superior que determine su contenido mínimo.

No cabe duda de la trascendencia de esta función, así como de sus alcances desarrollados por la vía jurisprudencial, por ejemplo en lo concerniente a las leyes de reforma constitucional, que si bien no se encuentra prevista taxativamente en la Constitución como una materia susceptible de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, también ha sido aceptado su control, en el sentido de que éstas normas representan incorporaciones o supresiones al texto mismo de la Constitución, por lo que eventualmente pueden afectar el contenido fundamental de la configuración

jurídica de aquella, siendo indispensable previamente precisar los límites diversos a los que se encuentra sometido todo proceso de reforma, los mismos que pueden ser tanto formales como materiales, los primeros destinados a precisar los diversos requisitos y procedimientos exigidos para llevar a cabo la reforma, mientras que los otros se relacionan con los principios esenciales que confieren identidad a la propia Constitución y a su núcleo de valores esenciales, así lo expreso este Colegiado Constitucional en el Exp. N°014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cuzco; aunque también ha precisado que no en todos los casos se puede enjuiciar una reforma constitucional, sino en aquellos casos en los que, conforme a la Constitución, dicha reforma transgrede alguno de los límites a los que se encuentra sometido todo proceso de reforma (STC. N°0024-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico 2-5).

En esa misma lógica, también se ha interpretado (a pesar de no estar expresamente previsto) el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, atribución que se ejercita a posteriori (para el caso peruano) sobre aquellos tratados internacionales aprobados por el Congreso (artículo 56 de la Constitución) y por el Presidente de la República (artículo 57); si bien doctrinariamente se ha diferenciado la naturaleza legal de los primeros reconociendo su rango de ley, mientras que a los segundos, al tratarse de una norma ejecutiva, son analogados a los Decretos Supremos, se podría concluir que solo los primeros son objeto de una acción de inconstitucionalidad, mientras los segundos pueden ser controlados vía Acción Popular; sin embargo el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha zanjado esta discusión al prever que los tratados internacionales que requieran o no aprobación del Congreso, son objeto de acción de inconstitucionalidad. Al respecto, cabe mencionar que la primera demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra un Tratado fue analizada por el Tribunal Constitucional en el año 2010, cuando 40 congresistas de la República interponen demanda dirigida a cuestionar el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Perú y Chile, la cual fue declarada infundada en su oportunidad.

Si bien la atribución comentada constituye un común denominador para los Colegiados Constitucionales en América Latina, y que además encuentran su antecedente directo en el Tribunal Constitucional Austriaco, no todos ejecutan dicho control sobre normas de la misma naturaleza; así en Ecuador, por ejemplo, el control se extiende a resoluciones administrativas y ordenanzas municipales; en Bolivia alcanza a todo tipo de ordenanzas y resoluciones no judiciales; en Paraguay, Venezuela y Chile el control se extiende a las resoluciones judiciales ordinarias; en Bolivia, Colombia y Chile, se extiende a los proyectos de ley o de reforma constitucional y finalmente en Brasil, Bolivia, Ecuador y Chile, se extiende a los tratados, aunque dicho control es previo, salvo el caso Brasileño (ACUÑA 2014: 115).

Finalmente, no solo las normas que configuran el sistema jurídico al interior de un Estado Constitucional de Derecho, pueden ser objeto de control abstracto, también lo son las omisiones legislativas cuando infringen algún precepto o mandato constitucional provocando una situación de inconstitucionalidad; ello nos lleva quizá a uno de los cuestionamientos más fuertes que ha sufrido el Tribunal Constitucional Peruano, cuando en ejercicio de sus atribuciones ha dictado sentencias interpretativas y exhortativas, permitiéndose participar en el proceso de creación normativa a través de sus interpretaciones o, en otros supuestos, permitiéndose desarrollar función legislativa en un sentido determinado so pretexto de conseguir objetivos compatibles con la protección de los derechos fundamentales; la naturaleza de este control encuentra sustento, entre otras razones, en: *a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador, son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y el rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que*

la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales. (STC. N°0006-2008-PI/TC, Fundamento Jurídico 37-41).

La doctrina constitucional también distingue en este punto *omisiones absolutas* (omisiones del legislador) y *omisiones relativas* (omisiones de la ley), “...*las primeras referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamental; mientras que las omisiones de la ley, están referidas al silencio de ésta en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. Se presentan en el control de constitucionalidad de un precepto normativo en el que, como ha señalado la jurisprudencia alemana, se constata, “la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio... (...) De ahí que el parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas sea el principio constitucional de igualdad” (STC. N° 0006-2008-PI/TC, Fundamento Jurídico 42-44)*

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO DE CONTROL DEL PODER

2.1. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES, EL SISTEMA DE CONTROL Y EL BALANCE DE PODERES.

Montesquieu, sostuvo en su obra más representativa que “*Todo estaría perdido si un mismo hombre, o un mismo cuerpo de personas principales, o de nobles o de pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares*”.(MONTESQUIEU 1980: 34) De este modo, resulta evidente que existe una diferenciación funcional del poder del

Estado, mediante la cual diferentes instituciones del mismo Estado se reparten el ejercicio principal de una o varias funciones especializadas.

Así, la visión liberal del Estado permitió identificar como principales funciones, las instituciones a las que se atribuían y las relaciones producidas entre éstas, a las siguientes: a) La Función Ejecutiva, propia de las instituciones cuya decisión vinculante obliga a un ciudadano o un grupo de ellos, a adoptar o evitar una determinada conducta; b) La Función Legislativa, la cual fundamenta la decisión vinculante, dotándola de parámetros, esto es, define los objetivos y procedimientos de cada decisión, reflejándose en leyes, decretos y otros; y, c) La Función Judicial, que se encarga de dirimir las controversias originadas por la interpretación de las reglas de juego o la idoneidad de su aplicación, teniéndose como conclusión una determinada solución que se aplica al caso en concreto.

Este interés por dividir la dotación de poder en diferentes instituciones, tiene además un fundamento político; y es que, recordando la historia del desenvolvimiento de la separación de poderes, debemos remontarnos al origen de la tradición del Estado Liberal, donde se luchaba contra la concentración de poder en una sola persona o institución, en ese entonces la monarquía absoluta. De esa manera, los autores más representativos que pregonaron la separación de poderes, son Locke y Montesquieu, quienes estaban convencidos que la única forma de evitar el ejercicio abusivo del poder era, con su distribución a más de una institución.

Así, Tarapues Sandino ha señalado respecto al Tribunal Constitucional español que:

“El Tribunal Constitucional se ha encasillado teóricamente en un espacio ajeno a las ramas del poder público tradicionales, es decir, del legislativo, del ejecutivo e incluso el judicial. Argumentos de diversos teóricos como Kelsen, Zarini y Favoreu, entre otros, apuntan a la total independencia de esta institución frente a otros organismos del Estado que pueden inferir en las decisiones que adopte en torno a la constitucionalidad de los actos y normas

que se le asignan”. (TARAPUES 2008: 104).

Landa Arroyo por su parte adiciona que la relevancia de la existencia de un Tribunal Constitucional radica en que dicha institución está encargada de hacer el control constitucional de las leyes, formando parte de este sistema de separación y balances de poderes (LANDA 2011: 63-66), transformando el clásico modelo de división de poderes, por lo que se requeriría de reajustes permanentes entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos.

Son fundamentalmente dos principios sobre los cuales debe entenderse la facultad de control del poder que ejerce el Tribunal Constitucional, así ha sido expresado en la STC 0005-2007-PI/TC, Fundamento Jurídico 14-23, refiriéndose al *“principio democrático en el Estado Constitucional”*:

“...que se sustenta en lo previsto en el artículo 43° de la Constitución, el cual alude tanto al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), como a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2° 17 de la Constitución...”

Principio que a su vez se sustenta en el principio – derecho de dignidad de las personas, considerado como el inicio y fin del Estado, garantizando así su participación en la voluntad político-estatal, lo que constituye el presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales, lo que lleva consigo el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia

directa (artículo 31º de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia.

En ese orden de ideas, el modelo de democracia en un Estado Constitucional se sustenta en la soberanía del pueblo, representada por el Parlamento, cuyas facultades no son absolutas sino relativas pues se encuentran limitadas por la Constitución en tanto norma jurídica suprema, de modo que las mayorías parlamentarias no pueden desconocer las competencias y los límites formales y materiales establecidos en dicha norma.

“...En el Estado Constitucional, si bien se exige el respeto al principio democrático también se exige el control y balance entre los poderes del Estado, si bien se exige el respeto a las decisiones de las mayorías también se exige que tales decisiones no desconozcan los derechos de las minorías, pues el poder de la mayoría solo adquirirá legitimidad democrática cuando permita la participación de las minorías y reconozca los derechos de estas; y finalmente, si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado. La participación del pueblo –y del Parlamento– en el gobierno en un Estado Constitucional exige que tal participación sea realizada respetando fundamentalmente los derechos constitucionales y el control y el balance entre los poderes del Estado...”

El control y balance de poderes a los que se refiere el Tribunal Constitucional, parte de la concepción del Principio de Separación de Poderes, cuya esencia es evitar que los órganos del estado asuman competencias que no les corresponden, por ejemplo que quien realiza funciones jurisdiccionales termine desarrollando funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, desconociendo así derechos y libertades fundamentales; descartando su acepción clásica, esto es la separación tajante y sin relaciones entre los poderes del Estado, sino más bien como una suerte de *checks and balances of powers*, así como de

coordinación y cooperación entre ellos, garantizando la independencia y autonomía de los órganos estatales, lo que no implica que éstos actúen de manera aislada y con compartimentos estancos, cuyas funciones deben ser controladas entre sí.

En conclusión resulta más adecuado hablar de separación de funciones básicas del Estado, limitándose recíprocamente, lo que constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura, en sintonía con ello la Constitución peruana de 1993, recoge expresamente este principio fundamental en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú “(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”.

Aceptar que en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho existe un control recíproco de las funciones del Estado, nos genera – en cierta medida- la interrogante si es que las tres merecen el mismo nivel de atención, sin embargo, el propio Tribunal, que en la sentencia en comento ha interpretado que es la función jurisdiccional que merece mayor atención, pues constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

Ahora, otra conclusión que es posible advertir es que en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, el Poder Constituyente ha previsto funciones específicas para los órganos constitucionales, sin desconocer, que aquí también se materialice el principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros).

2.2. EL CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LOS PODERES DEL ESTADO.

El desarrollo de la justicia constitucional, si bien ha resultado positivo en la generación de mayores niveles de efectividad en la protección de los derechos fundamentales y el respeto de las competencias o atribuciones de los poderes del Estado; también ha implicado que se produzcan tensiones con tales poderes. Evidenciando ello que, la implementación de los mandatos constitucionales requiere de estrategias, necesitándose que la jurisprudencia nacional establezca la posición del Tribunal Constitucional en el sistema de división de poderes.

2.2.1. Control al Poder Ejecutivo

La historia presidencial del Perú ha sido comúnmente manchada por la corrupción y la impunidad, volviendo la vida política inestable a tal punto que, inclusive las Constituciones eran manejadas conforme ingresaba una nueva tendencia política o militar. Así, la posibilidad de abuso legislativo aumentó desde la permisión a que el Presidente de la República emitiera normas con fuerza de ley (Decretos de Urgencia) y Decretos Legislativos por delegación de facultades del Congreso. Esta manifestación de poder ilimitado se observó con mayor fuerza en el gobierno de Alberto Fujimori, donde el Poder Legislativo y Judicial, y hasta el Tribunal Constitucional estuvieron a expensas de sus propios intereses; tal y como se observa de las resoluciones emitidas a favor de su reelección, a pesar de estar prohibido en la Constitución; en esta época el ex presidente Alberto Fujimori llegó a dictar 126 Decretos Legislativos relativos a la promoción de la inversión privada; algunos de ellos fueron derogados por el Congreso aprobándose incluso la Ley 25397 con la finalidad de controlar los actos normativos del Presidente de la República, hecho que fue utilizado por el propio Fujimori como un argumento para el golpe de Estado ocurrido el 05 de abril de 1992, algunos de ellos fueron cuestionados ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, el mismo que fuese defenestrado

juntamente con el Congreso a raíz del aludido golpe de estado, periodo a partir del cual dicho gobierno de facto legisló mediante decretos leyes sin posibilidad de revisión, sino hasta que se instaló el nuevo Tribunal Constitucional, el cual no obstante conocer -vía acción de inconstitucionalidad- el cuestionamiento de algunos de ellos, postuló la *tesis de la continuidad*, en la medida que las normas dictadas por este gobierno de facto, fueron legitimadas posteriormente por el Gobierno al elegirse el nuevo Congreso Constituyente, el cual ratificó expresamente su vigencia.

Ahora, respecto a los Decretos de Urgencia, no existe mucha jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto al control de su constitucionalidad, ello podría deberse a que en aplicación al artículo 118° inciso 19 de la Constitución, el Presidente debe dar cuenta de los mismos ante el Congreso; por lo que, el control posterior de dichas normas es delegado -en un primer momento- al Poder Legislativo.

Sin embargo, dentro de las limitadas sentencias emitidas al respecto, se tiene la dictada en el Expediente N° 25-2008-PI/TC, sobre la Demanda de Inconstitucionalidad presentada por cinco mil ochocientos setenta y cinco ciudadanos contra el Decreto de Urgencia N° 025-2008, que establece disposiciones complementarias para la aplicación de las Leyes N° 27803 y 29059, las cuales se referían a los beneficios de los trabajadores que fueron objeto de ceses colectivos; dicha demanda fue declarada fundada, basándose en que el Decreto de Urgencia se habría emitido sin observarse las características propias de esas normas, esto es: excepcionalidad, generalidad, conexidad, necesidad y transitoriedad; aunque se evitó manifestarse sobre la compatibilidad del contenido del Decreto de Urgencia con la Constitución.

Por otro lado, se tiene también la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos de Urgencia N° 001-2011 y 002-2011, presentada por el Congresista Yonhy Lescano, representando al 25% del número legal de

congresistas; mediante estos decretos se priorizaban 33 proyectos de inversión sin sus respectivos estudios de impacto ambiental, siendo cuestionados porque supuestamente eliminarían la necesidad del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para la realización de los proyectos de inversión.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda al considerar que los Decretos de Urgencia no cumplían con el presupuesto habilitante de transitoriedad, en cuanto las adjudicaciones no serían realizadas en el año, originándose nuevos decretos para su implementación; por lo que los proyectos de inversión referidos en dichos decretos de urgencia, debían sujetarse a la ley vigente antes de su dación. (ACUÑA 2014: 72-73).

En este punto también podemos mencionar la controversia originada con la emisión de la STC Exp. N°03116-2009-PA/TC, conocida también como el caso Cementos Lima, en la que se declaró inaplicable la tasa que reduce del 12% al 0% para dos partidas arancelarias contenidas en el artículo 2 del Decreto Supremo N°158-2007-EF emitido por el ejecutivo, al considerar que afectaba el principio de igualdad ante la ley de productores nacionales e importadores de cemento, interviniendo directamente en el mercado arancelario peruano así como en las políticas económicas del Estado, que es una potestad única del Poder Ejecutivo, ordenando a la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) que restablezca dicho arancel a la tasa del 12%, reducción que se justificaba a fin de satisfacer la demanda de cemento que existía en el sur del país, tras el terremoto de Pisco, Chíncha e Ica (2007).

En esta resolución el Tribunal Constitucional indicó que el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú se equivocó al emitir la cuestionada norma, cuando el objetivo del decreto en cuestión fue reducir los aranceles a la importación de cemento para poder abastecer la demanda.

Los argumentos jurídicos que cuestionan la aludida sentencia versan respecto a que el Tribunal no habría efectuado la ponderación exigida para un conflicto constitucional (test de proporcionalidad), con la finalidad de entender si la reducción del arancel impuesto por el estado al cemento sin pulverizar importado, afectaba el derecho a la igualdad del demandante (Cementos Lima SA), pues el Estado no estaba otorgando preferencias irrazonablemente, adjudicándose competencias destinadas exclusivamente al Poder Ejecutivo, tal y conforme lo prevé el artículo 74 de la Constitución, al tratarse de un tema eminentemente técnico, máxime si con lo decidido está regulando el mercado a favor solo del demandante.

Otra de las resoluciones que han dado lugar a sendas críticas es aquella emitida en el Exp. 02053-2013-PA/TC, en el proceso de amparo seguido a favor de las universidades Privada de Ciencias Aplicadas (UPC) y Privada del Norte (UPN); si bien el tema de fondo es de naturaleza tributaria, pues recayó en el análisis de la constitucionalidad de un crédito tributario por reinversión en éstas instituciones educativas (efectuaba por efecto de la Ley 29766, precisando los alcances del artículo 2 del Decreto Legislativo 1087), las razones expuestas en los votos emitidos por los magistrados, no solo de carácter singular: Ledesma Narváez y Urviola Hani, sino también por las ratificaciones de los fundamentos de voto (figura poco usual al momento de emitir sus resoluciones) hechas por los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera (votos en mayoría), justifican una reflexión respecto a los límites a las competencias asumidas por el máximo intérprete de la Constitución en relación con las atribuciones asignadas a los órganos que desempeñan función ejecutiva en nuestro país.

El tema de fondo en este caso – como ya se expuso anteriormente- giraba en relación a la reversión de un beneficio tributario dispuesto para las entidades dedicadas a la actividad educativa privada regulada por el Decreto Legislativo 882; precisamente un crédito tributario por reversión de utilidades equivalente al 30%, lo que significaba en buena cuenta que si la

institución educativa reinvertía total o parcialmente su renta, tendría un crédito ascendente al 30% del monto reinvertido, el problema generado con dicho beneficio es que no se estableció con claridad su naturaleza, por lo que haciendo una aplicación extensiva del Código Tributario (artículo VII del Título Preliminar), se interpretó (al haber sido concedido sin plazo) que éste se otorgó solo por tres años, por lo que habría caducado en el año 1999; ante esa incertidumbre legislativa, se publicó la Ley N°29766 (el 22 de julio del 2011) estableciendo específicamente la caducidad de dicho beneficio a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1087, es decir el 29 de junio del 2008; sin embargo, al someter al control constitucional el contenido de dicha normatividad, cuestionando su aplicación vía el proceso de amparo, las universidades demandantes resultaron beneficiadas con una interpretación extensiva de dicho beneficio, incluso con vigencia posterior a su derogación expresa mediante la ley antes indicada, por calificar a ésta como una norma inconstitucional porque otorga efectos retroactivos a la caducidad de los beneficios; en buena cuenta en esta oportunidad también habrían interferido en competencias atribuidas al organismo administrador de los tributos en nuestro sistema, es decir la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

Este pronunciamiento, cuenta con una sentencia en mayoría (suscrita por cuatro de los seis magistrados habilitados, ante la abstención de uno de los integrantes, dos votos singulares emitidos individualmente y cuatro “ratificaciones de voto”) lo que generó además una inusitada repercusión mediática, pues con anterioridad a la publicación formal de la resolución, se difundieron públicamente el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y la ratificación de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera; en el primero de ellos, la Dra. Ledesma descarta que el exclusivo objeto de la redacción de un voto singular se limite a expresar una “posición interpretativa distinta al de la mayoría que gana el caso”, alegando que la posición mayoritaria constituye “la ‘muerte’ del legislador tributario”, competencias que ahora asume el Tribunal Constitucional, justificando su posición en el hecho de que ningún juez (incluidos los magistrados del

Tribunal) tienen un ámbito de libertad absoluta para resolver en cada caso, esto es interpretar el derecho a su conveniencia o de acuerdo a los intereses de un grupo económico, social, político, religioso u otro, pues el conceder beneficios creados “ilegalmente” vía interpretación constitucional, genera consecuencias que se deben sopesar; en el caso en concreto, este beneficio tributario de reinversión en educación otorgado, entre otras universidades, a las demandantes, que tuvo vigencia solo hasta 1999, contraviene el principio de igualdad, al no aplicarse todas las universidades en el mismo supuesto; dicha oportunidad también es aprovechada por la magistrada para expresar – con calificativos altisonantes- sus críticas a los magistrados que votaron en mayoría, lo que mereció respuesta inmediata de algunos de ellos, por ejemplo el Dr. Ramos Núñez.

Por su parte, en esta misma ocasión el magistrado Blume Fortini, al emitir su ratificación de voto critica los agravios expresados por la Dra Ledesma, cuestionando el ejercicio de sus deberes como magistrada del Tribunal Constitucional, ya que si bien la expresión del voto singular es “una de las garantías del ejercicio de la magistratura constitucional”, permitiendo expresar libremente sus discrepancias en relación con la postura mayoritaria al interior de un colegiado, éste debe ejercitarse en el marco de una relación de ecuanimidad, respeto y tolerancia, no utilizando el agravio y la diatriba contra quienes no comparten la posición.

A esta discusión se suma la posición de Espinosa-Saldaña Barrera, quien en su ratificación de voto cuestiona el argumento de las consecuencias negativas para el erario nacional que se podrían producir con la sentencia (alegado por Ledesma), criticando a su vez los argumentos expuestos, y cuestionando su conducta como magistrada, deja entrever incluso su presunta responsabilidad en la difusión a través de los medios de comunicación del texto de la sentencia antes de su publicación oficial; reprocha además que se haya utilizado en anteriores oportunidades este proceder para agraviar a los magistrados con los que disiente.

Resulta interesante el análisis del conflicto interno generado con la emisión de esta sentencia, pues es la primera vez en la historia del Tribunal Constitucional peruano que se ven reflejados y reconocidos por sus propios miembros, excesos argumentativos y de interpretación en sus decisiones, circunstancia que se demuestra especialmente en el voto singular emitido por la magistrada Ledesma Narváez y que fuera abiertamente criticado, deslizándose la posibilidad- al menos inicialmente- de solicitar ante el Congreso de la República se inicie un procedimiento de acusación constitucional en su contra.

Además se hace visible por primera vez la existencia de fuertes discrepancias al interior del Tribunal Constitucional, lo que pone de manifiesto la composición plural (ideológica, académica) de los magistrados, quienes son finalmente los que interpretan, en última instancia, la Constitución; y si bien concordamos con la necesidad de utilización del voto singular, pensamos que fue la oportunidad que utilizó este colegiado para poner en práctica la autolimitación, ciñéndose en el futuro al análisis estrictamente jurídico diferenciado de quien no coincide con la posición mayoritaria, no utilizándolo nuevamente para incluir afirmaciones respecto a supuestas irregularidades de los otros magistrados que lo integran; ello no solo implica cumplir con los estándares de motivación de las resoluciones judiciales que exige el debido proceso y la tutela judicial efectiva, sino además permite hacer efectivo el derecho a la sana crítica de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución, plenamente vigente en un Estado Constitucional.

2.2.2. El control al Poder Legislativo.

Como lo hemos referido anteriormente, el punto neurálgico de las tensiones entre el poder legislativo y el Tribunal Constitucional, radican en la existencia de determinadas sentencias emitidas en procesos de inconstitucionalidad que han supuesto la creación de normas

(interpretando, adicionando, reduciendo o sustituyendo enunciados), así como la exhortación y recomendación al legislador para expedir otras leyes que sí se encuentren conformes a la Constitución. Estas sentencias “manipulativas” han sido emitidas tanto al estimar o desestimar las demandas planteadas.

Debe tenerse en consideración que cuando se declara fundada una demanda de inconstitucionalidad, la consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, la emisión de éstas sentencias ha dado lugar a una serie de modulaciones sub clasificándose a su vez en sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto y sentencias manipulativas, estando divididas estas últimas en reductoras, aditivas, sustitutivas, exhortativas y estipulativas.

Por otro lado, respecto a las desestimatorias, se tiene que declaran infundada una demanda de inconstitucionalidad, sin embargo, ello no significa que la interpretación dada a la norma cuestionada sea del todo acorde a la Constitución, pues –eventualmente- puede presentarse hasta dos interpretaciones de la misma norma, una conforme a la Constitución y otra incompatible con ella. Así, el Tribunal Constitucional estima que la norma se mantenga siempre que se interprete de la forma más coherente con la Constitución. Esta visión se extrae del Fundamento Jurídico 29 de la STC N 010-2002-AI/TC.

Las sentencias desestimatorias tienen su justificación en la necesidad de evitar las consecuencias negativas de la simple supresión de una norma en el ordenamiento jurídico, relacionándose íntimamente con la existencia de los principios de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución.

Mediante el primer principio, el juez constitucional “salva”, en la medida de lo posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, con la finalidad de afirmar la seguridad jurídica y gobernabilidad del Estado, convirtiendo a su

expulsión por inconstitucionalidad, en la última ratio a la que debe apelarse; mientras que, respecto al segundo principio, se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, con la finalidad de mantener la coherencia y armonía con el texto fundamental, con lo cual se podría reducir, sustituir o modificar su aplicación para los casos concretos.

Es bajo este escenario que el ex parlamentario Antero Flórez Aráoz presentó el Proyecto de Ley N 14321/2005-CR, sustentándolo en los siguientes fundamentos: 1) El Tribunal Constitucional estaría usurpando las facultades legislativas del congreso, vulnerando con ello la separación de poderes. 2) La emisión de sentencias interpretativas aditivas, eran una extralimitación de su poder. 3) No existe fundamento constitucional para que el Tribunal Constitucional emita sentencias interpretativas. 4) La existencia de sentencias interpretativas genera inseguridad jurídica, por cuanto no existe claridad respecto a los extremos vinculantes de la resolución. 5) Asegura que no existe fundamento constitucional para sostener que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, cuestionando de esta manera lo señalado en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por su parte, dentro de los fundamentos que contradicen a lo señalado en el Proyecto de Ley citado, RUIZ MOLLEDA establece lo siguiente: 1) Las sentencias interpretativas si bien implican el ejercicio de funciones legislativas, éstas son limitadas, porque el criterio de interpretación se basa en una exigencia constitucional, donde su actuación es de “legislador negativo”, dado que expulsa del ordenamiento jurídico las normas contrarias a la Constitución. 2) Las sentencias interpretativas son una expresión del principio de colaboración de poderes, pues su finalidad es controlar la conformidad de la actuación del legislador con la Constitución: ejercicio necesario para preservar la Supremacía de la Constitución. 3) La doctrina nacional e internacional reconocen el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional. 4) El fundamento de las sentencias interpretativas es que la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico puede generar

vacíos y desórdenes que son imprescindibles de evitar y afrontar. 5) Las sentencias interpretativas aditivas son una consecuencia de los mandatos de actuación positiva de la Constitución, naciendo de las omisiones legislativas del Congreso. 6) Las sentencias interpretativas son parte de los “poderes implícitos” del Tribunal Constitucional, en cuanto son manifestación de las atribuciones y facultades para el cumplimiento “eficaz” de sus funciones. 7) La interpretación constitucional tiene parámetros y principios propios, siendo que el proyecto de ley viola dichos principios técnicos. 8) La supremacía del Tribunal Constitucional emerge de la interpretación sistemática de los artículos 201, 202 y 204 de la Constitución peruana. 9) La persistente desatención del Congreso a legislar sobre temas específicos solicitados por el Tribunal Constitucional. 10) Desconocimiento por parte del proyecto, de la posición del Tribunal Constitucional dentro del Estado Democrático de Constitucional (RUIZ 2006: 11-40).

Pero el ejercicio de esta facultad por parte del Tribunal Constitucional ¿afecta realmente las competencias propias del Poder Legislativo?, esta preocupación ha sido materia de análisis por el propio Tribunal Constitucional, quien ha establecido expresamente sus límites en la expedición de tales sentencias, los cuales fueron expuestos en la STC 00030-2005- AI/TC correspondiente al caso “Barrera Electoral”, que a continuación citamos:

“Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de la Ley N° 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes

públicos (artículo 45º de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43º de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho ex novo dentro del marco constitucional (artículos 90º y 102º, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas solo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía secundum constitutionem.

b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45º de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.

d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.

La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado”

No podemos dejar de señalar en este punto una de las últimas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional relacionada con la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 39 congresistas contra los artículos 1 y 2 de la Resolución Legislativa 003-2017-2018-CR que modificaba el artículo 37 del Reglamento del Congreso para el fortalecimiento de los grupos parlamentarios (Exp. N° 001-2018-PI/TC); pues a pesar de que anteriormente el mismo Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la denominada “Ley Antitránsfuga” que buscó, igualmente, la modificación del artículo 37 del Reglamento del Congreso (STC Exp. N° 006-2017-PI/TC.), precisando que: “...permitirá que los congresistas que se hubiesen apartado o se aparten de sus respectivos partidos políticos, alianzas electorales o grupos parlamentarios puedan conformar agrupaciones o incorporarse a las ya existentes. Ello con el propósito de ejercer en condiciones de igualdad sus funciones como congresistas...” “...a fin de robustecer el debate y el intercambio de ideas, y en tanto no se adopten las reformas necesarias para delimitar, con claridad, los supuestos de separación de la agrupación política, se debe permitir la conformación de grupos parlamentarios para los congresistas que se aparten o se hubiesen apartado de sus respectivos grupos parlamentarios, alianzas electorales o partidos políticos, o la incorporación de dichos congresistas a grupos parlamentarios ya existentes...”, el Congreso realizó nuevas modificaciones a su reglamento, desconociendo lo resuelto en aquel fallo, por lo que los

demandantes (25% del número legal de congresistas) alegaron que el Congreso vulneró el carácter de cosa juzgada que tienen las decisiones del Alto Tribunal, ya que al haberse declarado inconstitucional las variaciones existentes a la formación de grupos parlamentarios, el legislador no podía reproducir, a través de una nueva regulación, la disposición ni el sentido interpretativo que había sido proscrito.

Sin embargo, en esta oportunidad el Tribunal declara infundada la demanda subrayando las diferencias existentes entre la normativa que en su momento declaró inconstitucional y la modificada por el Congreso como consecuencia del fallo, pero luego de identificar la cuestión controvertida, se pronunció sobre la constitucionalidad de la nueva regulación, esto es respecto de: i) La prohibición de constituir un nuevo grupo parlamentario o adherirse a uno, y; ii) La creación del denominado “Grupo Parlamentario Mixto”. En cuanto al primer aspecto, el Tribunal recordó que en STC Exp. Nº 006-2017-PI/TC declaró como inconstitucional a aquella disposición legal que negaba a los congresistas a conformar nuevos grupos parlamentarios sin atender las motivaciones de los representantes que hayan conllevado a su retiro, renuncia, separación o expulsión, ello por cuanto afecta su libertad de conciencia, pues bien puede retirarse de una agrupación si esta última, por ejemplo, sufre un viraje ideológico; debiendo interpretarse que no está prohibida la renuncia de los congresistas de agrupaciones políticas en el supuesto de disidencia por razones de conciencia debidamente justificadas.

Mientras, respecto a la creación de un grupo parlamentario mixto, el Tribunal indicó que su regulación, refleja el acatamiento a lo que el Colegiado se refirió en la sentencia citada, debiéndose permitir la creación de un grupo mixto que reúna a aquellos parlamentarios retirados de sus bancadas originales por casos de disidencia política y que cuente con atribuciones menores en comparación con los grupos parlamentarios originales. No puede obligarse a que en los casos de disidencia obligatoriamente se vaya a un grupo mixto, puede adherirse a una

bancada, e incluso si cumple con los requisitos previstos para ello, formar una nueva bancada o adherirse a un grupo mixto.

Finalmente, esta discusión se cerró cuando luego de la exhortación hecha al Congreso de regular, de una forma más exhaustiva, el estatuto y la condición de los integrantes del Grupo Parlamentario Mixto, el Presidente de este órgano, Daniel Salaverry Villa, con fecha 19 de diciembre del 2018 a través de la Resolución N° 008-2018-2019-P/CR, autoriza al Oficial Mayor para que registre a los grupos parlamentarios que lo soliciten, en mérito a las sentencias del Tribunal Constitucional 0006-2017-PI/TC y 0001-2018-PI/TC, conforme al artículo 37 del Reglamento del Congreso.

2.2.3. El Control del Poder Judicial:

La función jurisdiccional es importante porque a través de ella se garantiza efectivamente la protección de la libertad de las personas frente a la actuación arbitraria del poder, ya sea que éste provenga del Legislativo o del Ejecutivo; inclusive el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N° 006-2006-CC/TC se ha pronunciado sobre la importancia de la actuación de los jueces pertenecientes al Poder Judicial, señalando en su Fundamento Jurídico 14 que, la potestad de impartir justicia está reconocida por la Constitución, teniendo un sustento popular aunque los magistrados no sean elegidos por sufragio directo. Agrega el Tribunal Constitucional, que este ejercicio va de la mano con un profundo respecto y observancia de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones y competencias de los otros poderes u órganos constitucionales del Estado; razón por la cual el proceso de constitucionalización del derecho encuentra un especial respaldo en la participación de los jueces; siendo inclusive que, la relación entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema no es de jerarquía, sino competencial, en cuanto “relación de integración o jerarquía funcional”.

A pesar de lo establecido por el Tribunal Constitucional, en la práctica se puede observar que sí existe jerarquía de él sobre la Corte Suprema, en tanto aquel puede anular las resoluciones de la segunda, situación que en ningún caso puede ser al contrario. Un claro ejemplo se tiene en la propia sentencia expedida en el expediente antes señalado, donde el Tribunal Constitucional no solo declaró quién era la autoridad competente, con la correspondiente declaración de nulidad de los actos violatorios; sino que además se pronunció por la determinación de competencia y la nulidad o anulación de las resoluciones violatorias de la Constitución.

Considerando, así en su fallo la nulidad de doce sentencias dictadas en procesos de amparo que ya habían adquirido la calidad de cosa juzgada, y anuló otras siete sentencias, remitiéndolas a la Corte Suprema como órgano competente para resolver vía consulta, el control difuso que realizaron los jueces que dictaron dichas sentencias. Todo ello basándose en pronunciamientos previos por parte del mismo Tribunal Constitucional, donde habrían indicado la constitucionalidad e inconstitucionalidad de algunas normas legales y actos particulares respecto a los casinos y tragamonedas, considerando que las sentencias emitidas por los jueces del Poder Judicial, contravinieron a los fallos constitucionales y por lo tanto no habrían adquirido la calidad de cosa juzgada constitucional, por lo que su anulación no contravenía ni a la garantía de cosa juzgada ni al derecho fundamental al debido proceso; algunos de los argumentos más relevantes para arribar a dicha conclusión estriban por ejemplo en que los órganos jurisdiccionales que emitieron las sentencias anuladas incumplieron su obligación de aplicar una ley cuya constitucionalidad había sido confirmada por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad (Ley 27153), actuando al margen del precedente vinculante establecido en la sentencia emitida en el expediente N°4227-2005-PA/TC, contraviniendo así lo dispuesto por los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que no resultaba posible que dichas sentencias sean favorecidas con la calidad de inmutabilidad que atribuye la condición de cosa juzgada, siendo así se facultó a declarar nulas las

resoluciones judiciales emanadas en contravención a las normas mencionadas, máxime si fue el Poder Judicial quien se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al haber interferido en competencias propias del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Poder Ejecutivo).

Esta resolución fue motivo de un arduo debate jurídico que se hace necesario resumir a fin de conocer aquellas “zonas grises” que motivan la presente investigación; parte de la discusión incluyó el efecto de inmutabilidad de la cosa juzgada, y la creación de una nueva categoría procesal: “*la cosa juzgada constitucional*”, garantía que solo se alcanza cuando la decisión que se beneficia de ella, ha sido emitida en el marco de un verdadero y auténtico proceso judicial en el que se respeten los derechos procesales constitucionales, esto es, en el marco de un debido proceso. (CASTILLO 2008: 220- 226).

Otro de los aspectos procesales cuyo análisis permitió la emisión de esta sentencia, se refiere al tipo de proceso (mecanismo procesal) adecuado para cuestionar los excesos cometidos por los órganos jurisdiccionales en procesos aparentemente irregulares, llegando a la figura del amparo contra amparo, que a pesar de estar expresamente proscrita por el Código Procesal Constitucional (artículo 5 inciso 5 de la Ley 28237- Código Procesal Constitucional), vía interpretación, el Tribunal Constitucional peruano, ha reconocido la posibilidad de presentar una demanda de amparo constitucional contra sentencias firmes emanadas de un proceso constitucional de amparo o de cumplimiento, los cuales hayan sido tramitados con vulneración manifiesta del debido proceso y a la tutela procesal efectiva, lo cual evidentemente no fue la opción procesal elegida por los accionantes, habiéndose interpuesto acción competencial; ello generó otra discusión, esto es si la mencionada vía cumplía con el objetivo de retrotraer las cosas al estado anterior de la violación de los derechos constitucionales cuya violación ha sido identificada, aunque partiendo de la supuesta existencia de un conflicto de competencias entre dos órganos con autonomía constitucional; claro está, ello si era posible de alcanzar

analizando previa y necesariamente el ejercicio de la actividad jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial, y si con ello se menoscaba el ejercicio de la competencia ejecutiva del Ministerio de Comercio de Exterior y Turismo; siendo así revisar la constitucionalidad de las sentencias emitidas era no solo factible, sino además indispensable, pero como es lógico, ello entrañaba el riesgo de dejar de lado justificaciones concretas de las razones que sustentaban cada sentencia judicial sometida a evaluación, ya que sin este examen pormenorizado, lo más probable es que las razones que pretenden justificar la nulidad de la resolución judicial por vulnerar el debido proceso, se pierdan hasta diluirse en la generalidad de los razonamientos, lo que eventualmente originó un examen insuficiente de inconstitucionalidad de las sentencias cuestionadas, y con ello el Tribunal se extralimitó, pues no observó la argumentación expuesta por los jueces para cada uno de los casos, no reparando en que se trataban o no de casos sustancialmente iguales, lo único que llegó a observar fue el contenido del fallo, anulándolas en buena cuenta, sin determinar antes si eran o no efectivamente inconstitucionales; lo que deja una sensación de la existencia de un fallo impuesto, que finalmente termina menoscabando las atribuciones constitucionales del Poder judicial, dejando un margen casi nulo a la interpretación de los hechos, ya sea para determinar los elementos jurídicamente relevantes en cada caso, o para conocer el significado del litigio que debe resolver; pues es él (juez) quien está facultado para dar una solución justa al caso, no ciñéndose en estricto a la formalidad de un fallo dado por el órgano contralor de la Constitución, y así como tienen la posibilidad de inaplicar una u otra ley a través del control difuso, también tienen garantizada constitucionalmente la facultad de enjuiciar- en cada caso en concreto- los efectos de sus fallos (CASTILLO 2008: 230-231).

No cabe duda que invalidar resoluciones emanadas de algunos procesos judiciales sin cumplir con analizar individualmente la constitucionalidad de cada uno de los fallos, da cuenta de lo excesos de un Tribunal Constitucional, que optó por la fuerza antes que por la razón, y lo hizo sin

medir las consecuencias, presuponiendo una manifiesta ilegitimidad e inconstitucionalidad del actuar de los jueces, lo que sin lugar a dudas pone en tela de juicio no solo su honor, sino también su prestigio; además puso de manifiesto un inusitado activismo, que no es otra cosa que la auto percepción de saberse un tribunal con poderes ilimitados, que ante las deficiencias de los demás órganos del Estado, actúa como la cura de todos los males que afectan la sociedad peruana, corriendo peligro su propia legitimidad, al confundir sus fines en aras de direccionar los destinos del gobierno, nada más distante de la realidad, ni más dañino para la justicia constitucional.

“...los derechos de la clase trabajadora, las demandas sociales de los ciudadanos, cuando no los atropellos del poder público, pronto se ven canalizados en demandas de justicia ante el Tribunal, produciendo a veces cierta confusión en el ciudadano sobre quién o qué poder u órgano del Estado, deberían de atender determinadas exigencias. El Tribunal Constitucional se ve de este modo desbordado con una serie de demandas que alcanzan en el Estado Constitucional la dimensión de “demandas jurisdiccionales” pero que, por otro lado, constituyen en realidad parte de la acción política pendiente. Esta es, si se quiere, el primer elemento a tener en cuenta en la actuación del Tribunal en una democracia con déficit institucional y, al mismo tiempo, con carencias sociales básicas...”
(CASTILLO 2008:256)

Su posición “activista” justificada en una función ordenadora y pacificadora del ordenamiento jurídico, se ha puesto de manifiesto a lo largo de las distintas conformaciones de este colegiado constitucional, mostrando solo en algunas oportunidades, autocontención en el ejercicio de sus facultades; lo cual debe llevarnos a la reflexión, pues es igual de reprochable una infraconstitucionalización como una sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico, no solo porque así se evita fricciones jurídicas y políticas, sino también porque no es admisible que las decisiones del tribunal sean irremediablemente incontrolables, máxime si es que dicho Tribunal no es infalible.

Del mismo modo, otra resolución que generó discrepancia entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional es la recaída en el proceso de amparo signado con Expediente N° 037-2012-PA/TC, que declara fundado el recurso de agravio constitucional presentado por Scotiabank contra la Resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, anulando la Resolución de Casación N° 3313-2009 del 05 de abril del 2011. El debate en este proceso se centró en el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, que regulaba que para ordenar un embargo o requerir su cumplimiento, el Ejecutor debe estar debidamente acreditado ante la Policía Nacional, el Banco de la Nación, las oficinas registrales y las entidades del sistema financiero; por lo que la Corte Suprema interpretó que el Ejecutor coactivo debía estar inscrito en todas las instituciones señaladas; frente a lo cual el Tribunal Constitucional, declarando nula dicha resolución, y en su condición de intérprete privilegiado de la Constitución, consideró que la interpretación correcta implicaba considerar solo la acreditación ante la entidad frente a la cual pretende hacer efectiva la acreencia. Siendo también que el fallo otorgaba doble beneficio económico a Telefónica, situación prohibida por la Ley.

No podemos dejar de mencionar el debate generado a partir de la sentencia emitida por la actual conformación del Tribunal Constitucional peruano en el caso Ollanta Humala y Nadine Heredia (Exp. 04780-2017-PHC/TC y Exp. N°00502-2018-PHC/TC- Acumulado), con motivo del proceso de Habeas Corpus interpuesto a su favor, a través de la cual se declaró nulo el auto que ordena su prisión preventiva, así como la resolución confirmatoria de segunda instancia, medida coercitiva impuesta en el curso del proceso penal que se les sigue por el delito de lavado de activos ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional en el Exp. Judicial N°00249-2015-23-5001-JR-PE-01, ordenando su inmediata libertad en las mismas condiciones que tenían hasta antes de la aplicación de dicha medida y variándoles a la condición de investigados con mandato de comparecencia restringida; resolución que se dicta en un contexto político complejo, en tanto los beneficiados con la decisión eran nada

menos que el ex presidente constitucional de la república y su esposa, la ex primera dama, quienes vienen siendo investigados por la presunta recepción de dinero de fuente ilícita provenientes de Venezuela y Brasil, país último con el que habrían mantenido relaciones con un gobierno involucrado en el más grande escándalo de corrupción estatal en la historia latinoamericana proveniente de los sobornos realizados por la empresa Odebrecht, y por el que actualmente se encuentra cumpliendo condena el ex mandatario brasileño Ignacio Lula Da Silva.

Es en dicho contexto que el Tribunal Constitucional peruano se pronuncia, anulando resoluciones judiciales que deciden sobre uno de los temas quizá más polémicos del derecho procesal penal de los últimos tiempos, nos referimos a la prisión preventiva, que incluso ha merecido pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del “Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas” publicado en el año 2013; y es justamente el grado de discrecionalidad con el que han venido actuando los jueces penales a nivel nacional, con motivo de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del 2004, lo que ha motivado opiniones diversas –incluso al interior del propio Tribunal- que han justificado un pronunciamiento cuyos alcances y consecuencias afectan las competencias de los órganos jurisdiccionales, convirtiendo el dictado de la prisión preventiva en un proceso tan complejo que quizá termine por desincentivar su uso.

Resulta justificado entonces que el Tribunal Constitucional, privilegiando la libertad individual frente a la seguridad y al orden público, pretenda estandarizar el uso de nuevas reglas para el dictado de la prisión preventiva, generando el debilitamiento del sistema penal, al hacer tan difícil, sino imposible, su concesión; no habiendo previsto sus efectos en la sociedad al poner en riesgo tanto la seguridad de los peruanos como la lucha contra la corrupción, lo que en palabras de Maranella Ledezma Narváez, desprotege a los ciudadanos especialmente cuando vivimos en un contexto de asfixiante criminalidad.

Por ello, los argumentos expuestos en su voto singular, no hacen más que visibilizar algunas contradicciones en las que recae el voto en mayoría, como por ejemplo el hecho de haber creado un estándar de “motivación perfecta” para su dictado, exigiendo la valoración en su totalidad de todos los elementos de juicio (tanto de cargo como de descargo) “...no con el *objeto de formarse convicción acerca de la culpabilidad o de la inocencia, sino con la finalidad de determinar si existe verosimilitud o no en relación con la vinculación de los investigados con un hecho ilícito...*” (ver fundamento jurídico 60); teniendo en consideración que el mínimo exigido para dichos efectos era un estándar de “motivación suficiente”; el no estar facultado (como órgano jurisdiccional) para hacer interpretaciones a la ley procesal penal en relación a la forma de darle valor a determinados audios en el proceso, no obstante lo cual, realizando una interpretación sistemática de los artículos 189.3 y 190 del anotado código, recoge la necesidad de realizar una audiencia previa de reconocimiento, lo cual hace casi impracticable (dada la naturaleza de la pretensión cautelar) la valoración de las pruebas en esta etapa del proceso; en ese sentido, interpretando también el artículo 269, ha concluido que “...*en ningún caso la gravedad de la pena y los indicios de pertenencia a una organización criminal, pueden justificar una prisión preventiva...*” interpretación que se contrapone abiertamente con los argumentos expuestos en la Casación 626-2013 (Sentencia Casatoria de carácter vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República cuya vigencia se mantiene al no haber sido dejada sin efecto) que prevé en sus fundamentos 57 y 58 que “... en ciertos casos solo basta la gravedad de la pena y este criterio [de pertenencia a una organización criminal] para imponer esta medida”, y que “...*no basta indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar que peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización...*”; y definitivamente resulta controversial el concepto desarrollado de “firmeza sobrevenida” (basado en la aplicación de los principios *pro actione* y *pro homine*) , haciendo alusión al pronunciamiento posterior del órgano

jurisdiccional respecto al cuestionamiento de las resoluciones que fueron objeto del proceso de habeas corpus interpuesto en beneficio de los esposos Humala Heredia, las cuales no tenían aún la calidad de firmes al momento de presentación de las demandas, figura que desnaturaliza la exigencia prevista en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, lo que podría generar que ahora cuando se pretenda cuestionar un auto de prisión preventiva o cualquier otra resolución judicial de primera instancia que restrinja la libertad, se utilice a la vez tanto el recurso de apelación en el proceso penal, como el proceso de habeas corpus, generando inseguridad jurídica ante pronunciamientos contradictorios.

2.2.4. Control del Tribunal Constitucional a los órganos de gobierno.

La justicia constitucional también se orienta a controlar la división vertical del poder, de este modo el Tribunal Constitucional hace efectivo uno de sus principales objetivos desde su posición como intérprete de cierre y privilegiado a la vez de la Constitución, pues ante la ausencia de un Congreso Bicameral que vele por los intereses regionales y locales; éste órgano constitucional , ejecuta sus funciones de ordenación, integración y pacificación del proceso de descentralización dentro del modelo de Estado Unitario.

2.2.4.1. Control a los Gobiernos Regionales:

Una de las primeras sentencias a través de las cuales el Tribunal Constitucional peruano realizó el control sobre las actuaciones de los Gobiernos Regionales, fue la emitida en la sentencia N° 0020-2005-PI/TC, a raíz de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N° 031-2005-GRC/CRC, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, y las Ordenanzas Regionales N° 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, promulgadas por el Presidente del Gobierno Regional de Huánuco.

En ellas, si bien el Tribunal reconoce la autonomía administrativa, política y económica de los Gobiernos Regionales, en aplicación al artículo 191° de la Constitución, también precisó que dicha autonomía debía ser ejercida conforme a las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, tal y como se señala en el artículo 192° de la Carta Magna; por ello, resultaba necesario analizar las competencias de los gobiernos regionales mediante las cuales se delimitan formal y materialmente la autonomía de los gobiernos regionales.

Además de ello, el Tribunal Constitucional estableció que era necesario establecer límites concretos a las competencias de los gobiernos regionales, para lo cual ideó aplicar el “Test de Competencia”, que aplica los siguientes principios constitucionales: a) El Principio de Unidad (que contiene a su vez el principio de cooperación y lealtad regional, el de taxatividad y cláusula de residualidad, y el principio de control y tutela); b) El Principio de Competencia, (principio de competencia propia mente dicho y el bloque de constitucionalidad); y c) El Principio de Efecto Útil y Poderes implícitos y el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos.

Otra de las sentencias a través de las cuales el Tribunal Constitucional ejerce un control sobre los gobiernos regionales es la emitida en el Exp. N°009-2011-PI/TC, en la que se declara la inconstitucionalidad de una ordenanza emitida por el Gobierno Regional del Cuzco declarando su circunscripción territorial como área no apta para realizar denuncias mineros, pues esta región estaba dedicada tradicionalmente a la actividad turística y agropecuaria; para ello se reconoce la competencia del Gobierno Nacional para regular la actividad de gran y mediana minería, considerando como una intromisión lo decidido por el ente regional cuestionado; mientras que mediante la sentencia emitida en el Exp. N°0001-2012-PI/TC, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N°036-2011-GR.CAJ.CR, mediante la cual el

Gobierno Regional de Cajamarca declara de interés público la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la Región Cajamarca, así como la inviabilidad de la ejecución del Proyecto Minero Conga, argumentando su decisión en la incompetencia del Gobierno Regional para anular o suspender proyectos de gran minería.

2.2.4.2. Control a los Gobiernos Locales:

El control a las competencias de estas representaciones del Estado se ha puesto de manifiesto en sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, en el expediente STC N°008-2011-PI/TC (Caso Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo), en cuya oportunidad se analizó la competencia de dicha municipalidad respecto al otorgamiento de licencias para la exploración y explotación minera en su jurisdicción territorial, la misma que valiéndose de un argumento de protección del recurso hídrico dentro del área de su competencia, prohibió su otorgamiento; sin embargo el Tribunal, interpretando el artículo 194 de la Constitución, concluye que ésta, afectaba competencias del Gobierno Central, pues la autonomía que regula dicho numeral, debe ser ejercitada en concordancia con otros órganos del Estado.

Bajo esa misma línea de interpretación, se emite también la sentencia recaída en el Exp. N°0013-2003-AI/TC (Caso Municipalidad Provincial de Urubamba), en la que el Tribunal Constitucional reconoce la autonomía municipal como garantía de gestión a los asuntos que interesen a la comunidad local, pues si bien a través de ella gozan de independencia administrativa, económica y política; ello no supone que sus competencias estén divorciadas de las políticas públicas o del orden jurídico en el que se encuentra cada gobierno municipal, pues por mas autonomía de la que gocen, no dejan de pertenecer al Estado.

2.2.4.3. El Control del Tribunal Constitucional a los Órganos Constitucionales

La facultad de control que ejerce el Tribunal Constitucional peruano alcanza hasta los organismos constitucionalmente autónomos, creados de manera expresa por el poder constituyente y que funcionan independientemente de los poderes del Estado, y si bien sus titulares son elegidos por éstos y gozan de prerrogativas e inmunidades, mantienen autonomía administrativa, presupuestal y normativa con competencias a nivel nacional; desde allí se entiende que pueden originarse conflictos competenciales en la actuación no solo entrés éstos organismos, sino además entre ellos y los demás poderes públicos, situación que eventualmente puede llevar a la interposición de una acción para dirimir el conflicto competencial.

Estos organismos reconocidos por la Constitución de 1993 son: el Tribunal Constitucional (artículo 201), la Defensoría del Pueblo (artículo 161), Ministerio Público (artículo 158), Ex Consejo Nacional de la Magistratura y hoy Junta Nacional de Justicia (artículo 150), conforme a la Ley N°30904, Ley de Reforma Constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (publicada el 10 de enero del 2019), Jurado Nacional de Elecciones (artículo 177), Oficina Nacional de Procesos Electorales (artículo 177), Registro Nacional de Identidad (artículo 177), Banco Central de Reserva (artículo 84), Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones (artículo 87), Contraloría General de la República (artículo 82).

A través de su desarrollo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional peruano, ha emitido diversos fallos que ponen en evidencia las tensiones generadas en cumplimiento de las atribuciones de éstos organismos, muchas de ellas han merecido críticas importantes que incluso merecieron pronunciamientos contradictorios entre los

integrantes de este colegiado; así tenemos:

2.2.4.4. Tensiones con el Jurado Nacional de Elecciones:

Aquí estuvo en discusión la posibilidad del control constitucional de las resoluciones emitidas por este organismo especializado en materia electoral, a través de un proceso constitucional, pasando desde el caso Espino Espino, caso Ramírez García, Lizana Puelles, Castillo Chirinos y Ramírez Díaz, hasta llegar a la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley N°28462 que prohíbe el amparo electoral; pues interpretando literalmente el artículo 142 de la Constitución se llegaba a la conclusión de que no son revisables en sede judicial (ordinaria o constitucional) las resoluciones emitidas por este organismo en materia electoral, lo que implicaba que éstas estén exentas de control constitucional, por lo que partiendo de una interpretación acorde a un Estado Constitucional de Derecho, el Tribunal se irroga competencia para revisar las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones que vulneren derechos fundamentales, incluso emitiéndose un precedente vinculante en el Exp. N°5854-2005- PA/TC (Caso Lizana Puelles), estableciendo que

“...Toda interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente...”

El Código Procesal Constitucional (Ley 28237) en su artículo 5, inciso 8 regulaba la improcedencia de los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en

materia electoral, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, inciso que fue modificado por la Ley 28642, sin embargo su contenido fue declarado inconstitucional mediante Sentencia emitida en el Exp. N°00007-2007-PI/TC (interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao), siguiendo la línea de interpretación fijada en el precedente Lizana Puelles.

Otro caso en el que se pone de manifiesto las tensiones entre el Tribunal y el Jurado Nacional de Elecciones, es el expuesto en la sentencia recaída en el Exp. N°5180-2007-PA/TC (Caso FONAVI), en el cual ratifica el criterio manifestado en los casos anteriores anulando una resolución emitida por considerarla viciada al haberse expedido sustentándose en una competencia que no le corresponde, sometándose a un proceso de referéndum convocado por el órgano competente a fin de que se decida vía consulta popular la devolución de los aportes al FONAVI; iniciativa que en un primer momento generó crítica debido a la afectación en el equilibrio presupuestario que implicaba la convocatoria a referéndum, negándose el Jurado a acatar la sentencia en los términos expuestos en ella, por lo que el Gobierno Central formó una Comisión Multisectorial con el objetivo de reunir la información necesaria respecto al dinero recuperado del FONAVI, las inversiones efectuadas con ellos y la identidad de los beneficiarios.

2.2.4.5. Tensiones con el Consejo Nacional de la Magistratura:

La reforma del Consejo Nacional de la Magistratura, hoy denominado Junta Nacional de Justicia (aún en proceso de conformación), en tanto con fecha 19 de Febrero del 2019 se publica la Ley N°30916 que aprueba su Ley Orgánica, en la que se prevé la conformación de una Comisión Especial presidida por el Defensor del Pueblo e integrada, entre otros, por el Presidente del Tribunal Constitucional, para la elección y nombramiento de sus miembros (organismo creado por efecto de una reforma constitucional refrendada mediante consulta

popular), se produjo a partir de unos de los escándalos de corrupción más importantes que se han registrado en el sistema judicial de nuestro país y que dio origen a una investigación (aún no culminada) por la presunta conformación de una organización criminal identificada como “los Cuellos Blancos del Puerto”, la cual habría mantenido vínculos directos con algunos de los ex consejeros.

Dicho organismo (Consejo Nacional de la Magistratura) en su oportunidad, tampoco estuvo exento de intromisiones en sus competencias exclusivas, esto es la de seleccionar, nombrar, ratificar y destituir a los jueces y fiscales de todo el territorio peruano, teniendo como objetivo primordial garantizar la imparcialidad e independencia de los magistrados, sin embargo a pesar de haberse mejorado la fórmula inicial de elección de sus miembros (que involucraba la participación del parlamento y del ejecutivo) lo cual terminaba por politizar sus funciones y atribuciones, y que en una segunda etapa garantizaba la participación de la sociedad civil a partir de una nueva fórmula de elección (con representantes de los colegios de abogados, de los colegios profesionales y de las universidades públicas y privadas) y a pesar de que el mencionado artículo 142 de la Constitución peruana de 1993, prohibía la revisión en sede judicial de sus resoluciones, el Tribunal Constitucional se irrogó competencia para determinar la legitimidad de las mismas, así lo expresa – por ejemplo- en la sentencia emitida en el Exp. N°05156-2006-PA/TC, proceso de amparo en el que se interpreta los alcances del artículo 5.7 del Código Procesal Constitucional (causales de improcedencia de los procesos constitucionales) compatibilizándola con la interpretación realizada a sus artículos 142 y 154.3, la cual se expresa en la sentencia emitida en el Exp. N°2409-2002-AA/TC, en la que se precisa que las atribuciones de este órgano constitucional deben ser ejercidas dentro de los límites y alcances que la constitución le otorga, de lo contrario se convertiría en un ente que opera al margen de la norma que le da su origen; por lo que aplicando la *Teoría de los Poderes Constituidos*, a través de la cual

se precisa que no son entes autárquicos que desconocen o contravienen la Constitución, pues su poder no es ilimitado, y sus decisiones alcanzan validez constitucional solo si no contravienen el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona que se encuentran previstos en la Constitución; el Tribunal consideró que no existe ningún razón que invalide o deslegitime el control constitucional que está llamado a ejercer sobre sus decisiones. Con base en lo expuesto argumentó que las resoluciones emanadas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución de jueces y fiscales serán revisadas en sede judicial si son expedidas sin la debida motivación y sin previa audiencia al interesado, aunque previo a ello el Tribunal, a pesar de destacar dicho criterio, en la STC N°3361-2004-AA (caso Jaime Álvarez Guillen), en calidad de precedente vinculante, estableció que éste debía observarse a partir de las nuevas decisiones que el CNM emitiese sobre ratificación de magistrados, echando mano a la figura del *prospective overruling*; sin embargo, en la STC N°1412-2007-AA/TC (caso Juan de Dios Lara Contreras), revoca la regla prevista en este precedente, precisando que el criterio debe ser aplicado sin importar el tiempo en que la resolución se hubiese emitido (*retrospective overruling*); como es lógico, la efectividad de las decisiones emitidas por el Tribunal generaron una serie de críticas, teniendo en consideración que a partir de la eficacia diferida de sus efectos (criterio vinculante inicial) se desestimaron muchas demandas de magistrados destituidos por resoluciones expedidas con una motivación indebida.

En este rubro también ubicamos a las decisiones emitidas por el Tribunal en las que se inmiscuye directamente en las competencias previstas para el mencionado organismo constitucional (Ex CNM) declarando fundadas las demandas de amparo interpuestas por dos postulantes al más alto nivel de la magistratura nacional, César Hinostroza Pariachi (3981-2011-PA/TC) y Mateo Castañeda Segovia (Exp. 4944-2001-PS/TC), ordenando emitir nuevos acuerdos

debidamente motivados, lo que significaba volver a votar la decisión que resolvió no nombrarlos en los cargos de Vocal y Fiscal Supremo respectivamente, hecho que mereció una mayúscula crítica y a pesar de utilizar la figura procesal de la sentencia ampliatoria (prevista en el artículo 59 del Código Procesal Constitucional) para sustituirse en el lugar del CNM y nombrar a Mateo Castañeda, posteriormente fue anulada dicha decisión, debido a la gran presión mediática que el caso suscitó, declarándose desierta dicha plaza de Fiscal Supremo.

Pero las tensiones con este organismo constitucional ya se habrían puesto de manifiesto en otros casos, que si bien no tuvieron la misma repercusión mediática, vale la pena reseñar a continuación:

Hablamos de la sentencia emitida en el Caso Walde Jáuregui (STC. N°01873-2009-PA/TC), con motivo del proceso de amparo interpuesto por éste contra las resoluciones administrativas emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura que resolvían destituirlo como vocal titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, solicitando su reincorporación en el cargo, cuyo sustento fue la vulneración del derecho al debido proceso; pretensión que es amparada por el Tribunal Constitucional (en la tercera oportunidad, en tanto inicialmente se ordenó la emisión de una nueva resolución administrativa sin reponerlo en el cargo y la segunda vez se declaró infundada su demanda considerando que la resolución se encontraba adecuadamente motivada) ordenando su reincorporación, alegando vulneración al principio de legalidad previsto en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución; sin embargo, con esta decisión también se estaría vulnerando el principio de cosa juzgada (contenido del derecho al debido proceso) al haberse emitido una resolución en abierta contradicción a una decisión anterior, además de haber interferido directamente en el ejercicio de las competencias de este organismo constitucional previstas en el artículo 154 de la Constitución.

Situación similar se produjo con la sentencia emitida en el caso “De Valdivia Cano”(STC N° 08495-2006-PA/TC), a quien además se le vinculó a la organización criminal creada por el ex presidente Alberto Fujimori y su asesor Vladimiro Montesinos Torres durante la década de los noventa que atentó contra la independencia del sistema electoral; dejando de lado que es exigencia primordial que los jueces mantengan una condición de excelencia profesional y corrección moral en todos los aspectos de su vida, por lo que quien postula a un cargo de juez no debe tener antecedentes penales y debe ostentar una trayectoria democrática y una ética incuestionable, circunstancias que deben ser evaluadas por el organismo facultado para ello quien debe expresar las motivaciones de su decisión, por lo que ordenar necesariamente su reincorporación constituye una interferencia a sus competencias.

Finalmente, mencionamos a la sentencia emitida en el caso “Lara Contreras” (STC N° 01412-2007-PA/TC), que más allá de variar el criterio que hasta ese momento había establecido el Tribunal Constitucional con respecto a los efectos inmediatos de las sentencias que cuestionaban el proceso de ratificación de los magistrados ante el Consejo Nacional de la Magistratura (los cuales eran aplicados a futuro en virtud de la técnica del *prospective over rulling*), constituyó una decisión atentatoria contra el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pues provocó una distinción (donde la ley no la había formulado) entre los magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones indebidamente motivadas, las cuales en aplicación al precedente vinculante fijado en la STC. N°3361-2004-AA (Caso Alvarez Guillén), debían ser convalidadas, exigiéndose la motivación únicamente para los nuevos casos; es por ello que la variación del precedente se aplicó a un número muy reducido de casos, para quienes la sentencia fue de aplicación inmediata, a diferencia de los casos que fueron resueltos desde el 2005, contraviniendo las características de permanencia y generalidad que generan

predictibilidad y certeza jurídicas que son inherentes al precedente constitucional.

2.2.4.6. Tensiones con el Ministerio Público:

Como en la mayoría de supuestos de tensión generados por el Tribunal Constitucional a partir de la emisión de sentencias en procesos constitucionales bajo su competencia, generalmente ha sido materia de discusión la autonomía con la que cuenta el Ministerio Público en cumplimiento de su atribución como titular de la acción penal y como representante de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho (artículo 159 de la Constitución), así tenemos las sentencias: STC 000029-2008-PI/TC; STC 5228-2006-HC; STC 4098-2005-HC; STC 2521-2005-HC; STC 2928-2002-HC; STC 6081-2005-HC; STC 6167-2005-HC; sin embargo, nos parece oportuno mencionar las conclusiones a las que llegó este órgano colegiado en el caso emitido en el EXP. N.º 07009-2013 -PHC/TC, en el cual se discutió las competencias de la jurisdicción ordinaria representadas en las actuaciones cuestionadas tanto de la policía como del Ministerio Público, quien decidió promover acción penal contra dos integrantes de la Comunidad Nativa “Tres Islas” ubicada en el Departamento de Madre de Dios, como presuntos autores de delito contra la libertad sexual en agravio de dos menores de 12 y 13 años de edad respectivamente, pues los demandantes del proceso de amparo consideraban que la justicia comunal era la llamada a conocer de tales hechos y a resolverlos en función de su propio derecho consuetudinario.

Lo resaltante en esta decisión es que llegaron a la conclusión de que en definitiva el caso era pasible de ser sometido a la jurisdicción ordinaria, en tanto que por encima de la autonomía jurisdiccional que tienen los beneficiarios al interior de su comunidad, considerando que por derecho consuetudinario, son permitidas las relaciones sexuales con menores de edad en “edad de concebir” (supuesto en el que

aparentemente se encontraban también las menores agraviadas por ser también miembros de la comunidad), está la protección de los derechos fundamentales de la persona, pues excluir de ella a todos los delitos cometidos en el ámbito comunal, implica vaciar de contenido o de eficacia práctica a la restricción establecida en el artículo 149 de la Constitución, pues el objetivo de la jurisdicción ordinaria en materia penal es defender una pluralidad de bienes jurídicos de relevancia y en particular los que tienen una vinculación directa con los derechos fundamentales de la persona; dejando sentado que:

“...La Justicia Comunal puede avocarse al conocimiento de una multiplicidad de aspectos vinculados a la vida comunal y que incluso, dentro de los mismos pueden haber algunos de índole penal, conviene precisar a cuáles aspectos nos estaríamos refiriendo y cuáles en cambio, quedarían virtualmente excluidos....Efectuar un listado de materias permitidas o, al revés de ello, prohibidas, no sería precisamente la fórmula más adecuada, habida cuenta de la multiplicidad de supuestos que tendría que consignarse. Dicha tarea, por otra parte, sería más propia del legislador ordinario que de un Tribunal de Justicia. Sin embargo y sin perjuicio de dejarse abierta la posibilidad de que sea la jurisprudencia la que caso por caso, vaya definiendo el tema, es un hecho que teniendo como referencia directa lo previsto en el artículo 149 de la Constitución, ningún delito que pueda, además de lesionar bienes jurídicos tutelados por la ley penal, lesionar el contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales o de bienes jurídicos de relevancia constitucional vinculados a estos, podría ser pasible de juzgamiento en el ámbito de la justicia comunal....”
(FUNDAMENTOS 33 Y 34)

Sin embargo, a pesar de reconocer que la justicia comunal no tiene competencia para juzgar tales hechos, dejan entrever la posibilidad de descartar la responsabilidad penal de los denunciados en la comisión del delito contra la libertad sexual, por cuanto las relaciones sexuales habrían sido mantenidas con absoluto consentimiento de las menores y producto de la relación convivencial que establecieron con ellas, y por

otro, porque esa práctica constituye parte de las costumbres practicadas tradicionalmente en el ámbito de diversas comunidades nativas y en particular en el ámbito de la Comunidad Tres Islas, a donde pertenecen todos los involucrados, debiendo aplicarse la figura del error culturalmente condicionado, el mismo que se encuentra regulado en nuestra legislación penal (artículo 15 del Código Penal peruano).

Las críticas a esta posición mayoritaria se expresan en uno de los votos singulares expuestos con motivo de este caso, nos referimos al voto razonado de la magistrada Marianella Ledesma Narváez, cuya posición crítica da cuenta de la valiosa oportunidad que desperdició el tribunal para pronunciarse por un tema que lamentablemente aqueja a la sociedad peruana, nos referimos a la violación sexual de menores de edad y de los diferentes bienes jurídicos en conflicto como el de la indemnidad sexual de los menores de 13 años que habitan en comunidades indígenas, pues si bien no existe discrepancia alguna en el hecho de que casos como aquel sean de competencia de la jurisdicción ordinaria y no comunal, la posición mayoritaria no ha evaluado los graves efectos que se pueden generar en dichas comunidades la regla instaurada en el fundamento 35:

"...queda claro que por ejemplo, no podrían ser materia de conocimiento en el ámbito de la justicia comunal, todos aquellos delitos que recaigan sobre derechos fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, psíquica y moral, la libertad, entre otros o que puedan afectar de alguna forma los intereses de aquellas personas ubicadas en condición especial y/o sensible como los niños, los adolescentes, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, etc..."

A partir de la cual haría casi inaplicable cualquier esfuerzo legislativo para regular las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la comunal, y definitivamente afectaría la autonomía de éstas como prerrogativa constitucional cuando se vean afectados bienes jurídicos como la

libertad, la salud, la integridad moral, etc; por otro lado, y refiriéndose al planteamiento de fondo en el habeas corpus demandado, cuestiona la gravedad de que a través de este proceso, se deslice la idea de invadir competencias del juez penal al aplicar la eximente de responsabilidad penal del error culturalmente condicionado, pues decidir sobre la responsabilidad del imputado no es atribución de un juez constitucional, cuya función es de carácter tuitivo a fin de cautelar los derechos, en este caso de los niños, precisamente el nivel de protección constitucional de los menores de 13, 12 o menos años de edad en “edad de concebir” que conviven en comunidades nativas o indígenas cuando un adulto (también perteneciente a éstas) pretende tener relaciones sexuales con ellos, pues aun siendo una costumbre ancestral, ya no puede ser permitida por el ordenamiento constitucional, siendo inaceptable argumentar el libre consentimiento para favorecer impunidad, ello en tanto el respeto de la indemnidad sexual debe ser de aplicación a los menores de catorce años en todo el territorio peruano, sin admitir excepciones, pues las costumbres de aquellos grupos humanos deberían cambiar a partir de los respectivos procesos educativos comunales y nacionales; ello se condice con una verdadera interpretación acorde a los derechos fundamentales de todo niño, niña o adolescente, máxime si en un Estado Social y Democrático de Derechos, el Tribunal Constitucional cumple una función de órgano de cierre de la interpretación constitucional, realizándola con eficacia vinculante tanto para el ciudadano como para el resto de poderes públicos.

2.2.4.7. Tensiones en el propio Tribunal Constitucional:

Como tema principal de la investigación, este punto no trata precisamente de situaciones conflictivas al interior del propio tribunal, las cuales han sido expuestas en los diferentes argumentos de votos que complementan las sentencias que venimos comentando, especialmente las que han sido emitidas por la última conformación de este colegiado constitucional y que ponen de manifiesto incluso

tensiones de índole personal (como en el caso UPC), sino por el contrario la posibilidad de controlarse a sí mismo, posibilidad que no viene expresamente contemplada por la Constitución que constituye su norma fundante, lo que no significa tampoco que sea un órgano de control e interpretación constitucional ilimitado a decir de César Landa (LANDA 2011:124-125), pues a pesar de no haberse establecido un control para el controlador, para Carpizo existen controles meta constitucionales que desarrollan esta función, tales como :

2.2.4.7.1. Los órganos supranacionales:

Este tipo de control si tiene sustento legal en el artículo 114 del Código Procesal Constitucional, sin embargo se encuentra condicionado a que el país acepte la competencia jurisdiccional de los tribunales supranacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las mismas que nacen de las convenciones suscritas contra la violación de los derechos humanos; este control se hace efectivo una vez agotadas las instancias internas; sin embargo, sus efectos no recaen directamente sobre el Tribunal, sino que responsabilizan al Estado por violación de los derechos garantizados en las convenciones a las que deben su origen. Esta suerte de control supranacional también ha sido identificado con el “control de convencionalidad” instituido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a lo largo de su desarrollo jurisprudencial (Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, caso Tibi vs Ecuador, caso López Alvarez vs Honduras, caso Almonacid Arellano vs Chile, caso de los trabajadores cesados del Congreso peruano, caso Fernández Ortega vs México y caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala) ha sentado las bases para que los jueces ordinarios tengan el poder de abstenerse de aplicar cualquier norma (o interpretación de la misma) que colisione con los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos o con la interpretación que de ellas haya realizado

la Corte Interamericana, incluso cuando dicha antinomia provenga de la interpretación de la propia constitución.

Néstor Pedro SAGÜÉS, al respecto distingue el control de convencionalidad del control de constitucionalidad por los objetivos que persiguen, el primero intentando afirmar la supremacía del Pacto de San José de Costa Rica, mientras que el segundo la supremacía de la constitución nacional; por ello en el supuesto de oposición de una norma constitucional con la Convención Americana, el Estado debe cumplir con la Convención a todo costo y no puede alegar su constitución para incumplirla, asumiendo dicha Convención una condición de supra constitucionalidad (SAGÜES 2009).

No cabe duda entonces que el control de convencionalidad es una atribución directa de los organismos supranacionales respecto de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional como órgano de cierre de interpretación constitucional en nuestro sistema jurídico, lo que no merece mayor análisis en este trabajo por ser expresión de un control concentrado previsto en la norma procesal constitucional; sin embargo, ello deja entrever que existe la posibilidad de ejercer un control difuso de convencionalidad, y si ello es así, genera la prerrogativa no solo al juez constitucional, sino al juez ordinario en general, a ejercer un control sobre las decisiones del propio Tribunal que contravengan los principios y garantías que contempla la Convención Americana.

Para entender con mayor claridad el tema es necesario hacer referencia al desarrollo de este tipo de control, el mismo que fue mencionado por primera vez en el año 2003 en el voto razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, precisando que *“(...) No es posible sancionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en juicio –sin que esa representación*

repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional...”; desarrollando posteriormente sus ideas en el caso Tibi vs. Ecuador, en el que llegó a expresar que la tarea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se asemeja a la que realizan los Tribunales Constitucionales de hacer un control de constitucionalidad, mientras la Corte resuelve acerca de la “convencionalidad” de las actuaciones en relación con normas, principios y valores contenidos en los tratados en los que funda su competencia contenciosa; pero es en Febrero del 2006, en que a través de un voto razonado emitido en el caso López Álvarez vs Honduras, reitera su criterio precisando que este control no pretende convertir a la Corte en una última instancia para dilucidar el conflicto originado en la jurisdicción interna, ya que la labor de la Corte es confrontar los hechos enjuiciados -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, entre otros- con las normas de la Convención Americana, labor que siempre ha venido realizando la Corte.

Es recién a partir del caso Almonacid Arellano vs Chile que el Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por primera vez, reconoce la terminología de Control de Convencionalidad; y es Ferrer Mac-Gregor Poisot quien sostuvo que su connotación es más amplia pues tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrada por parte de la Corte en sede internacional, y otra de carácter difusa para los jueces nacionales en sede interna (FERRER 2010: 151-188), este criterio se advierte de su fundamento 124, en el que asevera la vinculatoriedad de la Convención Americana de Derechos Humanos para todos los estados que la han ratificado, pues sus magistrados (quienes conforman parte del Sistema Estatal) se encuentran sometidos a ella, lo que significa que están obligados a velar por su cumplimiento, incluso en desmedro de las leyes que sean contrarias a

su objeto y fin, pues su oposición a la misma, les resta, desde un inicio, efectos jurídicos. De este modo los jueces deben ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre los dispositivos legales internos (aplicados a un caso en concreto) y la Convención Americana, para cuyos fines deben tomar en cuenta además la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana.

Posteriormente en el caso Trabajadores cesados del Congreso (en el mismo año 2006), la Corte Interamericana reitera que los jueces se encuentran sometidos a la Convención Americana, por lo que este control de convencionalidad debe ser ejercido “*ex officio*” entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias, lo que significa que los jueces ordinarios no necesitan de un pedido de parte para ejercitar este control, sino que éste constituye un poder-deber que los faculta a preferir las disposiciones de la Convención sobre la normativa interna; en esta sentencia se destaca el voto razonado del juez Cancado Trindade, quien precisó que este control debe ejercitarse en conjunto con el control de constitucionalidad, lo que obliga a los jueces de cada Estado Parte de la Convención Americana al debido conocimiento y aplicación no solo del Derecho Constitucional sino también del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero esta facultad de control se extiende no solo a los órganos jurisdiccionales sino también a todos los órganos del Estado, así a partir del caso Fernández Ortega vs. México, la Corte Interamericana sostuvo que si bien el control de convencionalidad es un poder- deber de los jueces, éste se extiende a todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles como es el caso del Ministerio Público, tal y conforme la Corte lo ha expresado en la sentencia emitida en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, sentencia en la cual además se agregó que deben tomarse en cuenta como parámetro de interpretación para dicho control los demás

instrumentos interamericanos y la interpretación que de éstos haya efectuado la Corte (“bloque de convencionalidad”), entre ellos tenemos a la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belem do Pará) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; posición que no es pacífica en la doctrina, pues para cierto sector, más que un control especial, se trata del mismo control de constitucionalidad en la que se incluye la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos, ya que éstos han sido incorporados por disposición de la propia constitución, como norma interna a la cual se le otorga rango constitucional o eficacia directa.

Como quiera que se conciba este control (inaplicación de normas internas contrarias a la Convención), lo cierto es que éste debe ser limitado, pues constituye la última ratio a la que el juez interno debe acudir como método de control de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional, así como también debe regularse internamente un procedimiento para su aplicación, a efecto de no contravenir competencias exclusivas de otros órganos o sistemas de control, máxime si se tiene en cuenta que la jurisdicción internacional es de carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, no desempeñando funciones de tribunal de cuarta instancia.

Cabe destacar que varios son los casos que luego de agotada la jurisdicción nacional, han sido sometidos a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los que se encuentran por ejemplo el cuestionamiento a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso planteado por el Colegio de Abogados de Lima contra la reforma constitucional del régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N°20530, o contra la sentencia que prohíbe la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia (AOE) o también denominado “Caso de la píldora del día siguiente” (Exp. N°

0205-2009-PA/TC), entre otros.

2.2.4.7.2. La facultad de análisis crítico de los ciudadanos respecto a las resoluciones judiciales (control ciudadano)

El artículo 139 inciso 20 de la Constitución Política del Perú reconoce como un Principio de la Función Jurisdiccional la posibilidad de crítica a las resoluciones judiciales y sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, con las limitaciones que establezca la ley; dicha prerrogativa se justifica con mayores argumentos cuando se trata de las sentencias que emite el Tribunal Constitucional, no sólo porque sus decisiones se someten al Poder Constituyente que lo creó, sino porque dada su condición de intérpretes privilegiados de la Constitución, sus decisiones están permanentemente sometidas al escrutinio público de juristas, políticos y público en general, estando siempre sometidas a debate público.(BRAGUE 2006: 330-331)

CARPIZO, justifica la existencia de este principio en el hecho de que las sentencias que emite este colegiado constitucional tienen connotaciones políticas, religiosas y económicas de gran trascendencia a nivel nacional, por ello sus decisiones además de ser de interés de quienes promueven los procesos constitucionales, suscitan el interés de los poderes públicos, partidos políticos, organizaciones sociales y de la sociedad civil en general, considerando en ocasiones que éstas responden a intereses particulares o grupales, o que detrás de ellas se evidencian preferencias políticas, ideológicas o religiosas de los magistrados que las emiten.

Somos claros en afirmar, en consonancia con la opinión vertida por ACUÑA CHAVEZ, que este control no tiene los mismos efectos que el ejercido por los órganos jurisdiccionales (ordinarios o constitucionales) o supranacionales, pues éstas críticas no tienen carácter vinculante, aunque no se puede negar su influencia cuando la crítica es mediática

(ACUÑA 2014: 90), ejemplo de ello tenemos a la resolución anulatoria emitida por el Tribunal Constitucional en el caso “Mateo Castañeda” (reseñado anteriormente), en la que un nuevo pleno (conformado por el actual Tribunal a excepción del magistrado Ferrero Costa), utilizando la figura procesal del recurso de reposición, dejó sin efecto la muy cuestionada sentencia emitida en octubre del 2013, por la cual se ordenaba a los integrantes del Ex Consejo Nacional de la Magistratura nombrar a Mateo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, argumentando violación del Principio de Cosa Juzgada y de vulneración a las competencias constitucionales del CNM.

Otra de las decisiones que fuesen modificadas debido a la gran presión mediática ejercida sobre el Tribunal Constitucional se presentó con motivo de la sentencia recaída en el Exp. N°006, 55-2010-PHC/TC (Caso Alberto Quimper), emitida a partir de la demanda de Habeas Corpus presentada por su esposa solicitando se declare nulo el auto apertorio de instrucción dictado en el proceso penal seguido contra el beneficiario por delito contra la administración pública, alegando que las pruebas merituadas para emitirlo habían sido obtenidas producto de interceptaciones telefónicas ilegales (“conversaciones a las que la prensa peruana denominó “petroaudios”); en aquella oportunidad el Tribunal Constitucional se pronunció por la improcedencia de la demanda, argumentando que dichas conversaciones telefónicas no contenían información pública, por lo que su difusión a través de los medios de comunicación sin autorización de los interlocutores, se convirtió en inconstitucional además de ilegítima, pues los medios de comunicación están prohibidos de difundir interceptaciones, grabaciones o comunicaciones telefónicas en las que no exista autorización de los interlocutores grabados o un mandato judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente; decisión que necesariamente fuese aclarada, sosteniendo que “... *la interpretación correcta de este considerando se dirige a la sanción de la conducta de*

aquellos que promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicados a las telecomunicaciones (...) quien tiene acceso a tal información [producto de la interceptación] y pretende su difusión, sea porque es periodista, editor o dueño de un medio de comunicación, debe evaluar si con ello se afecta la intimidad personal o familiar o la vida privada de los interceptados, familiares o terceros. Es en este último caso que el control es posterior, en la medida que la constitución garantiza que no hay censura previa...”

2.2.4.7.3. Cuando el control lo ejercen los poderes sometidos a control (límites impuestos por el Presidente de la República y el Congreso)

En un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución ha previsto procedimientos para que los poderes constituidos como el ejecutivo, representado por el Presidente de la República, o el Poder Legislativo en uso de sus atribuciones constitucionales, puedan ejercer control sobre el Tribunal Constitucional; controlar al controlador no representa una opción contraria a la Constitución, sin embargo a lo largo de la historia de nuestro Tribunal, así como de su más cercano antecedente, esto es el Tribunal de Garantías Constitucionales, los intereses políticos que motivaron su ejercicio, terminaron por deslegitimar dichas iniciativas.

ACUÑA CHAVEZ, plantea los siguientes supuestos en los que se ha ejercitado este control:

- a) Modificación de la Constitución vía Ley de Reforma Constitucional para superar sentencia del Tribunal Constitucional, situación que se presentó con la dación de la Ley N°28642 que modificó el artículo 5 inciso 8 del Código Procesal Constitucional, regulando la improcedencia del amparo electoral, a pesar de haberse emitido con

anterioridad la sentencia en el caso “Lizana Puelles” (Exp. N°5854-2005- PA/TC) que interpretó su procedencia; sin embargo, esta ley fue declarada inconstitucional por el propio Tribunal a través de la STC N°00007-2007-PI/TC (caso Colegio de Abogados del Callao).

- b) La modificación de la estructura del Tribunal Constitucional, variando su competencia y el número de sus magistrados, este tipo de intervención se verificó en nuestro país en dos ocasiones, la primera cuando el 05 de abril de 1992, el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, anuncia el cierre del Congreso de la República, así como la intervención del Poder Judicial y del Tribunal de Garantías Constitucionales, el mismo que se materializó a finales de junio de 1996, cuando se eligieron los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, pues durante cuatro años y tres meses, este Tribunal no pudo funcionar; el segundo ejemplo se presenta con la dación del Proyecto de Ley N°14321/2005-CR propuesto por el ex congresista Antero Flores Aráoz, cuyo objeto era recortar las facultades del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional, eliminando de su Ley Orgánica su facultad como supremo intérprete de la Constitución, proyecto que nunca llegó a convertirse en ley; esta forma de control encuentra justificación en el hecho de que la Constitución como cuerpo normativo no es inmodificable, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español, señalando que no es una *lex perpetua*, pues permite su revisión total, en tanto “los ciudadanos actuando necesariamente al final del proceso de reforma, pueden disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución”(TORNOS 2017)
- Entonces bajo esta premisa, no es constitucional afirmar que el proceso de reforma constitucional se encuentre limitado más que por los propios procedimientos previstas en ella como lo es la consulta popular a través del referéndum a fin de dar legitimidad a la reforma.

- c) El control directo y personal a los miembros del Tribunal a través de un juicio por responsabilidad política, esto se presenta cuando se alega violación a la Constitución por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional, lo que implica iniciar un procedimiento de acusación constitucional que se encuentra previsto en los artículos 99 y 100 de la Constitución Política, proceso que se instaura – según lo previsto por el artículo 89 del Reglamento del Congreso aprobado por Resolución Legislativa del Congreso 021-2001-CR, publicada el 20 de julio de 2002- ante la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales, quien califica la denuncia para pasar luego a la Comisión Permanente, la que al advertir su procedencia, la devuelve a la sub comisión a fin de realizar la investigación y emitir el informe final en un plazo de 15 días hábiles, el cual es sometido a votación ante la Comisión Permanente y una vez aprobada la acusación nombra una sub comisión acusadora, quien somete al Pleno del Congreso la sanción a imponer al funcionario acusado, ésta puede ser de suspensión, inhabilitación para el ejercicio de la función pública o la destitución definitiva por infracción a la Constitución, remitiendo los actuados a la Fiscalía de la Nación, de ser el caso
- El Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia 0006-2003-AI/TC del 5 de diciembre de 2003, desarrolla algunos aspectos normativos de los artículos 99 y 100 de la Constitución Política, entre los cuales
- Precisa que en los casos de antejuicio político, el Congreso sólo está facultado para acusar y levantar la inmunidad parlamentaria del funcionario, pero no le es posible sancionar hasta que el Poder Judicial haya sancionado al acusado, de ser el caso. El Congreso sólo puede sancionar por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, siempre que previamente éstos hayan sido declarados como tales por una sentencia firme expedida por el Poder Judicial, quedando proscrita toda interpretación contraria. Además, indica que en estos casos no es necesaria una votación calificada, bastando la mayoría simple para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución Política.

- Explica que, en los casos de juicio político (acusación constitucional), el Congreso puede acusar a los funcionarios descritos en el artículo 99 por infracción de la Constitución, porque toda falta política cometida por éstos compromete peligrosamente el adecuado desarrollo del aparato estatal y, en esos casos, el despojo del cargo no tiene que ver con la comisión de un delito sino por faltas que atentan la confianza depositada en el funcionario; en casos como éstos, los funcionarios pueden ser procesados y sancionados por el Congreso solo por faltas políticas; de este modo, la votación para la imposición de sanciones previstas en el artículo 100, debiera ser no menor a 2/3 del número legal de congresistas, sin participación de la Comisión Permanente, aquí cabe hacer una mención especial a algunas exhortaciones que el Tribunal Constitucional hace al Parlamento, a fin de mejorar tanto en la Constitución Política como en el Reglamento del Congreso, entre las que se pueden señalar las siguientes:

- Exhorta al Congreso de la República a estipular en su Reglamento la votación necesaria para aprobar una acusación constitucional por infracción de la Constitución (causas políticas), así como aquella necesaria para la aplicación de las referidas sanciones.
- Exhorta al Congreso de la República a regular un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político, conforme a las características de dicha institución que se desprenden de la sentencia.
- Exhorta a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución.
- Exhorta al Congreso de la República a reformar el artículo 99° de la Constitución, para que sean incluidos dentro de la lista de funcionarios con esta prerrogativa a los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, al jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y al jefe del Registro Nacional de Identificación y

Estado Civil. Aunque el Tribunal Constitucional haya señalado que no se admite otro tipo de interpretación cuando señala que la facultad sancionadora del Parlamento en los casos de antejuicio político es posible únicamente luego de que el Poder Judicial haya previamente sentenciado y sancionado al funcionario acusado por delito de función; la evidencia histórica permite contradecir este desarrollo interpretativo. (DIDP CONGRESO PERUANO 2018: 16-18)

Cabe mencionar que en el Informe presentado por el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso de la República peruano de abril el 2018, se ha planteado la inconstitucionalidad de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia mencionada respecto de la ampliación de facultades sancionadoras del Parlamento, en tanto de la normativa constitucional, así como los debates constitucionales de los constituyentes analizados con motivo de dicho informe, bajo ningún contexto se advierte el espíritu de facultar al Congreso -a través del artículo 100 de la Constitución- para sancionar a los acusados por delito de función, sino únicamente por infracción a la Constitución.

Este método de control generalmente ha sido utilizado erróneamente en nuestro país, como una forma de castigar la actitud de magistrados independientes, que a través de sus decisiones se enfrentan al poder político; así tenemos lo ocurrido en los años noventa con la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional quienes fallaron en contra de la reelección del presidente Alberto Fujimori Fujimori, los mismos que haciendo uso del control difuso inaplicaron la ley que permitía su reelección; situación análoga se presentó recientemente con la acusación constitucional presentada contra cuatro de los actuales magistrados del Tribunal, Manuel Miranda Canales, Marianella Ledesma Narváez, Carlos Ramos Núñez y Eloy Espinosa-Saldaña Barreda, los cuales al pronunciarse por la subsanación de la

sentencia emitida en el EXP. N.º 01969–2011–PHC/TC a través de un auto de fecha 05 de abril del 2016 a solicitud del Procurador Público especializado supranacional y representantes de organizaciones de Derechos Humanos como el IDL (Instituto de Defensa Legal), y por ende, tener por no incorporados en la resolución el fundamento 68 y el punto 1 de su parte resolutive”; evalúan la validez sustantiva de una sentencia, resolviendo un pedido de subsanación de error material que aparentemente se habría presentado en la emisión de ésta, la misma que está relacionada con el denominado “Caso El Frontón” (data del año 2013); pronunciamiento que a criterio de CASTILLO CÓRDOVA resulta jurídicamente imposible al tener incidencia directa sobre la ejecución de una sentencia formalmente válida (CASTILLO 2017). Dicha sentencia fue emitida por una composición del Tribunal distinta a la actual, cuyo error material-sostienen los cuatro magistrados- se basa en el conteo de los votos, en tanto fue firmada en mayoría por aquél TC, al parecer no contando con los votos necesarios para su validez, centrándose la discusión en el voto original del magistrado Juan Vergara Gotelli, respecto del cual consideraban que no estaba de acuerdo con la decisión mayoritaria (pese a haberla firmado) porque ésta se contradecía en su “fundamento de voto”; situación que ocasionó al firmar la resolución desarrollando argumentos individuales en el documento que llamó "voto", los que al parecer se contradicen con la apreciación de los hechos de fondo, sobre los que la mayoría consideró no se trataban de crímenes de lesa humanidad; su argumento principal fue que el Tribunal no era competente para hacer esa calificación jurídica porque eso era algo que sólo le correspondía al juez penal, encargado de resolver si existe o no un delito, no al constitucional, es en ese contexto que los cuatro magistrados acusados (actuando también en mayoría) le dieron la razón a los solicitantes afirmando que el fundamento de voto de Vergara Gotelli impedía que su firma en mayoría fuese contabilizada como parte de los votos exigidos para la validez de la sentencia (4 votos a favor); el alcance procesal de este pronunciamiento repercutió en la decisión de

anular el “auto de apertura judicial” de esa investigación penal, así como retirar la parte de la sentencia que expresamente señalaba que los hechos no calificaban como crímenes de lesa humanidad; en la práctica cambiaron el sentido del fallo que constituía una sentencia firme, por lo que los parlamentarios fujimoristas presentaron una acusación constitucional contra éstos alegando infracción a la Constitución, vulneración del Principio de Cosa Juzgada y la comisión de delito de prevaricato, cargos que fueron negados por los denunciados alegando amenazas a su independencia funcional por parte de la oposición fujimorista en el Congreso, por lo que acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente a la Corte Interamericana, la misma que resolvió que se archive el procedimiento de acusación constitucional iniciado por el Congreso.

- d) El control político en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, pues en nuestro sistema la elección de sus magistrados es de naturaleza política, en tanto las candidaturas son propuestas por los grupos parlamentarios, quienes también intervienen en su elección; ello en la práctica no constituye una garantía de imparcialidad, más aún cuando a lo largo de su historia se han visto casos de elecciones de miembros con afinidad al poder político; precisamente esto ocurrió en la década de los noventa cuando dos de los siete magistrados elegidos en junio de 1996, impidieron que el Tribunal emitiera pronunciamientos de importancia como ocurrió con la acción de inconstitucionalidad planteada contra la Ley del Congreso que exigía que todo referéndum contara con la aprobación de éste, sentencia en la que a pesar de que cinco magistrados optaron por la inconstitucionalidad de la ley, los dos simpatizantes con el gobierno de turno no compartieron este criterio, impidiendo así que la ley fuese expulsada del ordenamiento por la falta de votos necesarios; esta misma situación se presentó cuando entre mayo de 1997 y noviembre del 2000, como consecuencia de la destitución de tres de sus miembros por parte del Congreso de la República al declarar

inconstitucional la ley que autorizaba una nueva reelección del ex presidente Alberto Fujimori para el año 2000, ello impidió que el Tribunal pueda ejercer sus competencias en las demandas de inconstitucionalidad (ACUÑA 2014: 90-91).

Sin embargo, no podemos considerar a este último en estricto como un método de control del poder del Tribunal Constitucional, se trata más bien de medidas destinadas a obstaculizar o neutralizar sus funciones las cuales configuran un abuso de las atribuciones consagradas constitucionalmente al Poder Legislativo.

2.2.5. El Tribunal Constitucional y su necesidad de autocontrol:

Hasta este punto hemos advertido que la justicia constitucional, cuyo “intérprete privilegiado” es el Tribunal Constitucional genera ciertos riesgos para el funcionamiento adecuado del sistema jurídico- político; así lo define PEREZ, tipificando estos riesgos de la siguiente manera: (PEREZ 2003: 9)

- a) El riesgo de politización que genera, dada la trascendencia y naturaleza de los asuntos que resuelve, más allá de que las soluciones se basan en interpretaciones del derecho de conformidad con la constitución que informa un determinado sistema jurídico.
- b) El riesgo de que a partir de esta politización de sus decisiones, genere un peligro de invasión a los ámbitos reservados tradicionalmente a los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial).
- c) El riesgo que al ser un único tribunal que se encarga (de conformidad a sus atribuciones previstas en la Constitución) tanto al afianzamiento de los principios y valores constitucionales garantizando los derechos fundamentales de las personas como también a la solución de los conflictos importantes para la vida del país, genere una sobrecarga laboral difícil de manejar.

En visto de ello, evitar que estos riesgos se conviertan en realidad, no solo depende del control externo que se imprima a este organismo constitucional, sino fundamentalmente al autocontrol de la justicia constitucional.

El autocontrol o “*self restraint*” se justifica especialmente en un Estado Democrático de Derecho, en el que por el juego de poderes, los órganos que se encuentran en la cúspide del poder, deben autocontrolarse, incluso así estén bien definidas sus atribuciones y se verifique realmente un equilibrio de poderes (*checks and balances*); el mejor ejemplo de ello es lo que sucede en la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien se impone límites a sí misma como una manera de ajustarse a sus competencias sin afectar la de otros órganos del poder público. (CARPIZO 2009:80).

La autolimitación de los tribunales, implica que los jueces constitucionales reconozcan límites a su accionar, evitando asumir atribuciones que le corresponden a otras ramas del poder, pues un adecuado funcionamiento de la justicia constitucional exige un autocontrol de quienes la desarrollan, ello es importante en tanto el sustento del propio orden constitucional radica también en el respeto por las jerarquías, las normas, las instituciones y las competencias que cada una tiene.

Finalmente, VANOSSI ha expresado que:

“.....nos encontramos frente a un problema análogo al de la cuadratura del círculo: o no hay control, y entonces podemos desembocar en la ilimitación del ejercicio de los poderes, que significa el quebrantamiento de las competencias y limitaciones establecidas por la Constitución; o establecemos el órgano de control, pero enseguida se plantea el problema de quién controla al controlador, al surgir el riesgo de que dicho órgano asuma una verdadera “dictadura” interpretativa de los textos constitucionales, y descalifique todos aquellos actos o normas que no se compadezcan con las valoraciones que él explicita. Como vemos, todos los caminos conducen a la interpretación; y la enorme importancia de esta queda en evidencia cuando percibimos que toda la función

de control está finalmente subsumida en la tarea de interpretación que cumple el órgano especializado...” (MONROY 2004:24)

3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEL SISTEMA DEMOCRATICO:

Si bien, en cuanto a la primera misión del Tribunal Constitucional (control de la constitucionalidad de las leyes), se tiene que dicha institución convierte en eficiente la defensa de la Constitución, por cuanto esta atribución la ejerce en tanto órgano diferente e independiente de aquel que produjo la norma constitucional; como garante de la protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no solo reconoce los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de los ciudadanos, sino que además garantiza su protección al pronunciarse en última y definitiva instancia en los procesos constitucionales de amparo, cumplimiento, habeas data y habeas corpus (jurisdicción de la libertad).

De conformidad con lo previsto por el artículo 202 de la Constitución, las competencias taxativamente establecidas con las que cuenta el Tribunal Constitucional se dividen en:

1. Conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias emitidas en los procesos de la libertad o también llamados procesos de tutela de derechos fundamentales.
2. Conocer en única instancia los procesos de control normativo o también llamados procesos constitucionales orgánicos cuya finalidad es proteger jurídicamente la primacía de la constitución respecto de las normas que tienen rango de ley (proceso de inconstitucionalidad) y de la primacía de la Constitución y la ley en relación al resto de normas de jerarquía inferior (proceso de acción popular), aunque éste último por disposición expresa del artículo 85 del Código Procesal Constitucional, es de competencia exclusiva del Poder Judicial.

3. Conocer en instancia única los conflictos de competencia, cuyo objeto es la protección de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a los poderes del Estado, órganos constitucionales autónomos y a los gobiernos locales (municipalidades) y regionales.

De lo expuesto, en este punto nos centramos en la intervención del Tribunal Constitucional como última instancia en los procesos constitucionales de la libertad, dicha competencia no se ejerce de manera uniforme en los distintos tribunales latinoamericanos, por ejemplo en Bolivia el Tribunal Constitucional conoce en instancia revisora todas las resoluciones (estimatorias o desestimatorias), las mismas que generan efectos inmediatos a pesar de estar sujetas a revisión; en Colombia, dicha atribución es ejercida por una Corte Constitucional a quien les son remitidas todas las decisiones de tutela emitidas por los órganos jurisdiccionales a fin de ser revisadas, no obstante es la misma Corte que a través de una sala de selección (compuesta por dos magistrados) deciden cuales serán materia de pronunciamiento (criterio discrecional similar al *certiorari norteamericano*), que implica solo el análisis del tema constitucional en cuestión sin analizar los hechos o cuestiones propias de la controversia judicial; similar sistema opera en la Corte Constitucional de Ecuador.

En nuestro país, el Tribunal solo asume competencia para conocer sentencias desestimatorias en los procesos constitucionales de la libertad (que son tramitados en la jurisdicción ordinaria) y que hayan sido objeto de impugnación a través del recurso extraordinario de agravio constitucional (RAC), ello en aplicación del Principio de Justicia Rogada; sin embargo a través de su jurisprudencia (vinculante en algunos casos, y doctrina jurisprudencial en otros) ha permitido excepcionalmente la procedencia de este recurso extraordinario contra sentencias estimatorias cuando se ha producido la sustracción de la materia por irreparabilidad o cese de la vulneración del derecho, cuando la sentencia genere efectos no apropiados para tutelar el derecho vulnerado, al haberse deducido excepciones y éstas

han sido indebidamente resueltas (imposibilitando conocer el tema de fondo), cuando por la naturaleza del asunto surge la necesidad de ordenar el pago de pretensiones accesorias vinculadas a la vulneración del derecho constitucionalmente protegido, y cuando se presentan vicios procesales que han afectado directamente en la decisión; también procede a favor de la ejecución de las sentencias del Poder Judicial, cuando potencialmente se pueda ver afectado el orden constitucional vinculado a procesos penales sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, a fin de hacer efectivo el Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva, ante pedidos de represión de actos homogéneos y frente al incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. (ACUÑA 2014: 121).

En Brasil por su parte, el Supremo Tribunal Federal conoce directa u originariamente, y en vía de recurso los procesos de la libertad (habeas corpus, mandatos de segurancia, habeas data y mandatos de injuncao); directamente contra actos del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del Procurador General de la Republica y del propio Tribunal Federal; y vía recurso en las sentencias denegatorias de los recursos interpuestos ante los tribunales superiores.

Finalmente, Chile es el único país que cuenta con un Tribunal Constitucional que no tiene competencia para conocer procesos en materia de derechos humanos o fundamentales.

Ahora, tomando en consideración que la mayor producción del Tribunal Constitucional se ha generado en cumplimiento de esta competencia, ello en tanto la mayor carga de casos ingresados desde su entrada en funcionamiento en el año 1996 ha sido de: 84121 casos en proceso de amparo, 10453 casos en proceso de cumplimiento, 16529 casos en procesos de habeas corpus, 1790 casos en procesos de habeas data, 545 casos en proceso de inconstitucionalidad, 121 casos en procesos competenciales), según datos estadísticos publicados en la web

institucional del Tribunal Constitucional peruano; consideramos pertinente destacar algunas de las sentencias emitidas que han sido objeto de crítica, cuyo análisis ha sido sistematizado en un documento denominado “Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012” elaborado por el equipo constitucional de Justicia Viva y el Instituto de Defensa Legal, así como el análisis individualmente realizado sobre algunas resoluciones emitidas con posterioridad, que a criterio del suscrito han generado opiniones divergentes desde la doctrina especializada; no sin antes reconocer que si bien es cierto gran parte de las instituciones procesales que rigen el trámite de los procesos constitucionales han sido desarrolladas por el Tribunal Constitucional a partir de las decisiones emitidas en los procesos de la libertad (ya sea con carácter de precedente vinculante o de doctrina jurisprudencial) en ejercicio de la denominada “autonomía procesal” (que no es otra cosa que el desarrollo de los procesos constitucionales que se encuentran en la Constitución), también los es que muchas de las sentencias emitidas han generado profunda crítica y cuestionamientos; sin embargo, tampoco podemos definirlas totalmente como buenas o malas, pues cuentan con aspectos positivos y negativos, o incluso en muchos casos los aspectos cuestionables fueron agregados a las sentencias luego de desarrollos jurisprudenciales positivos o acertados. En este punto, con base en el antecedente citado, mencionamos algunas de las sentencias que a criterio nuestro cumplen con esa característica y que en su mayoría han sido emitidas durante uno de los periodos más cuestionados del Tribunal Constitucional peruano, lo que no significa que sean las únicas, pues siendo el intérprete privilegiado de la Constitución, sus decisiones siempre estarán sujetas a crítica por parte no solo de la comunidad jurídica, sino fundamentalmente de la sociedad en su conjunto, ello no solo es válido sino además necesario en un Estado Constitucional de Derecho; por ello a continuación presentamos la sinopsis de algunos de éstos casos, agrupadas según los criterios previstos en la publicación del Instituto de Defensa Legal y Justicia Viva:

3.1.SENTENCIAS DEL TC QUE FAVORECIERON LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS:

3.1.1. Caso el Frontón (RTC N° 03173-2008-PHC/TC)

Esta sentencia se emite con motivo del proceso de habeas corpus interpuesto por Teodorico Bernabé Montoya, con la finalidad de cuestionar una resolución fiscal que disponía la formulación de una denuncia penal en su contra por la presunta comisión de un delito de homicidio calificado, actuando -como miembro de las Fuerzas Armadas- en las ejecuciones arbitrarias efectuadas en el penal “El Frontón” en junio de 1986; la cuestión controvertida versaba en la aplicación de la institución de la prescripción de la acción penal respecto de los delitos imputados, habiendo sido favorecido por las instancias jurisdiccionales, el caso llegó al Tribunal vía recurso de agravio constitucional interpuesto por el Instituto de Defensa Legal, quien solicitaba se aplique el precedente vinculante recaído en la STC N°04853-2004-AA, pues se estaba desconociendo el criterio expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Durand y Ugarte, conforme al cual los crímenes que implicaban graves violaciones de derechos humanos resultaban imprescriptibles; como aspecto adicional se destaca que la operación militar cuestionada se realizó durante el primer gobierno de Alan García Pérez, quien se encontraba ejerciendo su segundo periodo de gobierno presidencial durante la emisión del fallo, por lo que se presume que no se actuó con independencia e imparcialidad.

En este caso el Tribunal optó por declarar nulo el recurso de agravio constitucional concedido, considerando que la aplicación del precedente vinculante solicitada, y a través del cual se facultaba excepcionalmente la procedencia de dicho recurso, no le era aplicable al caso, pues había sido dictado en contravención a los requisitos establecidos por el propio tribunal para la emisión de un precedente vinculante, además cuestionó la participación del Instituto de Defensa Legal, por no representar a ninguna

de las partes en el proceso.

Respecto a esta sentencia, se considera que se realizó una exégesis formalista de los procesos constitucionales, a fin de evitar pronunciarse en relación al fondo de dicho debate, evadiendo aquellos deberes y obligaciones establecidas en la Carta Magna, como el reconocimiento de aquellos derechos fundamentales que tienen los ciudadanos. Por otro lado, dejó de lado la aplicación de aquellos principios procesales constitucionales de elasticidad, como es el principio de impulso de oficio del proceso, el de dirección judicial del proceso, además del *pro actione*, que le exigían en este caso la continuación del proceso, para así poder ingresar al fondo del problema y pronunciarse por la imprescriptibilidad de la violación de los derechos humanos.

Del mismo modo, el TC vulnera el derecho a la verdad que es regulado en la constitución impidiendo el acceso al órgano jurisdiccional y a la protección a las víctimas del caso frontón.

3.1.2. Caso de Ley de uso de la fuerza por las fuerzas de seguridad (STC. N° 0002-2008-PI/TC)

Esta sentencia deriva del proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 29166, que aprueba normas complementarias respecto al empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, por considerarla vulneratoria de los artículos 137 y 165 de la Constitución, pues los autorizaba a asumir el control del orden interno, sin que medie declaratoria de estado de emergencia, lo que constituye responsabilidad de la policía nacional.

Lo discutible en este caso es cuando el TC reconoce que las fuerzas armadas tienen injerencia en el control del orden interno en supuestos no contemplados en la constitución, esto es ante situaciones en las que no necesariamente se haya declarado estado de emergencia, por ejemplo, en

los casos de lucha contra el narcotráfico y terrorismo.

Es preciso hacer mención que esta sentencia es materia de discusión porque faculta la intervención de las fuerzas armadas en aquellos casos donde no se declara el Estado de Emergencia señalado en el artículo 137 de la Constitución; de cierta forma las intenciones son buenas, pero sin ir más lejos, es preciso señalar que a partir de ello se han emitido normas inconstitucionales como es el Decreto Legislativo N°1095, por lo que eso da pie a una militarización del orden interno.

3.1.3. Caso Accomarca. (STC N° 00218-2009-PHC/TC)

También se inicia con un proceso de habeas corpus interpuesto con la finalidad de cuestionar un proceso penal seguido en contra del demandante por su presunta intervención en el asesinato de 69 campesinos (ocurrido el 14 de agosto de 1985 en la localidad de Accomarca), como sustento de su demanda, el recurrente alegaba la prescripción de la acción penal, por lo que en este caso también se discutió la imprescriptibilidad de los crímenes que implican graves violaciones de derechos humanos.

El Tribunal Constitucional resuelve por la infundabilidad de la declaró infundada la demanda al considerar que no había operado la prescripción alegada, siendo lo cuestionable en esta sentencia la ambigüedad que presenta con respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes que implican la violación de derechos humanos, con el riesgo de dejar una puerta abierta a una interpretación distinta con respecto a la figura de prescripción, por parte de los jueces que tienen la responsabilidad de examinar dichos crímenes que se cometieron.

3.1.4. Caso Salazar Monroe (Exp. N° 5350-2009-PHC-TC)

Caso en el que se analiza, a través de un proceso de habeas corpus, la necesidad del apartamiento de los integrantes de una Sala Penal de la

Corte Superior de Justicia de Lima del conocimiento de un proceso penal, alegando la vulneración del principio del juez imparcial, de presunción de inocencia y de prohibición de avocamiento a causas judiciales pendientes; este proceso es declarado fundado considerando que se había producido la afectación del derecho del demandante a ser juzgado dentro de un plazo razonable, disponiendo que se emita sentencia en un plazo perentorio de sesenta días naturales; a través de esta decisión el Tribunal Constitucional desarrolla el derecho constitucional al plazo razonable en base a los parámetros que se emplearon en la calificación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sin embargo, erróneamente considera que la principal consecuencia jurídica que se obtiene por un proceso con excesiva duración es su archivamiento definitivo del proceso judicial, sobre esto es preciso mencionar que los crímenes en los que se encuentra involucrado el demandante, son delitos que se califican como violaciones a los derechos humanos y no como lo que pretendían sostener los procesados. Por otro lado, el TC al declarar el archivamiento de dicho proceso al vencimiento del plazo, pasa a calificarse como hechos comunes que automáticamente pueden prescribir, interpretación que aunque no haya ocasionado un efecto directo, el Tribunal Constitucional no debió omitir.

Cabe mencionar que la sentencia fue cumplida por la Sala Penal, la cual emitió una decisión en el plazo establecido por el Tribunal donde se le sanciona con 25 años de prisión al procesado; sin embargo, el procesado interpone recurso de nulidad sobre dicha decisión, plazo durante el cual el recurrente, vía recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de la sentencia emitida en el proceso de habeas corpus, denuncia que se continuaba vulnerando su derecho al plazo razonable, declarándose procedente su pedido y concediendo 30 días naturales a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia para dictar sentencia; ello originó que la sentencia penal que fuera emitida en un caso de graves violaciones de derechos humanos (como es el caso Barrios Altos), sea anulada por cuanto la Sala Penal Permanente hizo caso omiso del plazo establecido por el TC, finalizando con el archivo.

3.2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DONDE HAY INDICIOS DE PRESIÓN DE PODER POLÍTICO

3.2.1. Caso Antauro Humala (STC N°01680-2009-HC/TC)

También se trata de un proceso de habeas corpus interpuesto por Antauro Humala Tasso, pretendiendo obtener su libertad por exceso de carcelería, al no haberse emitido sentencia pese a haber sido intervenido desde el 01 de enero del 2005; por lo que en el año 2009, habiendo transcurrido el plazo máximo legal previsto para su detención preventiva (36 meses), aduciendo violación a su derecho al plazo razonable, demanda se deje sin efecto su orden de detención, declarándose infundada su demanda; aunque la sentencia mencionada presenta problemas de forma relacionados a los cambios de posición de uno de los magistrados integrantes del colegiado constitucional, en relación con el fallo restringido a los aspectos formales de la resolución cuestionada; modificación que se produce luego de que éste expresara públicamente que ya existía un consenso de 4 votos para el pronunciamiento en el fallo; no obstante luego, tras las declaraciones públicas, otro de los magistrados, Mesía Ramírez, lo contradice públicamente mencionando que con su voto podría hacer cambiar de opinión a los otros magistrados; situación que mereció el pronunciamiento del Presidente del Tribunal convocando a una sesión extraordinaria, la misma que nunca se realizara por falta de quorum (pues dos de los magistrados se encontraban de viaje por cuestiones académicas), cumpliéndose así la advertencia de Mesía, pues la demanda es declarada infundada; por ello, cierto sector de la sociedad interpretó que el voto del mencionado magistrado y el “oportuno” viaje académico que realizaron los otros jueces constitucionales, fueron maquinaciones del partido político del Apra (partido de gobierno por aquella época) a quien le interesaba que el procesado permaneciera en la cárcel.

En cuanto al aspecto de fondo en la sentencia, podemos resaltar los cuestionamientos hechos respecto a la omisión al pronunciamiento sobre la

eventual vulneración al derecho al plazo razonable, limitándose a efectuar solo un control formal en base a la resolución judicial que prorrogaba el plazo de prisión preventiva, donde señala que no se vulnera el derecho al juez natural ni el derecho de defensa.

3.2.2. Caso Tudela. (STC N° 01317-2008-PHC/TC)

Proceso de Habeas Corpus interpuesto por los hermanos Francisco y Juan Felipe Tudela en favor de su padre, alegando que éste había sido privado arbitrariamente de su libertad por parte de su nueva esposa, considerando la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba debido a su avanzada edad y a su delicado estado de salud; demanda que fue amparada por el Tribunal Constitucional ordenando el ingreso libre de los demandantes al domicilio de su padre para que puedan interactuar con el sin la presencia de terceros, en tanto se había vulnerado con tal restricción al libre desenvolvimiento de las relaciones familiares, lo que implicaba una afectación al contenido constitucionalmente protegido de su derecho a la integridad personal; este fallo generó críticas diversas, en tanto se pasan a discutir cuestiones que se encuentran relacionadas con la capacidad mental del beneficiario del proceso, materia que es propia de un proceso civil de interdicción así como las relaciones paterno filiales, invocando un derecho cuya protección no es el objeto de un proceso de habeas corpus, afectándose así al principio de igualdad ante la ley; la crítica a esta decisión se basa en las presiones e influencias políticas que determinaron el fallo en ese sentido, pues fue tramitado con singular celeridad (teniendo en cuenta el plazo promedio para emitir una decisión por parte de este Tribunal debido a la elevada carga procesal, de 2 a 3 años aproximadamente), esto es en solo 8 meses transcurridos entre su interposición en primera instancia y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, considerando que uno de los demandantes había ejercido el cargo de ex canciller de la República.

3.2.3. Caso Tula Benites (STC N° 02364-2008-PHC/TC)

A través de una sentencia emitida en un proceso de habeas corpus interpuesto por una ex congresista, Tula Benites, con la finalidad de cuestionar el procedimiento de acusación constitucional seguido en su contra por la presunta comisión de los delitos de peculado, colusión y falsedad genérica, a consecuencia de lo cual fue suspendida en el ejercicio de su cargo y el inicio del proceso penal correspondiente; el Tribunal Constitucional (en mayoría) rechazando los argumentos mencionados por la demandante declara infundada la demanda, alegando que carecía de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto al producirse la sustracción de la materia, ya que en sede judicial ya se había abierto instrucción contra la demandante; siendo notoria en este caso la falta de colegialidad por parte del Tribunal Constitucional porque hubieron posiciones distantes previas a su resolución (dos votos porque se declare fundada y uno por la improcedencia de la demanda); algunas de las críticas estuvieron dirigidas por el lado de la presión mediática, lo cual aparentemente tuvo que ver en el momento de la toma de decisiones.

3.3. CASOS DONDE SE FAVORECEN INTERESES PRIVADOS EN DESMEDRO DE LOS INTERESES DEL ESTADO:

3.3.1. Caso Transporte Flores. STC N° 02210-2007.PA/TC

Este se refiere a un proceso de amparo interpuesto por la mencionada empresa de transportes contra el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), a fin de solicitar se inaplique determinados fraccionamientos arancelarios, los mismos que a criterio de la demandante vulneraban sus derechos a la igualdad, la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, pues al haberse concedido una exoneración tributaria a la importación de vehículos para el transporte aéreo, también debería ser aplicable para el transporte terrestre; ante ello el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, bajo el

argumento de haberse vulnerado el principio- derecho a la igualdad, pues las empresas de transporte terrestre realizan un servicio similar a las empresas de transporte aéreo y marítimo; lo criticable en este fallo es la falta de colegialidad para tomar la decisión de fondo, no mostrando verdaderamente una parte considerativa, sino por el contrario, la opinión por separado de los magistrados; por otro lado, y como tema de fondo fue criticado que se haya establecido una exoneración tributaria cuando ello solo se puede realizar en virtud de una ley (según lo señalado en el artículo 74 de la Constitución), no habiendo analizado tampoco la diferente naturaleza económica que tienen los distintos mercados de transporte, en virtud de una aplicación tendenciosa del llamado test de igualdad al no tomar en cuenta que los rubros de costos son distintos, beneficiando a un medio de transporte terrestre, sin tomar en consideración que con ello se genera también un perjuicio a otras empresas que participan en el mismo rubro.

3.3.2. CASO CEMENTOS LIMA (STC N° 03116-2009-AA/TC)

Igualmente se trata de una sentencia emitida en un proceso de amparo interpuesto por la empresa Cementos Lima S.A. contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a fin de que se declare inaplicable la reducción del 12% al 0% de las tasas por los derechos arancelarios advalorem CIF prevista en el Decreto Supremo N°158- 2017-EF respecto a las importaciones de cemento sin pulverizar, la misma que había sido fijada por el ejecutivo con el objeto de mejorar la oferta en el mercado de cemento después del terremoto de Ica de setiembre del 2007, facilitando el ingreso de empresas extranjeras, vulnerando así el principio de igualdad ante la ley; cabe resaltar que este argumento fue acogido por el Tribunal declarando fundada la demanda y ordenando a la SUNAT que restablezca dicho arancel, decisión que fuese muy criticada en su oportunidad tanto por el sector empresarial como por la opinión pública, pues no significó otra cosa que la intervención por parte del Tribunal Constitucional peruano en la potestad arancelaria del Poder Ejecutivo (artículo 118 inciso 20 de la

Constitución), correspondiendo adecuadamente su declaración de improcedencia, en tanto la norma cuestionada no era de carácter autoaplicativo, pues no afectaba directamente a la empresa demandante, por el contrario se trataba de una norma con rango reglamentario que debió ser cuestionada a través de un proceso de acción popular; en el fondo del asunto esta sentencia tuvo repercusiones económicas muy fuertes por incidir la industria del cemento que mueve millones de dólares, por lo que habrían existido intereses económicos muy fuertes por que se declare la fundabilidad de la demanda.

3.4.SENTENCIAS DEL TC QUE NO RESPETAN LAS NORMAS PROCESALES.

3.4.1. Caso RBC. (STC N° 2386-2008-PA)

Sentencia emitida en el contexto de una demanda de amparo planteada por la Compañía de Radiodifusión Arequipa (Crasa) en contra del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, pretendiendo dejar sin efecto el laudo emitido en un proceso arbitral en el que se discutió la resolución de un contrato de cesión de uso de la asignación del espacio radioeléctrico, celebrado entre las empresas Red Bicolor de Comunicaciones S.A. (RBC) y Austral de Televisión S.A (Austral), con la circunstancia adicional que la demandante era una empresa de propiedad de la familia de la entonces Segunda Vicepresidenta de la República, Lourdes Mendoza del Solar, de conocida filiación al partido aprista.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional en un primer momento declaró nula su propia sentencia en función a los cuestionamientos surgidos por el llamamiento irregular del Presidente del Tribunal Constitucional de aquel entonces, Carlos Mesías, para dirimir el caso; pues si bien es cierto el expediente se encontraba en la Primera Sala del Tribunal, no obstante ello, al no obtener el resultado que se esperaba para que se pudiera dictar dicha

sentencia (ya que existían votos a favor de declarar fundada la demanda y otros votos para que se declare improcedente), correspondía llamar a otro magistrado para dirimir, y en tanto que, siguiendo el orden establecido por el artículo 11 de su Reglamento Normativo, correspondía llamar al magistrado menos antiguo de la otra sala y recién en última instancia, al persistir la discordia, correspondía intervenir al Presidente, este procedimiento no fue respetado, lo que motivó su anulación, argumentando que no se notificó a las partes el llamamiento de Mesías, resolución que fue suscrita por este magistrado, debiendo haberse abstenido de suscribirla; finalmente al emitirse la resolución de fondo, el Tribunal se pronunció sobre aspectos específicos analizados en el laudo, disponiendo la anulación de una resolución ministerial que favorecía a una de las partes, desconociendo su propia doctrina jurisprudencial sobre amparo contra laudos arbitrales fijada en el caso Cantuarias Salaverry (Exp. N°6167-2005-PHC/TC), en la que se delimitó la participación a aquellos casos en los que se hayan agotado las vías previas, limitándose a verificar la vulneración de los derechos fundamentales en el marco del proceso arbitral.

3.4.2. Caso Chiquitoy. STC N° 00228-2009-PA/TC

Esta sentencia es emitida en un proceso de amparo iniciado por Flor de María Ibáñez Salvador contra la empresa agraria Chiquitoy S.A. con la finalidad de declarar nulos los acuerdos adoptados por la junta de acreedores de la demandada, argumentando vulneración al derecho a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, la libertad de trabajo, a la propiedad, el debido proceso y la interdicción de la arbitrariedad, pretensión que fuera declarada improcedente en instancia jurisdiccional por considerar que la vía idónea para cuestionar lo resuelto en un procedimiento concursal es el proceso contencioso administrativo; el Tribunal Constitucional, discrepando de las instancias judiciales, declara fundada la demanda en aplicación irregular del artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, utilizando el voto dirimente del Presidente, restituyendo los derechos de la demandante como accionista de la

empresa, supuesto que no se encuentra previsto ni en la Constitución ni en su Ley Orgánica, sin embargo fue introducida a través de la modificación del Reglamento Normativo

Si bien posteriormente este caso sirvió para la modificación del reglamento normativo, es insólito e inconstitucional señalar que una facultad de esta índole, que tiene incidencia en el desarrollo de las competencias esenciales que tiene Tribunal Constitucional, no esté regulada en la Constitución; sin embargo, en el presente caso esta facultad fue aplicada de manera inapropiada para poder favorecer la posición del Presidente del Tribunal Constitucional por encima de la mayoría de los otros miembros.

3.4.3. Caso amparo contra sentencia del TC (STC N° 03569-2010-AA/TC)

Esta sentencia se emite en el contexto de un proceso de amparo interpuesto contra lo decidido por el Tribunal Constitucional en otro proceso de amparo (amparo contra amparo), cuestionando el demandante (Agrícola Cerro Prieto S.A.) que había sido directamente afectada con la sentencia emitida en el primer proceso de amparo, en tanto se disponía la inscripción registral de predios ya inscritos a su nombre a favor de la empresa Aspillaga Anderson Hermanos S.A.C., a pesar de no haber intervenido en el proceso; lo que motivó la intervención del Tribunal Constitucional por segunda vez, declarando fundada la demanda, precisando los efectos recaídos en la primera sentencia y ordenando al Ministerio de Agricultura y al Proyecto Especial Jequetepeque- Zaña iniciar un procedimiento de expropiación en contra de Aspillaga Anderson Hermanos S.A.C., a fin de indemnizarlos, manteniendo la inscripción registral a favor de Agrícola Cerro Prieto S.A.

Si bien es cierto, es posible iniciar un proceso de amparo para discutir lo que se obtuvo en otro proceso de amparo en casos excepcionales: 1) Se interpone solo una vez contra la resolución de segunda instancia que declara fundada una demanda pero que afecta el contenido esencial de los

derechos fundamentales del demandado, del demandante (siempre que se le haya vencido el plazo para interponer el recurso de agravio constitucional) y de un tercero legitimado que no haya podido participar del primer amparo porque se le denegó su participación o no tenía conocimiento del mismo; o cuando se aparta de la jurisprudencia del Tribunal que interpreta de manera más favorable los derechos fundamentales. 2) No procede contra resolución proveniente del Tribunal Constitucional (Caso Dirección Regional de Pesquería La Libertad- Exp. 4853-AA/TC). 3) Contra la resolución de segunda instancia que se aparta o inobserva un precedente vinculante del Tribunal Constitucional (Caso Pro Vías Nacional – Exp. N°3908-2007-PA/TC). 4) Para interponerse se requiere del cumplimiento previo de la resolución del primer amparo (Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub Oficiales de la Policía Nacional Santa Rosa de Lima – EXP. N° 03218-2012-PA/TC). 5) Procede contra amparo en etapa de ejecución, salvo que se haya interpuesto el recurso de apelación por salto (Caso Roberto Allca- Exp. N° 00009-2010- PA/TC); lo cuestionable en este caso es que el Tribunal Constitucional se apartó de este criterio y modificó lo que se resolvió en la sentencia anterior, afectando a ciertos principios como el de seguridad jurídica y el de cosa juzgada, creando un quinto supuesto para la procedencia de amparo contra amparo, esto es para modular los efectos del primer amparo; ello merece una crítica de fondo, pues cuando el Tribunal Constitucional como órgano de cierre de interpretación constitucional en el país, varía constantemente sus criterios sobre un mismo tipo de casos, genera también inseguridad jurídica, afectando de uno u otro modo la inmutabilidad de sus fallos; por ello, aunque existan razones para justificar su accionar, resulta inadecuado.

3.4.4. Caso Panamericana Televisión (STC N° 04617-2012-PA/TC)

Este caso se inicia con una demanda de amparo planteada por Panamericana Televisión contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y que inicialmente fuera declarada infundada (con voto en mayoría) por el colegiado anterior, exigiendo a la

empresa demandante (el canal de televisión antes mencionado), la deuda tributaria que sostenía con la Administración; sin embargo, ante el pedido de nulidad de dicha sentencia, el nuevo colegiado constitucional, con una conformación compleja (pues el voto en mayoría estuvo acompañado de votos singulares), esta vez declara la inexigibilidad de la deuda, entre otras razones, no haber efectuado el cobro de esta mientras se encontraba en la administración quien se había rehusado a pagarla.

A partir del criterio discutible planteado por la mayoría, se esperaba que, el pedido de nulidad fuese declarado fundado por la nueva conformación del Tribunal, emitiendo un nuevo pronunciamiento sobre el fondo; no obstante, este caso, además de ser una de las más importantes reflexiones que ha formulado el actual colegiado constitucional sobre los alcances de sus funciones y la posibilidad de revisión de sus fallos, también generó opiniones divergentes.

Por mayoría se decidió declarar improcedente esta solicitud, a partir de los votos suscritos por los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada, con fundamentos de voto de dos de estos magistrados (Urviola Hani y Ramos Núñez). A este voto mayoritario, se acompañaron los votos singulares de la magistrada Ledesma Narváez y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, quienes consideraban que el pedido se debía amparar, además de la abstención del magistrado Miranda Canales.

3.5. SENTENCIA QUE FAVORECIERON LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN:

3.5.1. Caso Walter Chacón. (TC. N° 3509-2009-PHC/TC)

Se emite en el contexto de un proceso de habeas corpus interpuesto por el beneficiario contra la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando la nulidad de la denuncia fiscal, del auto de

apertura de instrucción, del auto ampliatorio de instrucción, de la acusación fiscal y del auto de enjuiciamiento procesal, en el trámite del proceso penal seguido en su contra por la presunta comisión de los delitos de cohecho propio y enriquecimiento ilícito, alegando afectación a su derecho al plazo razonable; demanda que es declarada fundada por el Tribunal Constitucional considerando una vulneración al derecho alegado; la crítica que se hace a esta sentencia es porque existe un exceso por parte del Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la responsabilidad penal del demandante, pues la reposición del derecho vulnerado no implicaba irrogarse funciones exclusivas del órgano jurisdiccional, violando principios como la división de poderes y la corrección funcional

3.5.2. Caso de pago de devengados liquidados a Javier Ríos Castillo (STC N° 04197-2008-PA/TC)

Esta sentencia es cuestionada porque el Tribunal constitucional desconociendo el carácter excepcional del proceso constitucional de amparo, declara fundada la demanda interpuesta en un proceso de amparo con la finalidad de que se declare nula una resolución judicial emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima en un proceso de cobro de honorarios profesionales que venía siguiendo el demandante contra la Universidad Ricardo Palma, ordenando se le pague no solo los honorarios profesionales adeudados, sino además los devengados generados, a pesar de que esto no era materia del proceso constitucional y que había sido denegado por los órganos jurisdiccionales competentes; ello teniendo en consideración que uno de los magistrados que suscribe la sentencia, Juan Vergara Gotelli, carecía de imparcialidad en este caso puesto que había participado en un acto de desagravio a favor del demandante en su calidad de representante del Colegio de Abogados de Lima.

Por otra parte, a raíz de los problemas que se suscitaron en esta sentencia, el caso llegó nuevamente a manos del Tribunal Constitucional a través de un recurso de agravio constitucional, el mismo que es declarado fundado

de manera irregular con la firma solo de tres magistrados, a pesar de haber sido debatido por el Pleno del Tribunal Constitucional y por ello necesitaba como mínimo la validez de cuatro votos para hacer mayoría y formar sentencia.

3.5.3. Caso Alfredo Jalilie Awapara. STC N°04053-2007-HC/TC

En esta sentencia lo que se cuestiona es que el Tribunal Constitucional, declarando fundada una demanda de habeas corpus interpuesta por un sentenciado por delito de peculado, cuyo objeto era cuestionar la resolución judicial que declaraba inaplicable la gracia presidencial otorgada mediante Resolución Suprema N°097-2006-JUS y que disponía continuar con el proceso penal seguido en su contra, convalida la gracia presidencial, sosteniendo que si bien ésta carecía de motivación, ello no suponía su invalidez, por cuanto no se había incurrido en arbitrariedad en su emisión, respetando los límites materiales y formales establecidos en la Constitución, decisión que lejos de observar las irregularidades que se presentaron en el trámite para su otorgamiento, avaló la concesión de dicho beneficio sin antes solicitar lo necesario para comprobar la salud del demandante, como por ejemplo un examen médico realizado por un especialista, apelando solo a que el procesado padecía de cáncer en uno de sus ojos (fundamento 30).

3.5.4. Caso Ernesto Schütz. (STC N°03681-2012-PHC)

Lo que es cuestionable en esta sentencia, que declara fundada la demanda de habeas corpus interpuesta por el beneficiario, es que su fundamento principal contraviene directamente el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, pues se admite a trámite la demanda en contra de una resolución consentida, apelada de manera extemporánea (así se expresa en los votos singulares de los magistrados Urviola, Beaumont y Vergara), teniendo en consideración que los órganos jurisdiccionales habían suspendido los términos prescriptivos de la acción penal en el proceso

seguido en su contra por la presunta comisión del delito de asociación ilícita para delinquir, ampliando el auto de apertura de instrucción y comprendiéndolo como cómplice primario del delito de peculado, el Tribunal Constitucional ampara el extremo referido al cuestionamiento a la resolución que ordena la suspensión del plazo prescriptorio, y disponiendo su nulidad por indebida motivación, desconoce que dicha suspensión y la supuesta afectación al plazo razonable alegadas, se deben a que el propio demandante huyó del país y motivó el inicio de un proceso de extradición en su contra; decisión que contraviene su propia jurisprudencia y la naturaleza del proceso constitucional de habeas corpus, pues en la práctica, los efectos de excluir del proceso penal al demandante, implica un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal, lo que no constituye una competencia prevista para éste; en síntesis se trata de una sentencia que genera impunidad en la lucha contra la corrupción ya que el favorecido no era un inculpado menor, sino que se trataba del ex dueño de los principales canales de TV que vendió su línea editorial al partido “fujimontesinista”; sin embargo los innumerables cuestionamientos a la misma hicieron que el Tribunal Constitucional posteriormente declare su nulidad.

3.6. SENTENCIAS QUE FAVORECIERON LA IMPUNIDAD EN MATERIA DE NARCOTRÁFICO

3.6.1. Caso Abanto Verástegui. (STC N° 06079-2008-PHC/TC)

El cuestionamiento a esta sentencia radica en la falta de predictibilidad del Tribunal Constitucional al declarar fundada una demanda de habeas corpus interpuesta contra la decisión fiscal de iniciar investigación preliminar contra el demandante por la presunta comisión del delito de lavado de activos, ordenando que se le excluya de dicha investigación bajo el argumento de haberse vulnerado su derecho al plazo razonable y al principio de interdicción de la arbitrariedad; ello en abierta contradicción con su reiterada línea jurisprudencial de declarar improcedentes las demandas de esta naturaleza que tengan por finalidad cuestionar las decisiones fiscales,

en la medida en que dicha actuación no incide en la libertad individual por tratarse de actuaciones meramente postulatorias (STC 0476-2008-PHC/TC, STC 03633-2009-HC, RTC 1404-2010-PHC/TC, RTC 4207-2010-PHC/TC, STC 0569-2011-PHC/TC, RTC 0709-2011-PHC/TC, RTC 0561-2011-PHC/TC); además no se fundamenta el cambio de criterio aplicado para el caso en concreto, ello sin contar que en este caso se aplicó el nuevo Código Procesal Penal cuando aún no se encontraba en vigencia.

3.7. SENTENCIAS QUE AFECTAN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

3.7.1. Caso recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional. (STC N° 00004-2009-PA/TC):

Se trata de una sentencia que desarrolla la institución procesal de la “apelación por salto”, la misma que es considerada como una extensión del recurso de agravio constitucional (RAC) a favor del cumplimiento de las sentencias emitidas por el propio Tribunal en la STC N°00168-2007-Q; esta figura consiste en la exoneración de las Salas Superiores del Poder Judicial para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del juez que ejecuta lo ordenado en una sentencia emitida por el propio Tribunal Constitucional, facultándolo a ejercer el control de la ejecución de sus propias sentencias, lo que optimiza el derecho a la tutela judicial efectiva y al cumplimiento de los fines del proceso constitucional; algunos consideran que el mecanismo no fue el más idóneo, pues debió ser desarrollado a partir de un precedente vinculante en aplicación de lo previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, pues de este modo se habría garantizado la exigencia de su uso por los operadores jurídicos; situación análoga se presenta en la sentencia que crea el RAC en casos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos. (STC N° 02748-2010-HC), sin percatarse de las diferencias que existen entre el precedente vinculante y la doctrina jurisprudencial.

3.8. SENTENCIAS CON SERIOS PROBLEMAS DE MOTIVACIÓN

3.8.1. Caso Ley de Justicia Militar. (STC. N° 00001-2009-PI/TC)

Esta sentencia significó un cambio de regla jurisprudencial que el Tribunal Constitucional había venido desarrollando desde el año 2004 a lo largo de varias sentencias (emitidas incluso en procesos habeas corpus y de inconstitucionalidad), interpretando que los tribunales militares debían adecuarse a estándares de independencia e imparcialidad al ejercer función jurisdiccional; no obstante, cuando analizan la constitucionalidad de la ley 29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial) llegan a la conclusión que dicha norma no representaba una afectación a dichos principios, pues la condición de oficial en actividad es compatible con las labores jurisdiccionales realizadas al interior de un tribunal militar, validando sus argumentos solo en algunas citas de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en el cambio del contexto histórico, social y político, por lo que la Constitución debía adecuarse a dichos cambios.

3.8.2. Caso PUCP vs Arzobispado (STC. N° 03347-2009-PA/TC)

Este caso versa sobre el proceso de amparo interpuesto por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) contra el Arzobispo de Lima como parte integrante de la Junta Administradora de la herencia de don José de la Riva Agüero y Osma, solicitándole se abstenga de intervenir en la administración de los bienes que ésta había heredado del causante, alegando afectación a su derecho constitucionalmente protegido a la propiedad y a la autonomía universitaria; este proceso se inicia en el contexto de otros procesos seguidos en sede jurisdiccional a través de los que se discutía el sentido interpretativo de los testamentos de don José de la Riva Agüero y Osma referido a la administración y gobierno de la propia PUCP; demanda que fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional, argumentando que la intervención de la Junta se hallaba

justificada por mandato contenido en el testamento del causante, incluyendo apreciaciones valorativas sobre tales testamentos y se afirmó que la Universidad estaba actuando en oposición a los mismos, pronunciamiento que significó una extralimitación a lo que era objeto de cuestionamiento en el proceso de amparo, es decir si existió o no vulneración al derecho invocado, emitir juicios interpretativos respecto de los testamentos (cuestión que estaba siendo discutida en la jurisdicción ordinaria) vulneraba el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, esto es la prohibición de avocamiento a causas pendientes ante el Poder Judicial; finalmente puede decirse que la interpretación de fondo fue arbitraria, además porque se alejó de la voluntad de José de la Riva Agüero y Osma, por ejemplo dejando de lado el testamento de 1933, sosteniendo que el testamento posterior deroga al anterior, asumiendo la postura del Arzobispado, pese a que el testador había declarado que el testamento de 1938 no derogaba al de 1933, sino que lo ampliaba y que esto era conforme al Código Civil de 1936, interpretación que más le convenía al Arzobispado, pues este último era el único que mencionaba la expresión “junta perpetua”.

3.8.3. Caso acumulación subjetiva (STC N° 00055-2008-AA/TC)

Sentencia que se emite como consecuencia de un proceso de amparo interpuesto por Consorcio Minero S.A. contra la Sala Mixta Transitoria de Justicia del Callao solicitando se declare nulas resoluciones judiciales emitidas en un proceso de indemnización por daños y perjuicios seguido en su contra por 300 pobladores del asentamiento humano Puerto Nuevo, las mismas que denegaban su solicitud de acumulación subjetiva de pretensiones; demanda que es declarada fundada por el Tribunal Constitucional argumentando vulneración al derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, interviniendo en la resolución de un incidente de un proceso judicial ordinario, materia que no es de su competencia, pues la finalidad de un proceso de amparo no es revisar lo decidido en procesos ordinarios, sino la tutela de derechos

fundamentales.

3.9. SENTENCIAS QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES:

3.9.1. Caso sobre la píldora del día siguiente. (STC N° 02005-2009-AA/TC)

La principal crítica que se puede realizar a esta sentencia es que el Tribunal Constitucional utiliza como punto de referencia una fuente doctrinaria eclesiástica y no los documentos e investigaciones de la Organización Mundial de la Salud para declarar fundada la demanda de amparo en la que se cuestionaba la iniciativa dispuesta por el Ministerio de Salud de distribuir la “píldora del día siguiente” como método anticonceptivo dentro de su política de control de la natalidad, argumentando violación flagrante del derecho a la vida del concebido; por lo que se ordenó al Ministerio a abstenerse de su distribución considerando además la producción de efectos abortivos, además de disponer que sea incluida en la posología de este producto (obligación que debió recaer en los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen dicha píldora, los que cabe resaltar, no fueron parte del proceso) que éste podría inhibir la implantación del óvulo fecundado; por otro lado también es cuestionable en esta sentencia que el Tribunal no tome en cuenta las consecuencias de su decisión ya que esto originó una discriminación para aquellas personas de bajos recursos que no podían acceder a ella de modo privado, por lo tanto se ve afectado el derecho de igualdad ya que solo puede ser adquirido por personas que si cuentan con el dinero.

3.9.2. Caso convalidación del CAS. (STC N° 00002-2010-PI/TC)

Esta ha sido una de las sentencias más discutibles, no solo porque convalida la constitucionalidad de un régimen contractual, alegando su naturaleza laboral especial; sino además porque el Tribunal Constitucional cambia una línea jurisprudencial de protección de derechos en el ámbito laboral, por la validación de los despidos arbitrarios producidos en el

contexto de dicho régimen, alegando entre otras consideraciones, que el régimen laboral previsto en el Decreto Legislativo 1057, tiene un plazo determinado.

Esta sentencia es emitida en el contexto de un proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 5000 ciudadanos contra el citado decreto legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), argumentando que el mismo se trata de un régimen laboral especial para los trabajadores del sector público, que reemplazó a la contratación por servicios no personales, y el argumento que motivó su cuestionamiento fue la afectación del principio- derecho a la igualdad, en tanto se otorgaban menos beneficios y derechos, sobre todo en lo relativo a las vacaciones y remuneraciones, régimen que además no concedía una protección adecuada frente al despido arbitrario.

3.9.3. Caso Huatuco Huatuco y decisión posterior:

Esta sentencia, que tiene la calidad de precedente vinculante (emitido en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), ha sido una de las últimas resoluciones que han dado lugar a una serie de críticas, no solo por el cambio de criterio jurisprudencial que hasta antes de su emisión venía desarrollando el Tribunal Constitucional peruano, sino porque además establece los supuestos para la reincorporación de prestadores de servicios a las entidades de la administración pública por supuestamente haber prescindido de ellos de manera arbitraria.

Esta decisión posee también una estructura compleja, pues con el voto en mayoría, declara infundada la demanda de amparo interpuesta, generando una regla vinculante (precedente), pero seguido de dos fundamentos de voto suscritos por los magistrados Urviola Hani y Ledezma Narváez (quienes consideran que la demanda debe ser declarada improcedente), Sardón de Taboada (quien discrepa de que no se explicita el supuesto

cambio del precedente Huatuco por la mayoría del Colegiado), así como del voto singular del magistrado Blume Fortini, quien se opuso al establecimiento de la regla en tal condición.

3.10. SENTENCIAS QUE HAN DESPROTEGIDO LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

3.10.1. Caso AIDSEP I sobre consulta de pueblos en aislamiento voluntario. (STC N° 06316-2008-PA/TC)

Esta sentencia se emite en el proceso de amparo interpuesto por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP) contra el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro S.A., Barrett Resource Perú Corporation y REPSOL YPF, por violación a una consulta previa por una medida administrativa, argumentando que los contratos de licencias celebrados con las indicadas empresas y aprobados por los respectivos decretos supremos, violaban un conjunto de derechos como la vida, la salud, el bienestar, la integridad cultural, la identidad étnica, el ambiente equilibrado, la propiedad y la posesión ancestrales, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, ubicados en el ámbito geográfico de la “Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre”; el objeto del proceso constitucional era ordenar a los demandados la suspensión de las operaciones de exploración y/o extracción de hidrocarburos en dichos territorios, así como la modificación de los contratos por parte de Perupetro S.A.; sin embargo el Tribunal Constitucional declaró la improcedencia de la demanda argumentando que no se había acreditado la existencia de la comunidad de aislamiento voluntario (o no contactada), no obstante reconoce el carácter inalienable del derecho de los pueblos indígenas y tribales al ser consultados conforme al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Lo cuestionable en esta sentencia es que confunde el rol que el propio Estado cumple en la protección de los pueblos indígenas, pues la tarea de

identificarlos no le correspondía a la organización demandante, así también su inconsistencia radica en que se protege únicamente la seguridad jurídica y la buena fe de las empresas y no de los pueblos indígenas, restringiéndose la aplicación temporal del derecho a la consulta previas, señalando que es exigible con posterioridad a la emisión de esta sentencia, cuando ésta se remonta a la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado Peruano en el año 1995.

Esta sentencia fue motivo de posterior aclaración a solicitud de los demandantes, emitiéndose a su vez la STC N°06316-2009-PA Aclaración, a partir de lo cual el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la consulta previa no es exigible desde el año 1995, sino desde la fecha en que se expidió la STC N°00022-2009-PI, es decir desde el 09 de junio del 2010, generando así un retroceso en su jurisprudencia, llegando incluso a interpretar que los derechos son exigibles y vinculantes aunque no hayan sido desarrollados legislativamente; modificando en parte los argumentos de su sentencia original y cambiando la fecha de entrada en vigencia de un Tratado Internacional de Derechos Humanos, lo que por lo demás es incompatible con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que admite la posibilidad de revisar actos administrativos no consultados con los pueblos indígenas (Caso Saramaka vs Surinám); finalmente con esta sentencia aclaratoria el Tribunal viola “el principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales”(STC N°05427-2009-AC, fundamento jurídico 15 y 16), al intentar sostener que el Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta previa en específico no han estado vigentes desde 1995 hasta junio del 2010.

3.10.2. Caso Conga (STC N°0001- 2012-PI)

Consideramos que el análisis de esta sentencia es de interés por cuanto versa sobre un proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza Regional N°036-2011-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, a través de la cual se declaraba

inviabile la ejecución del proyecto minero “Conga” bajo el argumento de afectar el interés público regional en la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca de toda la región; por lo que bajo el argumento de haber contravenido las competencias establecidas por la Constitución, invadiendo atribuciones propias del Poder Ejecutivo, en tanto la ejecución del proyecto minero forma parte de la política gubernamental del sector minero, por lo que determinar su viabilidad, en tanto proyecto de gran envergadura, es atribución del gobierno central; este proceso se desarrolló en un contexto de tensión entre las industrias extractivas y las poblaciones afectadas, esto es de un conflicto social generado a partir de este proyecto como uno de los más representativos en el sector minero, ya que implicaba la posibilidad de un gran inversión económica en beneficio del país, pero por otro lado se preveía una gran afectación ambiental (desaparición de 4 lagunas y modificación irreversible de ecosistemas).

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda considerando que si bien la Constitución establece que los gobiernos regionales son competentes para regular materias relativas al ámbito de la minería, éstas competencias son compartidas, correspondiéndole al Gobierno Central la concesión de la gran y mediana minería, como el casos del proyecto en cuestión; sin embargo omitió pronunciarse por los derechos constitucionales en conflicto, esto es no estableció el contenido esencial del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, reconocidos en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución Política.

4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DEL PRINCIPIO DE SEPARACION ORGANICA Y LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER PÚBLICO: EL CONFLICTO COMPETENCIAL:

Considerada expresamente en la Constitución, esta competencia tiene por finalidad velar por el respeto de la distribución de las competencias estatales previstas en ella, de modo que garantiza la vigencia del principio

de supremacía constitucional e, indirectamente, la continuidad del Estado Constitucional de Derecho, así lo reconoce el Tribunal Constitucional en el fundamento cuarto de la STC N° 0003-2007-PCC/TC (MONTROYA 2016:58). Según el artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, un conflicto competencial se puede presentar entre los poderes del Estado, los órganos constitucionales, entre éstos entre sí, entre los gobiernos regionales o municipales, entre el Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades y entre éstos entre sí, con la salvedad prevista en el artículo 3 (de la norma citada), de que no procede el proceso competencial para cuestionar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional, pues si ello fuese posible, éste se convertiría en juez y parte; tampoco procede cuando se discute la asignación de competencias determinadas a través de una norma con rango de ley, salvo que sea reconducida a un proceso de inconstitucionalidad dependiendo de la legitimidad activa para su interposición (fundamentos 2 y 3 de la STC 0001-2007-PCC/TC; STC 0002-2007- PCC/TC; STC 0011-2003-CC/TC); tampoco procede en relación a las controversias sobre demarcación territorial, al tratarse de una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y el Congreso que debe ejercerse conforme a los mecanismos previstos legalmente.

Debemos partir de la idea de que este proceso no se desarrolla en abstracto, pues el conflicto competencial está asociado con una decisión concreta basada en una actuación (proceso competencial típico) o en una omisión (proceso competencial atípico); es ello lo que va a definir tanto la clase de conflicto como el pronunciamiento del Tribunal.

Es cierto también que a través de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha distinguido el conflicto de competencias (clásico) del conflicto de atribuciones, caracterizando a éste último como aquel de nivel horizontal y de alcance nacional, pues dirime las posibilidades de intervención que la Constitución y las normas confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales, a partir de las cuales se advierte la

existencia de *competencias regladas*, esto es cuando la norma determina concretamente la conducta que el órgano estatal debe ejecutar, así como las condiciones, formas y procedimientos que deberán seguir; así como de *competencias discrecionales*, a partir de las cuales se deja a criterio del órgano definir las cuestiones relativas a la forma, modo, oportunidad, conveniencia o inconveniencia de la realización del acto estatal.

Partiendo de los criterios antes mencionados, se pueden presentar los siguientes tipos de conflictos competenciales: **a) propiamente dicho:** cuando versa sobre las competencias asignadas a los gobiernos regionales o locales, bajo un criterio de distribución funcional por el ámbito territorial, partiendo del carácter indelegable de la competencia para la realización válida de actos estatales; y el ya antes anotado **b) conflicto competencial de atribuciones**, que se produce cuando se debe dirimir las competencias que les corresponden a los Poderes del Estado, frente a los que les corresponden a diferentes órganos constitucionales.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de modalidades en las STC N° 006-2006-CC/TC y N° 003-2007-CC/TC (ACUÑA 2014: 123-124):

4.1. CONFLICTOS COMPETENCIALES TÍPICOS:

4.1.1. De contiendas activas o positivas, cuando el conflicto de competencia se presenta entre dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales

4.1.2. De contiendas negativas o pasivas, cuando el conflicto competencial tiene su origen en la negativa de dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales para asumir una competencia o atribución constitucional.

4.2. CONFLICTOS COMPETENCIALES ATÍPICOS:

- 4.2.1. Por menoscabo en sentido estricto, se presenta cuando cada órgano constitucional a pesar de conocer su competencia; lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de ella, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el órgano, no se discute la titularidad de la competencia, sino la forma en que esta es ejercida.
- 4.2.2. Por menoscabo de interferencia, se presenta cuando las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya si no tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro.
- 4.2.3. Por menoscabo de omisión, este conflicto se origina en los casos en los que el ejercicio de la competencia de un órgano se ve afectada (imposibilidad de su ejercicio) cuando otro omite ejercer la suya, precisándose que en este caso la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano.
- 4.2.4. Por omisión en cumplimiento del acto obligatorio, este tipo de conflicto se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. No se trata pues aquí por la exclusividad de la competencia o atribución, sino del que se produce cuando aun no reclamando competencia para sí, un órgano constitucional, omite su deber constitucional o de relevancia constitucional, afectando el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro.

Lo que hemos descrito hasta este punto, no es otra cosa que las competencias del Tribunal Constitucional expresamente previstas en el artículo 202 de la Constitución de 1993, sin embargo no podemos dejar de señalar que entre éstas, no todas son exclusivamente desarrolladas por este órgano constitucional; a partir de ello coincidimos con la propuesta académica de ACUÑA CHAVEZ, a partir de la cual establece una clasificación de las mismas en función a su naturaleza exclusiva o compartida, ello nos permitirá entender, por un lado, las diversas tensiones generadas con relación a algunos de sus fallos, pues salvo las decisiones de carácter vinculante, éstos son sujetos a interpretación de quienes conforman el sistema de administración de justicia ordinario en nuestro país; y por otro, porque esa delegación – tanto expresa como tácita- de competencias eventualmente podría generar conflictos competenciales atípicos, que podrían llevar a pensar en la necesidad de establecer un procedimiento en búsqueda de una solución jurídica satisfactoria.

Partiendo de que el objetivo de la jurisdicción constitucional es asegurar la supremacía de la constitución y la defensa de los derechos fundamentales y del sistema democrático, función que además comparte con la jurisdicción ordinaria, al administrar justicia aplicando la Constitución, es innegable que ambas jurisdicciones comparten competencias, como por ejemplo el control de constitucionalidad de los preceptos legales en los casos en concreto, también llamado control difuso de normas legales, así lo prevé el artículo 138 de la Constitución en concordancia con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (aprobada por Decreto Supremo N° 017-93-JUS) y el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, el mismo que se caracteriza por tener carácter incidental (pues no se ejercita en un proceso independiente), tiene alcances inter partes (pues en estos casos el juez no anula la ley, solo declara su inaplicabilidad para el casos en concreto), lo realiza tanto el juez de primera o de segunda instancia que conoce del asunto, tiene un campo de aplicación amplio (pues no solo se ejecuta respecto de leyes, sino además de decretos, reglamentos o actos administrativos), se ejerce de oficio o a

instancia de parte, es un control revisable por la Corte Suprema, vía consulta, siempre que la decisión no haya sido impugnada, o que la normas objeto de control sea de menor jerarquía.

El ejercicio de esta competencia compartida genera eventualmente falta de uniformidad o disparidad en las decisiones adoptadas por los jueces de distinta jerarquía del Poder Judicial, problema que en algunos sistemas encuentra solución al asignar carácter vinculante a las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia o limitando su competencia exclusivamente a solo uno de los tribunales.

4.3. COMPETENCIAS NO PREVISTAS O IMPLÍCITAS:

Como quiera que las competencias que hemos indicado se encuentran expresamente previstas en la norma, también lo es que existen competencias no previstas o implícitas, diferenciando éstas últimas como aquellas que se encuentran indirectamente reconocidas por la Constitución pero que a diferencia de las primeras no requieren de una reforma constitucional o legal para su reconocimiento (FERNANDEZ 2002: 64); entre las más resaltantes tenemos: (ACUÑA 2014: 129-154)

- a) El control de las omisiones constitucionales, que se ejercita por medio del proceso de inconstitucionalidad; éstas pueden ser absolutas (inactividad total del legislador) o relativas (inactividad parcial). El cumplimiento de esta competencia genera de parte del Tribunal la emisión de las sentencias exhortativas, que generalmente están dirigidas al Poder Legislativo a efecto de proceda a regular la omisión advertida; excepcionalmente el Tribunal Constitucional ha ejercitado esta competencia en procesos de amparo (STC. N°1875-2004-AA/TC, N°2016-2004-AA/TC y N°9617-2006-AA/TC); en procesos de cumplimiento (STC N°02695-2006-PC/TC) y en procesos de conflicto de competencia (STC N°004-2004-CC/TC). Esta competencia no está expresamente previstas en la Constitución actual, como si lo está por

ejemplo en la Constitución brasilera de 1988 y la actual Constitución ecuatoriana.

- b) Control de constitucionalidad de las normas infralegales, pues a pesar que constituye una competencia exclusiva del Poder Judicial ejercitada a través del proceso de acción popular, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia ha precisado algunos casos en los que debe pronunciarse por la inconstitucionalidad de un reglamento, lo que deberá ocurrir por ejemplo cuando existe conexidad entre la norma reglamentaria con una ley que es declarada inconstitucional en un proceso de inconstitucionalidad, o cuando el reglamento reproduce el contenido de una norma declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional via el control en abstracto y/o cuando conoce de un amparo contra norma reglamentaria autoaplicativa (Exp. N° 4677-2004-PA/TC, N°03116-2009-PA/TC y N° 00051-2011-PA/TC)
- c) Control previo a los tratados, se trata de un control preventivo sobre los tratados internacionales, antes de su entrada en vigencia , lo que impide que a futuro sea cuestionado presumiendo su inconstitucionalidad, este tipo de control se ejerce en Ecuador, en Bolivia, Chile y Colombia, sin embargo a pesar que el Tribunal Constitucional peruano no cuenta con esta competencia, considerando que los tratados internacionales son normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, se ejerce sobre ellos un control represivo o posterior.
- d) Control de los decretos que declaran estado de excepción; esta competencia está referida a la posibilidad de ejercer el control sobre normas a través de las cuales se declara el estado de emergencia (artículo 137 inciso 1 de la Constitución) y el estado de sitio (artículo 137 inciso 2 de la Constitución); verificándose el primero en los casos de perturbación de la paz o el orden interno, de catástrofe natural o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación, mientras que el segundo, ante situaciones que atentan contra la integridad territorial de la Nación, como en los casos de invasión, guerra exterior o guerra civil;

este tipo de control en los países que lo contemplan como Ecuador, Venezuela y Colombia tienen por finalidad verificar tanto aspectos formales como materiales, este último en referencia a si es que existe una relación de causalidad y conexidad entre la medida legislativa y la situación que ha originado la declaratoria del estado de excepción. Esta competencia no ha sido expresamente regulada para nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo ello no ha impedido que éste se pronuncie al respecto en la STC N° 0002-2008-AI/TC, a través de la cual recordó quién era la persona legitimada para decretarlos, además de establecer los límites de dicha facultad, precisando que esta figura ha pasado por un proceso de evolución; por lo que respetando el principio de equilibrio de poderes, en la actualidad dicha declaratoria requiere de un sustento no solo político sino también jurídico, así como un proceso de rendición de cuentas en éstos dos ámbitos; ello en tanto, si bien la declaratoria de un estado de excepción lleva consigo una temporal concentración de poder, ésta debe circunscribirse al derecho.

- e) Control del procedimiento de reforma constitucional, este control está referido al análisis de la constitucionalidad de los proyectos de leyes de reforma constitucional, el mismo que está regulado en Bolivia, Colombia y Chile, mientras que en nuestro país no se cuenta con esta competencia de control preventivo; su ejercicio ha merecido posiciones divergentes en la doctrina constitucional, para CARPIZO por ejemplo, no es posible ejercer un control previo a una reforma constitucional aprobada en referéndum, pues a pesar de que el Tribunal Constitucional tenga expresamente prevista dicha competencia, no le resultaría posible controlar el aspecto material de la reforma, en tanto proviene de la voluntad popular (Poder Constituyente originario), y de hacerlo se estaría ubicando por encima de éste convirtiéndose en un poder sin límites, lo que no ocurre cuando se controla solo el aspecto procedimental; no obstante, cuando la reforma es previamente aprobada por el órgano revisor de la Constitución, si la Constitución no le otorga expresamente la facultad para controlar la reforma constitucional, el

Tribunal tampoco puede atribuirse dicha función, pues estaría sobrepasando sus competencias como órgano constituido, usurpando funciones que no le corresponden (CARPIZO 2009: 79-106); mientras que existen opiniones a favor del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer sobre una reforma constitucional, por ser el órgano de cierre del sistema constitucional, máxime cuando se transgredan principios y valores fundamentales, siendo esta la posición asumida en nuestro país con el argumento de *“...El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado...”* (Fundamento 35 de la STC N° 014-2002-AI/TC).

- f) El control de los proyectos de ley observados por el Poder Ejecutivo, esta competencia es expresamente reconocida en Ecuador, Bolivia, Chile y Colombia, pero para el Perú no se encuentra contemplada en la Constitución.
- g) El control previo a las convocatorias a consultas populares y plebiscitos, tampoco es una competencia atribuida a nuestro Tribunal Constitucional.
- h) El control de constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos, este tiene por finalidad velar por el mantenimiento del régimen democrático político, sancionando las actuaciones contrarias a los valores y principios de la democracia que establece la Constitución, siendo que el único tribunal que cuenta con esta atribución es el chileno, facultado para declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos,

competencia que en el Perú es ejercitada por el Jurado Nacional de Elecciones, admitiendo o rechazando la inscripción de los partidos políticos; siendo así el Tribunal Constitucional ejerce un control indirecto sobre lo decidido por el organismo electoral competente.

CAPÍTULO V:
LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y EL ENFOQUE ADECUADO
ENTRE EL ACTIVISMO Y EL AUTOCONTROL COMO RESPUESTA AL
TOTALITARISMO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Habiendo definido las competencias de un Tribunal Constitucional, contextualizadas en el sistema constitucional peruano y constatado la existencia de algunos excesos en cumplimiento de sus atribuciones en su condición de “intérprete privilegiado” (de cierre) de la Constitución, así como garante de la protección de los derechos fundamentales; se hace necesario analizar cual o cuales son los métodos que garanticen en mayor medida, la consolidación de un Tribunal Constitucional fuerte dentro de un Estado Democrático de Derechos.

Hemos dedicado algunos puntos de este trabajo al análisis del control del poder, considerando entre ellos lo relativo al control del Tribunal Constitucional como órgano constitucionalmente autónomo que debido a sus atribuciones –no podemos negar- cuenta con una cuota importante de poder dentro de un Estado Constitucional de Derecho; se han definido algunas formas de control externo (controles meta constitucionales en clara alusión a la propuesta de CARPIZO) como por ejemplo el que ejercen los órganos supranacionales, el control ciudadano a través de la opinión pública y especializada, el que ejercen los Poderes Ejecutivo y Legislativo, éstos podrían ser catalogados como formales (en tanto tienen por finalidad verificar a partir de procedimientos

regulados en la ley, el desempeño funcional de sus integrantes: magistrados del Tribunal Constitucional); sin embargo, a partir de las ideas expuestas en el presente capítulo, proponemos la necesaria observancia de un modelo de control material, que sin representar necesariamente un activismo extremo, optimice el objeto de la justicia constitucional, esto es el respeto a la Constitución, interpretándola a partir de los valores y principios incluidos en ella, a fin de determinar los márgenes o lineamientos que toda autoridad debe observar en el ejercicio de sus funciones a efecto de garantizar un marco de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Considerando que lo que se propone es la aplicación de un modelo de control material o sustantivo, la primera interrogante que debemos satisfacer es ¿cuáles son los presupuestos de aquel modelo de control?, y fundamentalmente ¿cómo se hace efectivo dicho control?, para ello partimos de la función que durante los últimos años viene cobrando mayor reconocimiento en el sistema constitucional, esto es la interpretación de la Constitución no solo como norma política, sino fundamentalmente jurídica (ubicada en la cúspide de la pirámide kelseniana), sin dejar de lado la importancia de ésta en el reforzamiento del Estado Constitucional de Derecho, a partir de fijar las condiciones reforzadas para funcionar en niveles óptimos en una democracia (FIGUEROA 2017: 639).

1. TENSION ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO: EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL PERU

Conforme el Tribunal Constitucional Peruano ha ido avanzando en la tutela de los derechos fundamentales y en la vigencia efectiva de los principios del Estado Constitucional, se han ido escuchando -cada vez con mayor intensidad- voces críticas de su actuación, expresando que ha ido demasiado lejos, que se ha excedido en sus atribuciones y que se ha convertido en un legislador positivo que pretende desplazar o desautorizar al Congreso, así como inmiscuirse en asuntos que no son de su directa competencia; posturas que en su versión extrema han sustentado un

intervencionismo directo en sus competencias, aduciendo el mismo argumento -cuasi uniforme- que ha venido sustentando las decisiones de este colegiado, es decir de la inexistencia de zonas exoneradas de control en un Estado Democrático de Derechos o -al menos- del que se precie de serlo.

Una aproximación al problema, en su momento, fue planteada por el connotado jurista alemán, catedrático de Derecho Político y Administrativo, Otto BACHOF, en su discurso pronunciado con oportunidad de la toma de posesión de la dignidad rectoral en la Universidad de Tubinga (Alemania), al señalar:

Ha hecho bien la Ley Fundamental [...] dejando tanto poder en manos de los jueces? [...] ¿No se ha pedido demasiado al juez [...] no se le ha cargado con una función política en el fondo y esencialmente extraña a la administración de justicia, dando lugar con ello al peligro [...] de una politización de la justicia? ¿No se ha contravenido también un principio fundamental de la división de poderes, en cuanto se ha transformado a uno de los poderes del Estado en control de los restantes? (BACHOF 1987: 45-57)

Cabe destacar que BACHOF, legitimó la facultad de este alto tribunal, lo que denotan sus respuestas a las interrogantes antes planteadas, de la siguiente manera:

Cuando preguntamos por qué la Ley Fundamental ha tomado este camino [...] tenemos que limitarnos a la pregunta de por qué ha constituido en guardián de la Constitución precisamente al juez [...] Basta con decir lo siguiente: esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal [...] La ley ha pasado a primer plano como acto de conformación política orientada a un fin [...] y negociada a menudo en el conflicto de grupos contrapuestos de intereses [...] Esto ha dado lugar al peligro de un absolutismo parlamentario —más

exactamente: un absolutismo de la mayoría parlamentaria [...] [se] necesita también forzosamente de un contrapeso: una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden [...] permanezcan protegidos [...] esa fuerza solo puede ser el juez [...] desde el punto de vista de la división de poderes, la limitación de poder que experimentan el Parlamento y el Gobierno mediante el control judicial se sitúa sólo como una corrección necesaria, como un humilde intento de restablecimiento del equilibrio frente al enorme aumento de poder que el Legislativo y el Ejecutivo han experimentado en las últimas décadas. (BACHOF 1987: 50-58)

En España el debate fue similar; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ lo describe muy bien en el prólogo a la edición española del discurso de Otto Bachof; además de llamar la atención la similitud con el debate que se viene dando en el Perú respecto del TC, pues sus palabras parecen haber sido enunciadas premonitoriamente para nuestro país:

Es ahora [...] en estos primeros meses de 1985, cuando, después de cinco años de callado y eficaz funcionamiento, ha surgido la polémica en la escena política y en la prensa diaria, sobre el papel del Tribunal Constitucional [...] Es ahora, también cuando han empezado a oírse con fuerza expresiones reticentes y abiertas críticas acerca del papel de los jueces en el todavía recién estrenado Estado de Derecho que instauró hace sólo siete años nuestra Ley Fundamental [...]. Quienes hoy, con el eco que les asegura la alta posición que ocupan en el Estado, se preguntan, falsamente escandalizados, por qué doce jueces sin mandato popular pueden hacer prevalecer su opinión sobre la de los diez millones de personas que a ellos mismos le han votado, saben perfectamente [...] que éstos fenómenos son, ciertamente, inevitables, y que, precisamente por serlo, requieren inexcusablemente un contrapeso [...] La justicia constitucional forma parte hoy del corazón mismo de la estructura de un sistema democrático. (BACHOF 1987: 10)

No obstante lo anteriormente expuesto, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, y más aún si convenimos en que queremos vivir en democracia, tenemos todas las prerrogativas para criticar las decisiones del TC si discrepamos de ellas, planteando públicamente cambios en sus líneas jurisprudenciales o invocando en algunos casos su autolimitación.

2. EL TOTALITARISMO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Considerando la importancia que representa el Tribunal Constitucional en el sistema de justicia constitucional, que venimos demostrando a lo largo de esta investigación, dadas sus competencias -algunas de ellas exclusivas y excluyentes- como la de ejercer el control concentrado de constitucionalidad, conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, así como conocer los conflictos de competencia y atribuciones signadas por la Constitución a los distintos órganos del Estado; su ejercicio le genera una suerte de posición privilegiada que no pocos han criticado e incluso intentado limitar; sin embargo se hace necesario – en primer término- analizar si ese lugar predominante dentro del ordenamiento constitucional encuentra justificación dentro de un Sistema Democrático de Derechos, máxime si no es un secreto que está investido de una “*energía correctora*” que no solo controla la actividad normativa del poder político, sino también los actos de poder (administrativos e incluso judiciales) y los actos particulares de los ciudadanos, en la medida que colisionan con los principios y valores que propugna la Constitución (contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales) (CASTILLO 2008:64). Si ello es así, preguntémonos ¿de dónde proviene tal privilegio?, si es que ¿acaso no es fruto del Poder Constituido como lo son el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, así como los demás órganos constitucionalmente autónomos?

La pregunta anterior encuentra respuesta en los aportes de CARPIZO, quien, tomando las ideas de SIEYÉS en Francia y ALEJANDRO

HAMILTON en Estados Unidos, diferencia al Poder Constituyente del Poder Constituido; el primero (por ser originario) es el presupuesto del segundo, es el poder creador y por lo tanto ilimitado; a él le deben su origen no solo la Constitución, sino además el poder revisor de ésta y el Tribunal Constitucional, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y los órganos constitucionalmente autónomos.(CARPIZO 2009: 30).

Lo interesante de esta propuesta es que encuentra un nivel jerarquizado entre los poderes, dividiéndolos en constituidos primarios y secundarios, ubicando entre los primeros al Órgano Revisor de la Constitución y al Tribunal Constitucional; sin embargo no es muy claro en precisar a que se debe dicha jerarquización, estableciendo solo un criterio funcional de diferenciación.

Entendemos que el poder revisor de la Constitución tiene una competencia especial, la cual no es sino modificarla, lo que en buena cuenta significa variar la estructura, integración y funciones de los poderes destinados a dirigir los destinos de la sociedad, que desde la época de Montesquieu, y a fin de propender la libertad frente a la monopolización del poder, se estructuraron en el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial; ello nos demuestra de alguna forma que no todo es modificable en una Constitución, afirmación que se encuentra un poco lejos de nuestra realidad latinoamericana y fundamentalmente nacional, cuando desde el inicio de nuestra historia republicana, se han promulgado hasta 12 constituciones (y un estatuto provisional) (RAMOS 2018: 11), a diferencia de la Constitución Americana vigente que data del año 1787, luego de ser ratificada por los trece estados conformantes de la Confederación, actualmente cuenta con 27 enmiendas, la última de las cuales se produjo en el año 1992. (THE U.S. NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION 2019).

Conforme a aquella propuesta, el órgano revisor de la Constitución, puede crear incluso a los órganos constitucionales autónomos, y si bien el Tribunal Constitucional se estructura como uno de ellos en la mayoría de

ordenamientos constitucionales que lo contemplan, su naturaleza es superior en atención a las atribuciones que le han sido asignadas, en tanto está facultado para controlar la constitucionalidad de las normas y actos que ellos emiten; y siguiendo una lógica fundamental, no podrá ejercer esta función si no gozara de superioridad, por lo que más allá de los conflictos o tensiones que pudieran originarse entre los poderes constituidos secundarios (los que serán tratados como conflictos de competencia), las decisiones del Tribunal Constitucional estarían por encima de los demás órganos; ello no quiere decir de ningún modo, que sus facultades sean ilimitadas, pues al ser ambos producto del Poder Constituido, sus funciones se encuentran demarcadas en la propia Constitución, por ello es que llegamos a la conclusión de que el Tribunal Constitucional tiene un límite preciso: la Constitución; ello se sustenta en que la idea central de un sistema democrático de gobierno es la autocontención de sus poderes (*checks and balances*), lo que hace necesario incluso que el poder del controlador sea responsable y también sujeto potencialmente al control.

El funcionamiento del Tribunal Constitucional peruano, creemos, se sustenta en aquella postura, la cual se materializa en lo previsto en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala: *“Los magistrados del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo...”*; esto no implica falta de responsabilidad en sus decisiones, por el contrario, comporta un legítimo interés en bien del Estado y de la propia jurisdicción constitucional, así, aun gozando de independencia, el Tribunal Constitucional está sometido a las reglas de la Constitución.

Entonces, la independencia funcional e institucional es respecto a los demás órganos del Estado, puesto que el Tribunal Constitucional es un poder *sui generis* que va más allá de lo político y jurídico; en realidad va al encuentro de la razón y la coherencia entre el derecho y la justicia.

Como conclusión, expresamos que para CARPIZO la relación entre los poderes constituidos primarios respecto de los secundarios responde a un criterio de jerarquía, mientras que la que se establece entre los órganos constituidos secundarios, es de competencias, ello justifica la necesidad de delimitar si el Tribunal Constitucional tiene una posición privilegiada, aunque no con atribuciones ilimitadas, y si eventualmente existe alguna forma de control sustantivo que encause su energía correctora, pues de lo contrario se llegarían a materializar los riesgos previstos por CASTILLO a partir de su función totalizadora (CASTILLO 2008: 81-84)

2.1. DESNATURALIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

Muchas veces el pretexto utilizado por el Tribunal Constitucional para hacer sentir su condición omnipresente ha sido la necesidad de guiarse por la determinación y realización de algunos valores materiales sobre los que se basa la norma constitucional, labor que debe ser asumida con la prudencia debida por el riesgo de trastocar las atribuciones (cuotas de poder) asignadas a otros poderes públicos según la previsión hecha por el Constituyente, decantándose en un modelo estatal en el que el poder de los demás entes gubernativos se trasladan al Tribunal Constitucional, desnaturalizándose así el Estado Constitucional de Derecho.

2.2. TOTALITARISMO DE UNA CONCRETA IDEOLOGÍA

Ello se entiende, en tanto al ejercer la función concretizadora de los valores o principios de la constitución en cada caso particular, lo que hace el tribunal, es decidir cuál es el significado y el valor de la Constitución en cada caso en concreto, lo que puede variar en virtud de la cosmovisión, carga axiológica y epistemológica de sus miembros; en ese esquema dicho órgano no constituiría más que la cabeza de un sistema de administración de justicia, en el que el cuerpo vendría constituido por los jueces y magistrados del Poder Judicial quienes cuentan no solo con la función de

controlar la constitucionalidad de los actos del poder (cuando interpretan los valores y principios previstos en la Constitución), sino además con la posibilidad de controlar al propio Tribunal mediante el llamado Control de Convencionalidad; siendo así, y a pesar de compartir esa atribución con el Poder Judicial, es éste quien tiene la última palabra sobre la concreción de dichos valores.

Coincidimos con CASTILLO en que en nuestro orden constitucional no se ha previsto expresamente, por un lado, que ningún órgano cumpla la labor contralora directa sobre el Tribunal Constitucional; y ello es así, porque (al menos en la idea del Poder Constituyente que dio origen a la actual Constitución Política) dicho tribunal fue concebido como un órgano privilegiado.

Por ello, dado el poder que se le ha atribuido en el sistema peruano, no quedaría más que confiar en su labor de autocontrol, lo cual trata de evitar la concentración del poder en la mayoría o totalidad de sus miembros; sin embargo, presentamos una propuesta que nos parece más concreta en atención a las condiciones en las que viene estructurado el sistema democrático.

3. LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y SU ENFOQUE EN LA POSTURA PROPUESTA:

Debemos recordar que el Tribunal Constitucional en su origen no podía conocer de hechos, pues su finalidad primordial era el control de la legalidad (de las normas que se oponían a la Constitución), es decir su función se desarrollaba bajo ciertos niveles de abstracción; sin embargo, ello resulta imposible en la actualidad, pues justamente a través de la interpretación es que realiza un enjuiciamiento de los poderes públicos (y eventualmente a las actuaciones privadas) a la luz de una norma constitucional, tarea en la que no es adecuado prescindir de los hechos conductas o situaciones que motivaron dicho acto y que lógicamente

tendrán repercusiones en el ciudadano como sujeto de derechos fundamentales.

Ello siempre ha reflejado una preocupación constante en los magistrados del Tribunal Constitucional, pues, a pesar de su herencia kelseniana, aún se empeñan por separar los problemas de legalidad y de constitucionalidad, ya que si bien por un lado advierten la necesidad de no sustituir al Parlamento, por otro lado insisten en verificar si la aplicación de la norma se adecua al texto constitucional, por ello no cabe duda que el juez constitucional no limita su actuación únicamente al control formal de constitucionalidad, sino fundamentalmente a ejercer un control sustantivo; pero ello conlleva intrínsecamente una suerte de esfuerzo “autoinhibitorio” a fin de no invadir atribuciones de un legislador positivo, por ejemplo (GASCON 1994: 68).

Siendo así, el objeto de interpretación principal del Tribunal Constitucional traspasa la frontera de la ley, pues está dirigido fundamentalmente a extraer el sentido de la norma constitucional cuyo fin es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo uno de la Constitución peruana), para lo cual lleva a cabo una argumentación finalista; por lo que en nuestro esquema de justicia constitucional, los fundamentos de sus sentencias representan una especie de legislación, especialmente cuando expresamente prescriben su carácter vinculante (precedente vinculante) o como doctrina jurisprudencial, situaciones en las que no solo se comporta como un verdadero juez (interpreta y argumenta) sino también dicta sentencias con fuerza de ley y leyes con la fuerza y alcance interpretativo de las sentencias.

La importancia de la interpretación en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho radica en que los ejecutores de ésta (los magistrados constitucionales) son los destinatarios de la confianza de la comunidad, en tanto ejercen la delicada labor de impartir justicia en base a un deber de motivar que constituye uno de los fundamentos esenciales de

todo estado; existe por tanto una relación directa entre la función judicial (constitucional) y la realización de un acto de justicia mediante la interpretación.

La interpretación a la que nos referimos, sin duda alguna, se trata de una interpretación especial, pues como lo expresara en su oportunidad GARCIA BELAUNDE, la interpretación está condicionada por el tipo de norma a la que debe aplicarse y la de carácter constitucional posee aspectos singulares significativos que requieren de principios peculiares que no se aplican a otros tipos de preceptos jurídicos, los que no se refieren a la actividad interpretativa como tal, sino al tipo de normas a las cuales se aplica y a los sujetos que deben interpretarlas (GARCIA 2005: 667).

Debemos tener en cuenta que la determinación del contenido de las normas constitucionales no es una tarea sencilla, pues además de los preceptos referidos a los derechos fundamentales (parte dogmática, integrada también por principios y valores superiores), y las que regulan la organización y funcionamiento de los diversos órganos del poder (parte orgánica), también contienen disposiciones de carácter reglamentario que la dotan de un contenido jurídico y no solo político; su complejidad además viene dada, a partir de su estructura, pues constituye el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico; por ello es que se entiende que ningún precepto jurídico de inferior jerarquía debe ser contrario a sus disposiciones. Es una interpretación muy vinculada con la axiología, pues el intérprete debe realizar una actividad muy compleja, basada no únicamente en los principios de la lógica formal y material, sino también conforme a los principios básicos de la argumentación máxime si (conforme a lo anteriormente anotado) existe la obligación de justificar los resultados de la misma (FIX-ZAMUDIO, 2005: 550 - 554).

3.1. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Según FIX ZAMUDIO, se debe distinguir entre la interpretación judicial de la Constitución que realizan los jueces ordinarios y la que efectúan los tribunales constitucionales, aun cuando éstos últimos no tengan la exclusividad de la misma pero si una postura privilegiada sobre ella, en tanto su función primordial es realizar una interpretación final (de cierre) de la norma fundamental en un Estado Constitucional de Derecho.

Las diferencias entre ambos ámbitos de interpretación radican en que, si bien los jueces están en la obligación de aplicar las normas jurídicas (legislativas y reglamentarias) de conformidad con las normas, principios y valores constitucionales, su punto de referencia son las disposiciones legislativas interpretadas, en tanto que los Tribunales Constitucionales toman como punto de referencia inmediata a la Ley Suprema; ambas jurisdicciones realizan una doble interpretación de la ley y de la Constitución, pero la judicatura ordinaria lo hace desde la primera y los jueces constitucionales respecto de la segunda; además los jueces ordinarios se encuentran subordinados a la interpretación privilegiada y obligatoria que realizan los jueces constitucionales (Tribunal Constitucional), situación que se verifica incluso en el sistema de control difuso, en el que los jueces de cualquier categoría están obligados a inaplicar las normas legislativas contrarias a la Constitución, pero acorde al principio del *stare decisis*, están obligados a seguir la interpretación que el Tribunal Constitucional (Corte Constitucional o Corte Suprema) haya realizado, luego de determinar la constitucionalidad de la disposición legislativa en cuestión.

Otra nota distintiva es que la interpretación constitucional de naturaleza judicial tiene carácter progresivo y no simplemente conservador de la norma fundamental, ello en vista de que la realidad social es mucho más rápida en sus cambios y en su evolución frente a la norma constitucional que posee una pretensión de estabilidad, pues si sobre las normas legales

sometidas al control recae una presunción de constitucionalidad, lo que amerita un examen complejo para expulsarla del ordenamiento jurídico, con mayor razón aún las disposiciones que componen la norma fundamental, no deben ser de fácil modificación y de eliminación. Dicha conclusión encuentra un sustento material a través de lo que ocurre con la Corte Suprema Federal Norteamericana, la cual por gozar de una competencia discrecional a partir del *certiorari*, es considerada como un tribunal especializado en materia constitucional cuya función ha sido la de hacer las veces de instrumento de actualización de la Constitución Americana de 1787, la misma que ha sido aplicada a realidades muy distintas desde el momento de su creación; ello sin duda alguna, ha sido motivado por la labor interpretativa e integradora de sus magistrados, los que además de cumplir una función jurisdiccional, también cumplen una función política, esto es regulando los efectos políticos de sus sentencias, lo que merece de ciertas cualidades de sensibilidad social que le permite interpretar los principios y valores de una comunidad en un contexto determinado, con la finalidad de adaptar sus normas a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales de su época.

4. IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL EN LA LIMITACION DE LAS ATRIBUCIONES Y FACULTADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si partimos de la idea expuesta por CARPIZO, en relación a que los Tribunales Constitucionales como Poder Constituido Primario, no gozan de facultades ni atribuciones ilimitadas en el ejercicio de sus funciones, y cuyo límite – entonces- responde a la propia Constitución Política a la que deben su origen, no pueden escapar al principio constitutivo de todo orden político, en virtud del cual existen reglas cuyo acatamiento les permite auto limitarse.

Así surgen dos concepciones que tienen su origen en la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos (tendencias): el auto control judicial o

también llamado *Self Restraint*, corriente a través del cual se impone límites a sí misma, a efectos de ajustar sus competencias sin afectar a la de otros órganos del poder político; y el activismo judicial, o también llamado *Judicial Activism*, a partir del cual se busca lograr una protección efectiva a los derechos fundamentales, teniendo en consideración la naturaleza “viva” de la Constitución.

Consideramos que los objetivos en la aplicación de ambas tendencias no se encuentran tan alejados entre sí, puesto que en ambos casos se pretende una interpretación de la norma fundamental de conformidad a su fin último y más esencial, como lo es el respeto a la dignidad de la persona como fin supremo del Estado; creemos también en la necesidad de justificar la adopción de la tendencia del activismo judicial de acuerdo a las condiciones institucionales de cada estado, lo que quizás ayudará a estructurar un sistema constitucional de transición de un país en vía de desarrollo, hacia otro con diseño de políticas democráticas que permitan el establecimiento de una cultura constitucional y un sistema de partidos políticos sólidos que permitan la consecución del objetivo anteriormente expuesto.

Sin embargo, es necesario referirnos a ambas corrientes por separado luego de lo cual estaremos en condiciones de justificar la necesidad de su implementación.

4.1. EL AUTOCONTROL JUDICIAL:

Modelo identificado originalmente bajo la denominación de *judicial restraint*, y que propugna básicamente que un juez no puede modificar la ley o la Constitución ni crear nuevos derechos constitucionales con el riesgo de caer en un subjetivismo; su aplicación se basa en un método originalista de interpretación (original understanding) que tiene como objeto encontrar la justificación última de la justicia constitucional conectándose con el pensamiento del constituyente originario, reduciéndose así la facultad de

control constitucional de la Corte hacia los poderes públicos o privados; éste posición se basa en el respeto a la voluntad de las mayorías a gobernar y así conciliar la *judicial review* con el ideal democrático que se sustenta en la idea que tuvieron los fundadores de la Constitución Norteamericana (*framers*) acerca de la función social de la Constitución en bloque (TRIBE 2010: 14).

Es una posición construida contra el activismo judicial predominante durante la presidencia de la Corte Suprema Norteamericana a cargo de Juez Warren (Corte Warren 1953-1969), reconocida porque durante aquella época se dictaron sentencias como *Brown I* que finalizó con la discriminación racial en escuelas y universidades, *New York Times VS Sullivan* que otorgó prevalencia a la libertad de expresión, *Reynolds VS Sims* referido a la delimitación de distritos electorales en los cuales se afectaba la representación de ciertas colectividades. (ARIAS 2013:255-256).

La discusión, como es notorio, se decanta en una postura restrictiva que se presenta en franca oposición a otra activista; ésta última postura considera la necesidad de ir actualizando el texto constitucional mediante su interpretación, a través de sentencias neutrales que expresen el significado de lo que la constitución “dice”, sin juzgar lo que ella “debería decir”, tal y como lo expresa BERGER “...la Constitución representa elecciones fundamentales ya hechas por el pueblo, y la tarea de los Tribunales consiste en hacerlas efectivas, no en construir nuevos derechos...” (BELTRAN 1989: 45). Ello se explica desde una lógica contractual rousoneana, asumiendo a la Constitución como una especie de contrato, que a diferencia de un estatuto, solo puede cambiar con el consentimiento de las partes, es decir que los cambios requeridos por la sociedad solo pueden materializarse con el consentimiento unánime y no solo con una mera preferencia mayoritaria (POSNER 1998: 577-580).

Por ello el juez Richard POSNER, se atrevía a afirmar que si la Corte Suprema interpretaba con mayor amplitud las disposiciones constitucionales que restringen las facultades de los poderes elegidos, lo que conseguiría es mover a la nación hacia un modelo de gobierno limitado, en el que la Corte se irroga el lugar del pueblo para limitar al gobierno; lo contrario, esto es si la Corte interpreta con mayor rigidez estas disposiciones, moverá a la nación hacia un verdadero gobierno democrático, el cual es más congruente con la posición de quienes representa y que carecen de poder político.

En esa misma línea, BORK (ARIAS 2013:256), planteaba que ante una situación jurídica no desarrollada por el poder constituyente, no correspondía que el judicial – debe entenderse el órgano encargado de interpretar en última instancia a la Constitución- emita algún pronunciamiento, pues ello sería motivado por móviles subjetivos; por lo que ante el silencio constitucional corresponde que sea el órgano legislativo como representante del pueblo y haciendo uso del proceso democrático previsto por la Constitución, quien se encargue de desarrollarla, posición que se trasluce en lo que los juristas americanos denominaron *strict constructionism*.

Donde fundamentalmente se apreciaría la dicotomía entre ambas posturas, es en la resolución de los denominados *casos difíciles* (*hard cases*), en los que conforme a esta posición no sería válido argumentar una sentencia en los principios y valores constitucionales actuales, por tanto el conflicto debía ser siempre resuelto por el legislador positivo, sin duda alguna una posición extremadamente conservadora.

4.1.1. La Interpretación constitucional sobre los “casos difíciles”

En este punto se hace necesario partir de las ideas de ATIENZA, a efecto de esbozar una definición y fundamentalmente la importancia de la interpretación constitucional para su desarrollo, pretexto además para

evidenciar las diferencias existentes entre la interpretación constitucional realizadas por los órganos especializados (Tribunal Constitucional, Cortes Constitucionales o Cortes Supremas) y la interpretación jurídica en general (la desarrollada por los órganos jurisdiccionales ordinarios); ello en buena cuenta responde a la interrogante referida a si los Tribunales Constitucionales pueden cumplir a cabalidad con la función que les asigna el propio sistema jurídico en un Estado Constitucional de Derecho, esto es, realizar una interpretación constitucionalmente adecuada de la Constitución y no solo una interpretación constitucional de la ley. (FERRER 2005: 122).

En general, la interpretación se entiende como una actividad parcialmente creativa, que se dirige a determinar el significado de algún aspecto relevante que no es claro o es indeterminado, por ende cuando interpretamos, siempre añadimos algo nuevo a aquello que se interpreta. Interpretar la ley no escapa a dicha afirmación, incluso cuando quien desarrolla esta labor son los órganos jurisdiccionales, por eso en nuestro sistema jurídico, se concibe a la jurisprudencia (interpretación que hacen los jueces de la ley a la luz de un caso en concreto) como fuente de derecho; lo que nos lleva a una segunda conclusión, esto es, que para interpretar válidamente una ley, debe existir previamente un derecho que reconozca esa facultad.

En clave positivista, entonces, se entiende la distinción entre algunos casos en los cuales no se necesita de un método interpretativo (creativo), sino netamente lógico subsuntivo, esto es aplicar pura y simplemente el derecho (casos fáciles); mientras que en otros, cuyo margen de solución no está determinado por los estándares jurídicos que componen el ordenamiento, requieren de una labor creativa (casos difíciles); sin embargo, el análisis no puede agotarse en aquella definición, pues es sabido que incluso la subsunción requiere de un método interpretativo (literal), por lo que la diferencia entonces radica en la justificación que asume el intérprete sobre las decisiones a tomar, cuya intensidad difiere según se trate de uno u otro tipo de caso; ello en la actualidad es objeto de análisis por una -no tan

reciente- disciplina jurídica que justifica el cumplimiento de los principios de toda labor jurisdiccional, es decir, el derecho- deber de la debida motivación de las resoluciones judiciales, denominada Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ).

Con base en lo expuesto, coincidimos con el maestro ATIENZA en que - al menos en los denominados casos difíciles- la justificación de la decisión no debe constreñirse únicamente a un razonamiento deductivo, debiendo complementarse con criterios de “razón práctica” que se encuentran contenidos en principios como el de universalidad, coherencia, concordancia, consenso, etc.; los mismos que han servido de presupuestos para que el Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, haya esbozado principios de interpretación propiamente constitucionales en una de sus resoluciones más importantes que tiene la calidad de precedente vinculante (Caso Lizana Puelles) y que ha sido objeto de análisis y crítica en su oportunidad.

NAVARRO, por su parte, ha caracterizado a los casos difíciles en atención a los siguientes indicadores (ATIENZA 2005:124):

- a) No tienen una respuesta correcta.
- b) Las formulaciones normativas al respecto son ambiguas, y los conceptos que expresan son vagos (de textura abierta).
- c) El derecho es incompleto o inconsistente.
- d) No hay consenso sobre su solución en la comunidad de juristas.
- e) No es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f) Es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h) La solución involucra necesariamente juicios de carácter moral.

DWORKIN le agrega un grado de complejidad al problema, cuando a través de su tesis afirma que tanto en los casos fáciles como en los difíciles, el juez no goza de discrecionalidad, pues solo existe una única

respuesta correcta en ellos, por eso para él la distinción entre ellos no es tan importante, pues en ambos el juez está obligado a darles una solución siguiendo un mismo método o técnica (ATIENZA 2005:125).

Existe una última calificación expuesta por ATIENZA, catalogando como casos trágicos, a aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que plantean a los jueces el problema de que camino tomar frente a un dilema, mucho más que solo decidir entre una serie de alternativas o como ejercer su discrecionalidad; puesto que en ellos la solución jurídica necesariamente implica el sacrificio de algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral; se trata de aquellos casos en los que la decisión más adecuada, no necesariamente será la más justa en términos distributivos, pues se va a situar por encima del equilibrio mínimo. Es por ello que al presentarse una contraposición entre principios y valores (dimensión justificante de las normas), la solución se encuentra mediante una operación de ponderación, en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo.

4.1.2. ¿Son realmente trágicos los casos difíciles?

A pesar de estar diferenciados por una suerte de criterio de intensidad, la distinción entre un caso difícil y uno trágico, resulta un tanto ambigua en la práctica; para entenderla recurrimos nuevamente a los postulados de ATIENZA, para quien cabe hablar de dos tipos de casos trágicos, o -mejor aún- dos situaciones trágicas en las que se sitúa un juez: a) cuando el ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de conformidad con los valores jurídicos que lo informan) pero que choca con su moral; y b) cuando el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta, por lo que en ambas situaciones el intérprete no podrá arribar a una decisión sin infringir el ordenamiento jurídico.

La solución a la primera situación se sustenta en una posición originalista – haciendo referencia a la dicotomía planteada con anterioridad- pues, en sistemas jurídicos democráticos, el ordenamiento jurídico estará compuesto por normas que por definición serían justas y morales, circunstancias bajo las cuales el juez no puede contraponer sus opiniones (subjetivas) respecto de lo que es moral a la opinión (objetiva) de la mayoría; por lo que bajo dicho esquema se descartan los problemas de conciencia, no debiendo existir entonces ninguna tragedia al respecto; distinta será la posición frente a la segunda situación, en la que si el sistema no permite llegar a una respuesta correcta, ello no significa que la solución del caso sea imposible, tampoco que no se pueda decidir por aquella que representa el mal menor; solución que representa una posición activista, pues lo que representó una tragedia para el operador, puede servir como aliciente para cumplir con sus deberes como ciudadano, contribuyendo a modificar el mundo social a fin de disminuir la “tragedia” en el caso, sentido que representa la frase del juez HOLMES al precisar que “... *la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia...*” (ATIENZA 2005:143).

A manera de conclusión podemos expresar que asumir una posición conservadora (originalista) en la interpretación constitucional de los casos difíciles, se caracteriza por: 1) el respeto absoluto por el texto constitucional así como por la voluntad del constituyente original (histórico), lo contrario implicaría convertirse en un tribunal político, así lo expresa SCALIA, Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (1986-2016); 2) el intérprete de la Constitución solo debe manejar principios neutrales, que no son otra cosa que los postulados de los padres fundadores (*framers*), sin añadir principios o fines del intérprete. 3) la interpretación de la constitución solo debe enmarcarse a lo contemplado por el constituyente histórico, efectivizando su mensaje sin la necesidad de añadir al texto derechos no reconocidos por aquel, utilizando para ello el uso de la lingüística, la historia y la antropología. 4) El juez constitucional no posee facultades discrecionales para realizar una interpretación, debiendo efectuar como única respuesta constitucional correcta a aquella que surja de la

Constitución. 5) Si un tribunal al interpretar la norma, se aparta del original mensaje del constituyente, invade competencias constituyentes atentando contra la soberanía popular. 6) Al juez constitucional le corresponde aplicar la Constitución y no modificarla. (ARIAS 2013:257-258).

Entendemos entonces que los originalistas parten de una visión estática de la Constitución, casi venerando la voluntad del constituyente original; pero la realidad social es dinámica, y si bien en su interpretación se pueden enfrentar intereses e ideologías contrapuestos, e incluso contradictorios, los Tribunales Constitucionales, en un contexto de globalización de la justicia constitucional, no deben constreñirse a ser solo “ejecutores” de la Constitución, pues su finalidad primordial es la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

El enfoque originalista representa fundamentalmente el control a la actividad del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, esto es declarar la inconstitucionalidad de leyes emergentes de un órgano democrático como lo es el Congreso Norteamericano; el mismo que pretende hacer frente a un “activismo judicial” (*judicial activism*) que desplaza el protagonismo de un órgano legislativo hacia el órgano judicial (Tribunal Constitucional en nuestro sistema) afectando de este modo al sistema democrático sobre el que se estructura el Estado.

No cabe duda que este enfoque recae directamente en la tarea interpretativa de los órganos que componen el sistema de justicia constitucional, en especial de los jueces del Tribunal Constitucional como Poder Constituido Primario, y su adopción depende de la idea de Constitución aceptada en la sociedad organizada bajo cualquier sistema democrático de derecho.

Consecuentemente, son fundamentalmente dos teorías las que explican la visión interpretativa de la Constitución: aquella que propone que en lugar de interpretar la Constitución basada en las preferencias políticas de un

juez, debe atenderse al texto del documento y la intención original de los que la formularon; y la Teoría de la Constitución Viviente (*living constitution*) como aquella que la concibe como un texto flexible y de fácil modificación, aspectos a los que les dedicaremos algunas reflexiones a continuación.

4.1.3. Originalismo, Conservadurismo y Restricción Judicial:

Hablar de una *living constitution*, es hacer referencia a una constitución con vocación de permanencia, un documento que pretenda regular los destinos de la sociedad, sin que haya necesidad de modificar el contenido de las normas constitucionales a partir de reformas permanentes a su texto, conservando su original redacción, pero con la posibilidad de cambiar su significado; ello aparentemente entraña una contradicción con lo que venimos expresando respecto a la necesidad de realizar una interpretación conforme a la voluntad del constituyente originario, evitando así decisiones subjetivas que entrañen una carácter preferentemente político antes que jurídico; sin embargo, no es menos cierto también que con el objeto de justificar la “liberación” del intérprete de la constitución para alejarse de la voluntad del constituyente originario, han surgido tendencias revolucionarias (*board constructionis*), que pretenden realizar una interpretación utilizando acepciones del presente, principalmente en lo que corresponde a los conceptos de igualdad, libertad, propiedad, seguridad, etc.; circunstancia sobre la cual DWORKIN presenta un método interesante de interpretación de la constitución que consiste en diferenciar los “conceptos” de las “concepciones” constitucionales, describiendo a los primeros mediante nociones jurídicas indeterminadas (idea de la moral pública, la dignidad humana, la justicia, etc) las mismas que deben ser dotadas de contenido por las generaciones futuras de intérpretes; las segundas, en cambio, constituyen ideas ya fijadas por el constituyente histórico, que resultan inmutables; demuestra su argumento en relación a lo dispuesto para el sistema punitivo, indicando que habría un concepto si la Constitución prohibiese las penas crueles, y una concepción si prohibiese expresamente la pena de muerte (ARIAS 2013:259).

Conforme a este método entonces, interpretar una *living constitution* justifica la necesidad de propender a una interpretación evolutiva, pero ello trae consigo otro dilema que ha sido planteado por GUASTINI, dependiendo de su carácter flexible o inflexible, haciendo alusión a la posibilidad de revisión y modificación de la constitución mediante leyes, que sin ser de su misma naturaleza, alteran su contenido; para él una constitución es flexible en general porque es absurdo concebir que sea absolutamente inmodificable, pues al contener un aspecto normativo (valor jurídico de la Constitución) debe adaptarse al cambio de las relaciones económicas, sociales y políticas, pues de no ser así la única forma de cambiarla sería recurriendo a medios ilegales como el uso de la fuerza condenando a los pueblos a enfrentarse en guerras civiles cada vez que sea necesario un cambio de modelo constitucional; un segundo argumento a favor de la flexibilidad, se explica afirmando que no existe ninguna distinción entre poder constituyente y poder legislativo, ya que es éste último quien expresa la voluntad general, es decir encarna la soberanía, por ende el Poder Legislativo incluye el poder de revisión de la Constitución (tesis contraria a la propuesta por CARPIZO a la que se hizo referencia anteriormente).

Correlativamente, el autor comentado, complica el panorama al exponer también los argumentos para justificar la rigidez de la Constitución: El primero hace alusión a que si la propia Constitución no concibe ningún procedimiento de revisión autorizado, entonces ésta resulta irrevisable, argumento que no es otra cosa que una derivación del principio de clausura de Hans Kelsen en relación a los límites del poder público, esto es que *“todo lo que no está expresamente autorizado, está prohibido”* (principio de legalidad). Un segundo argumento sostiene la inflexibilidad de la Constitución también a partir de otro de los preceptos que componen la regla de clausura antes expuesta, destinado a regular los derechos de los ciudadanos, esto es que *“todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido”* (principio de libertad); llegando a la conclusión de que al no estar ningún órgano autorizado expresamente a modificar la Constitución,

entonces su revisión estaría prohibida (GUASTINI 2016: 232-233).

La discusión anteriormente planteada no alcanza – al menos desde el punto de vista legal- a nuestra norma fundamental, pues en el artículo 206 de la Constitución de 1993 se ha previsto un procedimiento de reforma constitucional, delegando dicha facultad al Congreso de la República con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros (actualmente 130 congresistas) y ratificada mediante referéndum, previendo la posibilidad de revisar reformas constitucionales mediante ley con la salvedad de no permitirse su observación por parte del Presidente de la República

Como conclusión podemos afirmar que la concepción de la Constitución que impera en nuestro sistema de justicia constitucional, es en parte distinta al enfoque del constitucionalismo norteamericano, cuyo desarrollo ha sido producto de las distintas posiciones adoptadas por la Corte suprema Norteamericana en distintos periodos, que van desde una posición conservadora y originalista (autocontrol) hacia una tendencia innovadora y liberal (activismo judicial)

4.1.4. Críticas al enfoque originalista:

Como toda posición está expuesta a la crítica, los opositores a los postulados originalistas plantean que no es sencillo identificar la voluntad originaria de los fundadores de la Constitución, en parte porque es poco probable descubrir el sentido de las palabras que tenían hace doscientos años, mucho menos presumir que un grupo tan diverso de personas tuviese las mismas intenciones comunes, lo que no podría generar certeza de que los padres fundadores habrían apoyado una teoría de interpretación originalista.

Otro argumento descalificador de ésta tesis encuentra corroboración en la realidad, en tanto si bien los principales tribunales y cortes constitucionales han venido afirmándose como instituciones importantes dentro de sus

propios sistemas, no ha sido precisamente por mantener una actuación conservadora y de renuncia a sus competencias, sino por desarrollar nuevas fórmulas judiciales de resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento, de lo que constituye una manifestación concreta la autonomía procesal que el Tribunal Constitucional peruano ha venido consolidando a través de su jurisprudencia.

Finalmente otro argumento importante lo constituye el hecho de que el rol creador del derecho se manifiesta cuando la norma constitucional presenta un vacío o deficiencia, supuesto en el cual el juez constitucional no puede dejar de resolver el conflicto debiendo suministrar una respuesta pero sin incurrir en una decisión arbitraria y carente de fundamento.

4.2. EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

Lo expresado hasta este punto nos deja en claro que el instrumento que tienen los Tribunales Constitucionales (Cortes Supremas o Cortes Constitucionales) para adaptar la constitución formal (texto) a la constitución real (la realidad), es la interpretación, ello sin tener que recurrir a efectuar reformas constitucionales permanentes; esto funciona siempre y cuando de la norma constitucional (a pesar de conservar su mismo texto) pueda extraerse significados diferentes, a través de los cuales el órgano contralor de ella (Tribunal) logre dicho objetivo.

Ahora, cierto es también que la Constitución como creación del Poder Constituyente tiene sus propios límites expresados en los derechos humanos reconocidos como principios de *ius cogens*, los que por ende, constituyen límites infranqueables a la interpretación constitucional, considerando que donde el constituyente se vio impedido de legislar sin desnaturalizarse la Constitución, tampoco podría hacerlo el órgano de control de la constitucionalidad (ARIAS 2013:261).

Pero, si la Constitución requiere ser interpretada, ¿necesariamente dicha interpretación debe tomar en cuenta el significado que el texto tenía en el momento de su elaboración o la que tiene al tiempo de su aplicación?, esta postura cambiaría si consideramos que el constituyente, consciente de sus limitaciones para prever los cambios sociales, económicos, culturales, etc. futuros, dejó un alto margen de apreciación al intérprete máximo de la Constitución, sin llegar a la desfiguración de la personalidad estatal. De este modo surge la postura del *activismo judicial* (*judicial activism*), que refleja la necesidad de que el juez constitucional tenga un papel activo en la interpretación de la Constitución, recurriendo a fuentes o valores no explícitos en ella, pero que emanan razonablemente de su contenido, cumpliendo a la vez un rol de creador del derecho, rompiendo con la rigidez del *originalismo*, postulando la independencia actual del texto original, de las valoraciones e intenciones del constituyente, interpretándola como un instrumento vivo, orgánico y cambiante (SAGÜES 2016: 27-28).

Esta postura tiene su fundamento ideológico de legitimidad en un *argumento generacional*, en relación a que cada generación tiene el derecho a vivir su constitución, pues la generación que la creó, no puede imponer a la generación actual su manera de entenderla; asimismo con el *argumento del constituyente actual*, que sostiene que la tarea de interpretar la Constitución no consiste en averiguar que quiso el constituyente histórico, sino en declarar la voluntad e intenciones de los actuales herederos y poseedores del poder soberano.

4.2.1. Críticas a la postura activista:

Esta postura ha sido criticada en virtud a los siguientes argumentos: **1)** porque la Constitución no está desligada de los deseos de la sociedad y del gobierno encontrándose en un proceso de cambio constante, generando inseguridad, riesgo que se corre cuando la Constitución se convierte en un instrumento flexible, útil y moderno de gobierno. **2)** Si la Constitución es nueva o relativamente reciente, la sociedad de todas maneras querrá

interpretarla de distinto modo al que la entendió cuando la aprobó, pues aplicar anacrónicamente la Constitución genera insatisfacción y deslegitimación social, ello teniendo en consideración que fue la misma comunidad la que la dictó para después pretender darle otro sentido sin reformarla formalmente, **3)** Utilizar la interpretación activista convierte al Tribunal Constitucional en un órgano con poder ilimitado, elevándolo de la categoría de Poder Constituyente de actuación permanente, con un campo amplio de discrecionalidad que la materializa a través de los distintos métodos y principios de interpretación utilizados; desde ese enfoque en lugar de ser el guardián de la Constitución, la estaría vulnerando, creando una crisis constitucional y política (CARPIZO 2009: 95-98) **4)** Si a través de una interpretación activista se vulneran los principios y valores fundamentales que individualizan a la Constitución y configuran el núcleo legitimador del sistema democrático de gobierno (como por ejemplo el tránsito de un estado central a uno federal), no se está revisando o modificando una Constitución, sino creando una nueva; y así se pretenda realizar dichas modificaciones, éstas requieren de un consenso unánime y la única manera de conseguirlo es a través de un referéndum. **5)** La interpretación activista (interpretación activista de una Constitución viviente) no sería privativa de un Tribunal Constitucional, máxime, si como hemos venido sosteniendo en acápites anteriores, tanto el control de constitucionalidad (en concreto) de una norma, así como el control de convencionalidad, son facultades compartidas con los magistrados del Poder Judicial, quienes eventualmente y en su función de garantes de la justicia constitucional, podrían desarrollar una posición activista que podría configurar decisiones contradictorias y finalmente inseguridad jurídica.

Como toda hipótesis jurídica está sujeta a crítica, la postura activista no se encuentra exenta de ella; sin embargo, reproducimos a modo de conclusión lo expuesto por SAGÜES:

“...interpretar a la Constitución según las valoraciones sociales existentes, en las que haya un real y no meramente hipotético

consenso unánime o cuasi unánime, no parece nada absurdo siempre que ese funcionamiento de la Constitución no violente a los derechos naturales de las personas y de las sociedades, ni afecte los compromisos internacionales del estado del caso...”(SAGÚES 2016: 40)”

4.2.2. ¿Es posible una posición ecléctica entre activismo y autocontrol?

Para FIGUEROA, el “*activismo judicial*”, cuya naturaleza comprende una actitud de férrea defensa de los derechos fundamentales, responde a tres niveles de acción: **activismo propiamente dicho**, nivel más racional y razonable de defensa de los derechos fundamentales y del principio de primacía normativa de la Constitución; **hiperactivismo**, excesiva defensa de la justicia constitucional invadiendo competencia de otros órganos; e **hipoactivismo**, que representa la antítesis de la defensa de la Constitución, reflejando anomia de los órganos constitucionales y casi nula actuación de la justicia constitucional.(FIGUEROA 2017:616-617).

Para este autor, una muestra del primer nivel es la función desarrollada por la Corte Suprema Norteamericana bajo la presidencia del Juez Warren, periodo durante el cual registró un nivel importante de defensa de los derechos fundamentales; el segundo nivel, perjudicial a los fines de la justicia constitucional, ha originado sentencias que anulan decisiones del legislativo, del ejecutivo, e incluso sentencias del Poder Judicial; mientras que el último se instauró durante regímenes de facto o regímenes pseudo democráticos, en los que prevalece una situación de total desprotección de los derechos fundamentales.

Coincidimos con la posición del citado autor, en cuanto a que la interpretación activista se condice con una concepción “viva” de la Constitución, y su observancia cobra sentido especialmente en las condiciones institucionales de las democracias en desarrollo, las cuales cuentan con sistemas débiles de partidos políticos, contextos en los que

muchas veces ha sido necesario que el Tribunal Constitucional actúe como sustituto del legislativo o vigilando al ejecutivo para garantizar la protección de los derechos fundamentales; sin embargo, esta posición no necesariamente tiene que estar desligada del *self restraint*, pues además de representar éste un ejercicio de autolimitación (necesario en todo Estado Constitucional de Derecho), creemos que resulta compatible con un activismo judicial restringido, pues implica la impartición de justicia constitucional dentro de los límites permitidos por la propia Constitución, constituyendo una dimensión material del activismo judicial.(FIGUEROA 2017:618-619).

Entonces, definitivamente es necesaria la limitación a la función interpretativa del Tribunal Constitucional, a la que hemos denominado control sustancial o material para diferenciarla del control formal (al que nos hemos referido en el capítulo anterior), límite que es consustancial a una voluntad de autocontrol; y si bien el activismo judicial esta justificado para garantizar efectivamente los derechos fundamentales de los ciudadanos, su aplicación no debe ser desmedida, no pretendiendo usurpar funciones atribuibles a otros órganos, salvo se verifiquen afectaciones graves a la Constitución, absteniéndose de crear posiciones filosóficas o morales (CARPIZO 2009:57).

Con base en lo expresado, pensamos en la necesidad de redefinir la posición del *self restraint*, considerándola como una tendencia en evolución, sucedánea al activismo judicial y que permite una interpretación óptima en las decisiones del Tribunal Constitucional, constituyendo una garantía de legitimidad para el ejercicio de funciones de control desde la Constitución sobre normas o actos vulneratorios de ella.

Esta nueva concepción del *self restraint* vendría caracterizada por: 1) Presuponer un principio de “justicia rogada”, excluyendo la intervención de oficio, lo contrario puede encubrir una sobre actuación del Tribunal; 2) Un elevado estándar de motivación de las decisiones, dada la trascendencia

que tienen las resoluciones emitidas por el Tribunal y el carácter vinculante de su interpretación como órgano de cierre del sistema constitucional interno, siendo cuidadosos de no usurpar el Poder Constituyente, evitando crear normas y principios que no sean susceptibles de reconducirse a la Ley Fundamental; 3) Reconocimiento de la especialidad constitucional, a fin de designar magistrados que desde su experiencia constitucional aporten a la solución de los conflictos entre derechos fundamentales, debiendo privilegiarse su versación en materia constitucional antes que otros criterios en su designación, que por su naturaleza es política en nuestro país; 4) Un plazo prudencial en el ejercicio de sus funciones, ya que existe una relación de causalidad entre la eficacia de un Tribunal y el plazo de duración del cargo de sus magistrados, el mismo que no debería ser tan reducido, lo que les permitirá afianzarse en el desempeño de sus cargos, en tanto el plazo de cinco años dispuesto en nuestra legislación se estima demasiado corto, pudiendo tomar como referencia el plazo previsto para los magistrados del Tribunal Constitucional español equivalente a 9 años; 5) Garantizar sistemas óptimos de elección, proponiendo que ésta no sea de cargo exclusivo del Parlamento, pudiendo considerar el sistema de cuotas español que involucra a otros poderes u órganos del Estado para la formulación de propuestas; 6) Que se garantice independencia de criterio, para lo cual el Parlamento debe verse impedido de formular acusaciones de orden constitucional por materias que competen a las funciones de los magistrados, reduciéndose solo para aquellas faltas graves debidamente comprobadas, lo contrario implicará sancionar al magistrado por expresar su posición, solo así se garantiza su legitimidad, cuando a su vez se garantice también mayor independencia de funciones; 7) Desarrollar una función pedagógica, que se materialice a través de la publicitación de todas sus resoluciones, lo cual además constituye una manifestación de transparencia que motiva la práctica del autocontrol, desde que si la voluntad del Tribunal es enseñar a través de sus decisiones, éstos debería seguir una misma línea jurisprudencial y solo variarla en situaciones estrictamente necesarias y a fin de optimizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, constituyendo así sus decisiones un

soporte de mejor predictibilidad y uniformización del Derecho Constitucional, máxime si por su propia naturaleza, constituyen referente y guía para la interpretación constitucional; 8) Considerando que la protección de los derechos fundamentales se enmarca dentro de un sistema regulado por normas convencionales (Tratados de Derechos Humanos), principalmente, los magistrados del Tribunal Constitucional deben promover un Espíritu de Convencionalidad, pues es obligación del juez constitucional observar los estándares fijados en la región por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adaptando sus decisiones al ámbito de convencionalidad que ésta fija; solo así sus decisiones adquieren verdadera legitimidad al respetar y observar los principios de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad; 9) Desarrollar una interpretación activista de acuerdo con el contexto social y político en el que se desenvuelve la sociedad, considerando e identificando los valores democráticos que permitan el desarrollo equilibrado del poder, priorizando, sin embargo, una interpretación no subjetivista, neutral y prudente que priorice la seguridad jurídica, mediante el uso estrictamente necesario de los precedentes judiciales, cuya vinculación deberá respetar precisamente el propio Tribunal, garantizando su vigencia y aplicación en el tiempo; 10) Garantizar el respeto al contenido de una cláusula pétrea en la Constitución, porque su modificación injustificada estaría destruyendo la propia Constitución que lo creó, pues lo puede hacer solo el Poder Constituyente; 11) No se puede interpretar activamente la Constitución cuando el conflicto gire en torno a los principios y valores fundamentales que la individualizan aunque no estén expresamente detallados.¹²). Se justifica la interpretación activista en la medida en que las condiciones institucionales de una sociedad no permitan un verdadero ejercicio de balance de poderes (*check and balance*), posición que viene asumiendo – a diferencia del colegiado anterior- la actual conformación del Tribunal constitucional peruano quien ha tenido una posición moderada desde este enfoque interpretativo en relación a la conformación anterior de este colegiado constitucional.

Finalmente es ineludible la responsabilidad que asumen los magistrados del Tribunal Constitucional en cumplimiento de sus atribuciones por lo que, al sistema constitucional le corresponde garantizar que éstos sean realmente independientes, legitimando su posición en un Estado Constitucional de Derecho, premisa que podrá hacer mucho más eficaz el funcionamiento de cualquier modelo de jurisdicción constitucional; y que a pesar de las diversas críticas a muchas de sus decisiones e intentos por recortar sus competencias, evidencian la necesidad de mantener su funcionamiento como agente de cambio en la sociedad.

CONCLUSIONES

1. Los Tribunales Constitucionales creados como tales, o eventualmente los organismos que cumplen esa finalidad (Corte Suprema o Cortes Constitucionales), según el sistema de jurisdicción constitucional en el que se ubican, tienen en esencia las funciones de control constitucional de las leyes (abstracto o en concreto), resolución de conflictos constitucionales, de atribuciones y competencias, y protección de los derechos fundamentales
2. El Tribunal Constitucional peruano es un órgano autónomo e independiente que desempeña funciones constitucionales y jurisdiccionales, cuya organización, composición y estructura es regulada por la Constitución vigente y su Ley Orgánica.
3. Conforme con lo previsto por el artículo 202 de la Constitución, las competencias del Tribunal Constitucional peruano pueden clasificarse en: competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias no previstas.
4. Exclusivamente el Tribunal Constitucional peruano conoce los procesos de inconstitucionalidad y los procesos referidos al conflicto de competencias y/o atribuciones; compartiendo con la jurisdicción ordinaria la competencia de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en los procesos de tutela de derechos como el habeas corpus, el amparo, el habeas data y el de cumplimiento, pues conoce en última instancia el denominado recurso de agravio constitucional (RAC), luego de emitido el pronunciamiento en primera y segunda instancia, a excepción del proceso de acción popular en el que el Poder Judicial asume a exclusividad su tramitación.
5. El Tribunal Constitucional peruano comparte competencias con el Poder Judicial en el ejercicio del control difuso de las normas legales, así como en

el control difuso de convencionalidad.

6. Hemos identificado además competencias del Tribunal Constitucional peruano que no se encuentran expresamente previstas en el ordenamiento como son: el control de las omisiones legislativas (ejercitada por medio del proceso de inconstitucionalidad), a partir de su cumplimiento se emiten sentencias exhortativas, que generalmente están dirigidas al Poder Legislativo a efecto de proceda a regular la omisión advertida, así como sentencias manipulativas (sentencias interpretativas o condicionales, a las integradoras o aditivas y a las sustitutivas); el control de constitucionalidad de las normas infralegales, pues a pesar que constituye una competencia exclusiva del Poder Judicial (ejercitada a través del proceso de acción popular), el Tribunal Constitucional ha precisado algunos casos en los que debe pronunciarse por la inconstitucionalidad de un reglamento (esto es cuando la norma reglamentaria es inconstitucional por conexión o consecuencia de una ley que es declarada inconstitucional en un proceso de inconstitucionalidad); el control de los decretos que declaran estado de excepción, referido al control de las normas a través de las cuales se declara el estado de emergencia (artículo 137 inciso 1 de la Constitución) y el estado de sitio (artículo 137 inciso 2 de la Constitución); y, el control posterior del procedimiento de reforma constitucional.
7. Si bien, en cumplimiento de su competencia de control de las omisiones legislativas, el Tribunal Constitucional peruano ha sido acusado de usurpar la función legislativa del Congreso, al declarar la inconstitucionalidad de una ley o en su defecto la omisión legislativa, asume el papel de legislador negativo, ello obedece a la supremacía de la Constitución, establecida en todas las Cartas Fundamentales.
8. Debemos reconocer que gran parte de las instituciones procesales (que rigen el trámite de los procesos constitucionales), así como el desarrollo del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, han sido producto de las decisiones emitidas (ya sea con carácter de precedente vinculante o de doctrina jurisprudencial) por el Tribunal

Constitucional en los procesos que son de su competencia; sin embargo, muchas de éstas decisiones -emitidas durante las distintas conformaciones de este colegiado- han causado tensiones entre los distintos órganos que conforman la estructura del Estado, generando profunda crítica y cuestionamientos; pero no por ello podemos definirlas totalmente como buenas o malas, pues cuentan con aspectos positivos y negativos, o incluso en muchos casos los aspectos cuestionables fueron agregados a las sentencias luego de desarrollos jurisprudenciales positivos o acertados.

9. La autolimitación de los Tribunales Constitucionales ("*self restraint*"), como mecanismo de autocontrol implica que los jueces constitucionales reconozcan que su actuación no es ilimitada, siendo conscientes de que no pueden asumir atribuciones que le corresponden a otras ramas del poder, cuya importancia radica en que el sustento del propio orden constitucional se ubica también en el respeto por las jerarquías, las normas, las instituciones y las competencias que cada una tiene.
10. En nuestro orden constitucional no se ha previsto, que ningún órgano cumpla la labor contralora directa sobre el Tribunal Constitucional; y ello es así, porque (al menos en la idea del Poder Constituyente que dio origen a la actual Constitución Política) dicho tribunal fue concebido como un órgano privilegiado
11. El Tribunal Constitucional peruano, como órgano constitucionalmente autónomo, en atención a sus atribuciones, cuenta con una cuota importante de poder dentro del Estado, y por ello también está sujeta a algunas formas de control externo, como por ejemplo: el que ejerce los órganos supranacionales, el control ciudadano a través de la opinión pública y especializada, el que ejerce los Poderes Ejecutivo y Legislativo (los que hemos catalogado como controles formales); los mismos que tienen por finalidad verificar -a partir de procedimientos regulados en la ley- el desempeño funcional de sus integrantes (magistrados del Tribunal Constitucional); sin embargo, se propone también la necesaria observancia de un modelo de control material, que sin representar necesariamente un

activismo extremo, optimice el objeto de la justicia constitucional, esto es el respeto a la Constitución, interpretándola a partir de los valores y principios incluidos en ella, a fin de determinar los márgenes que toda autoridad debe observar en el ejercicio de sus funciones, pues su fin último es la protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

12. Teniendo en consideración que el objeto de interpretación principal del Tribunal Constitucional traspasa la frontera de la ley, pues está dirigido fundamentalmente a extraer el sentido de la norma constitucional cuyo fin es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, su importancia en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho radica en que los ejecutores de ésta (los magistrados constitucionales) son los destinatarios de la confianza de la comunidad, por la trascendencia de su labor, por lo que el deber de motivar sus resoluciones como uno de los fundamentos esenciales de todo estado le es exigible, tanto o más que a los órganos jurisdiccionales ordinarios.
13. Son dos las concepciones a partir de las cuales se interpreta la Constitución que han definido la actuación de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos (tendencias): el auto control judicial o también llamado Self Restraint, corriente a través del cual se impone límites a sí misma, a efectos de ajustar sus competencias sin afectar a la de otros órganos del poder político; y el activismo judicial, o también llamado Judicial Activism, a partir del cual se busca lograr una protección efectiva a los derechos fundamentales, teniendo en consideración la naturaleza “viva” de la Constitución.
14. La interpretación activista se condice con una concepción “viva” de la Constitución, y su observancia cobra sentido especialmente en las condiciones institucionales de las democracias en desarrollo, las cuales cuentan con sistemas débiles de partidos políticos, contextos en los que muchas veces ha sido necesario que el Tribunal Constitucional actúe como sustituto del legislativo o vigilando al ejecutivo para garantizar la protección de los derechos fundamentales; sin embargo, esta posición puede

vincularse de cierto modo con el *self restraint*, pues además de representar éste un ejercicio de autolimitación, creemos que expresa un activismo judicial restringido, pues implica la impartición de justicia constitucional dentro de los límites permitidos por la propia Constitución, constituyendo una dimensión material del activismo judicial.

15. Consideramos que los objetivos en la aplicación de ambas tendencias no se encuentran tan alejados entre sí, puesto que en ambos casos se pretende una interpretación de la norma fundamental de conformidad a su fin último y más esencial, como lo es el respeto a la dignidad de la persona, como fin supremo del Estado; creemos también en la necesidad de justificar la adopción de la tendencia del activismo judicial de acuerdo a las condiciones institucionales de cada estado, lo que quizás ayudará a estructurar un sistema constitucional de transición de un país en vía de desarrollo, hacia otro con diseño de políticas democráticas que permitan el establecimiento de una cultura constitucional y un sistema de partidos políticos sólidos que permitan la consecución del objetivo anteriormente expuesto.

RECOMENDACIONES

Consideramos necesario, en virtud de lo expuesto en la presente investigación que:

1. El intérprete privilegiado de la norma constitucional (magistrados del Tribunal Constitucional peruano) adopte una interpretación basada en una concepción redefinida del *self restraint* a fin de garantizar en sus decisiones la optimización de los derechos fundamentales de los ciudadanos, evitando así las fricciones jurídicas y políticas con otros órganos constitucionales, legitimando de este modo el ejercicio de sus funciones de control desde la Constitución, ya sea sobre normas o también sobre las actuaciones vulneratorias de ella.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel D.

2016. *Constitución y Procesos Constitucionales*. Cuarta Edición actualizada. Perú: Editorial Palestra.

ACUÑA CHAVEZ, Araceli

2014 *Funciones y Competencias del Tribunal Constitucional Peruano*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados.

AHUMADA RUIZ, M.

2005. *La jurisdicción constitucional en Europa, bases teóricas y políticas*. Madrid: Thomson/Civitas.

ALEXI, Robert

1993. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ÁLVAREZ CONDE, E.

2003. *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen 1. Cuarta edición. Madrid: Tecnos.

ALVAREZ DIAZ, Oscar Luis

2008 *Estado Social de Derecho, Corte Constitucional y desplazamiento forzado en Colombia*. Siglo de Hombres Editores. 2008

ALZAGA VILLAMIL, O. y otros.

1997. *Derecho Político Español según la CE de 1978*. Tomo I. Madrid: CERA.

ARIAS LOPEZ, Boris Wilson

2013. "Rigidez e interpretación constitucional". En *Pensamiento Constitucional*.

Volumen 18. Biblioteca Virtual PUCP. Consulta: 10 de marzo del 2019

En [https://file:///C:/Users/USSER/Downloads/8957-35503-1-PB%20\(2\).pdf](https://file:///C:/Users/USSER/Downloads/8957-35503-1-PB%20(2).pdf)

ATIENZA, Manuel

2005. “Los Límites de la Interpretación Constitucional” En: Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador) Interpretación Constitucional. Tomo I. Editorial Porrúa, Mexico.

BACHOF, Otto

1987. *Jueces y Constitución*. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas.

2008 *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*. Primera Edición peruana. Lima: Palestra Editores S.A.C.

BACIGALUPO, Enrique

1995. “La rigurosa aplicación de la Ley”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVIII. Madrid, 1995

BELTRAN, Miguel

1989. “*Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork*: una polémica constitucional”. Editorial Civitas. Madrid

BERNAL CANO, Natalia.

2008. “Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional para la protección de los derechos fundamentales en Francia y Alemania”. E. Ferrer Mc-Gregor. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 9. México: Porrúa.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl

1981. “Cosa juzgada, vinculación de fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. España, N° 01, Enero – Abril.

BRAGUE CAMAZANO, Joaquín

2006. *“Interpretación Constitucional”*. *Revista Cuestiones Constitucionales*. Perú, N°14

BULLÈ GOYRI, Víctor.

1999 “El tránsito del Estado de Derecho al Estado social de derecho”. *Revista peruana de Derecho Constitucional*. Tribunal Constitucional. Lima

CABALLERO SIERRA, Gaspar

2001. “Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios”. En: *Jurisdicción constitucional en Colombia - La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas, edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y de la Fundación “Konrad Adenauer*. Bogotá.

CASTAÑEDA PALOMINO, Giovana

2017. Radiografía de la conformación del Tribunal Constitucional. En *Diario EL COMERCIO*. Consulta: 08 de agosto del 2017.
En <https://elcomercio.pe/politica/radiografia-tribunal-ultima-palabra-fotos-noticia-456576>)

CARPIO MARCOS, Edgar

2017 “Sieyés, Jellinek, Kelsen y los Tribunales Constitucionales”. En *Retos del Constitucionalismo del Siglo XXI*” - Ponencias del XI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Adrus, pag. 631-684

CARPIZO MACGREGOR, Jorge

1995. “Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado – Nueva Serie*. Año XVIII, N° 83, mayo/agosto. México: UNAM.

2009. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

2010. “Discurso pronunciado por el doctor Jorge Carpizo en la ceremonia de

inauguración del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en su calidad de Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Comité Organizador del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”. En *Pensamiento Constitucional*, Revista de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XIV, Número 14. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

CASTILLO CÓRDOVA, Luís

2006 “Quis custidit custodes. Los riesgos que implica la justicia constitucional”.

En Revista Actualidad Jurídica N° 149, Editorial Gaceta Jurídica: Lima

2008 “*El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*”. Lima: Editorial Palestra

2017 “Caso El Frontón: Tribunal Constitucional vs Tribunal Constitucional. A propósito de la acusación constitucional contra los magistrados del TC”. En Revista La Ley, el Ángulo legal de la noticia. Viernes 01 de diciembre del 2017, Editorial Gaceta Jurídica. Consulta: 27 de Febrero del 2019.

<https://laley.pe/art/4423/caso-el-fronton-tribunal-constitucional-vs-tribunal-constitucional>

CEA EGAÑA, José Luis

2005. “Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Chiclayo. Consulta: 06 de noviembre del 2018

<http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30246/27302>

CELOTTO, A.

2005. *El derecho juzga a la política*. La Corte Constitucional de Italia. Buenos Aires: Ediar.

DE LA VEGA GARCÍA, P.

2004. *Estudio política-constitucionales*. México – Madrid: UNAM/ Universidad

Complutense de Madrid.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio.

1987. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES Y DOCUMENTACION
PARLAMENTARIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU

2018. “La Acusación Constitucional en el Perú: Un Análisis Histórico, Interpretativo y Estadístico de los Procedimientos durante los periodos 2006-2011, 2011-2016 Y 2016-2021”. En Informe de Investigación de abril del 2018. Consulta: 27 de Febrero del 2019.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/3DFB943A73C80A5A0525826D007ACEEE/\\$FILE/ESTUDIODEINVESTIGACI%C3%93N3ACUSACION_CONSTITUCIONALfinal.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/3DFB943A73C80A5A0525826D007ACEEE/$FILE/ESTUDIODEINVESTIGACI%C3%93N3ACUSACION_CONSTITUCIONALfinal.pdf)

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

2009 “El Juez Constitucional y sus márgenes de acción frente a la judicatura ordinaria: Algunas reflexiones a propósito de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial del Perú”. En Instituto Iberoamericano del Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Maestría en Derecho Constitucional PUCP. *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16-19 de setiembre del 2009)*. Tomo II. Lima: Editorial Idemsa,

ETO CRUZ, Gerardo

2011. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Cuarta edición. Lima: Editorial Adrus.

FAVOREU, Louis

1984. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1994. *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona: Ariel.

FALLER, H.

1979. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemana". En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 7. Madrid.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José

2002. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Editorial Tecnos.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

2001. "Derecho Procesal Constitucional." En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. En *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Quinta Edición. México: Editorial Porrúa.

2001. "La Jurisdicción Constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979." En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. En *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Quinta Edición. México: Editorial Porrúa.

FERRAJOLI, Luigi,

1999 "Derechos y garantías. La ley del más débil", traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Tercera Edición, Madrid: Editorial Trotta,

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo

2004. *Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional*. México Porrúa y CNDH.

2010. El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional. En VALADÉZ, Diego y FIX – ZAMUDIO, Héctor. *Formación y Perspectiva del Estado Mexicano*. El Colegio Nacional- UNAM, México, 2010

FERRER MC-GREGOR, E.; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A.

2008 La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del

derecho". Tomo II Tribunales Constitucionales y Democracia. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Marcial Pons.

FERRERO REBAGLIATTI, Raúl.

2005 *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional General y Comparado*. Editorial Grijley. Lima

FIGUEROA GUTARRA, Edwin

2017 "Tribunal constitucional y self restraint.". En *Retos del Constitucionalismo del Siglo XXI* - Ponencias del XI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Adrus, pag. 615-644

FIX- ZAMUDIO, Héctor

1996. "Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo". En *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*. Volumen I. Ricardo Combellas (Coordinador). Caracas: COPRE-CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung- Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

2005. "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional" En: Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador) *Interpretación Constitucional*. Tomo I. Editorial Porrúa, Mexico

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1988. "*El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales*". Fundación Friedrich Naumann. Enfoques peruanos temas latinoamericanos N° 06: El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate. Lima, 1988.

1989. "El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú". En *Jus Et Praxis: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima*. Número 13. Lima.

2004. "Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales", en: *Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de*

julio de 2004.

2005. “La interpretación constitucional como problema”. En: Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador) *Interpretación Constitucional*. Tomo I. Editorial Porrúa, Mexico

GARCIA TOMA, Víctor

2005. “*Teoría del Estado y Derecho Constitucional*”. Editorial Palestra S.A. Lima

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.

2001. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera edición. Madrid: Civitas.

- 2014 “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: Posibilidades y Perspectivas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, número 100. Consulta: 04 de diciembre del 2018.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4734799.pdf>

GASCON ABELLAN, Maria

1994. “La Justicia Constitucional: Entre legislación y jurisdicción”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Editada por Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Número 47. Mayo- Agosto de 1994. Madrid.

GOING MARTÍNEZ, Juan Manuel

2014. “La Defensa de la Constitución a través de la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional”. En Cayetano Núñez Rivero (Coordinador). España: Editorial Universitas SA.

GONZÁLES-TREVIJANO SANCHEZ, Pedro José

2000. “*El Tribunal Constitucional*”. Editorial Aranzadi S.A. Navarra

GROTE, Rainer

2005. “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria en el Sistema Alemán: Tutela contra sentencias”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto

de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Chiclayo. Consulta: 06 de noviembre del 2018

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/30.pdf>

GUASTINI, Ricardo.

2001 *“La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”*. Estudios de Teoría constitucional. UNAM. Fontamara: México

2016 *“Lecciones de Derecho Constitucional”*. Editorial Ediciones Legales E.I.R.L. Lima – Perú

KELSEN, Hans

1974. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Trad. Rolando Tamayo y Salmoran. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (Anuario Jurídico I-1974).

LANDA ARROYO, César

2000. “Justicia constitucional y political questions”. CEPC. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, 2000, N° 4.

2011. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

MANNING, John F.

2017. “Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint”. En Michigan Law Review. Volm115. Issue 6. Consultado en: 22 de marzo del 2019.

http://michiganlawreview.org/wpvcontent/uploads/2017/04/115MichLRev747_Manning.pdf

MONROY CABRA, Marco Gerardo

2002. *La interpretación constitucional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

2004. “Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Consulta: 15 de agosto de 2017.

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30192/27256>.

MONTESQUIEU

1980 “El Espíritu de las Leyes”. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos. Madrid

MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo; QUISPE ASTOQUILCA, Carlos; CHILO GUTIERREZ, Evelyn (Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales)

2016 “El Proceso Competencial en la Jurisprudencia (1996-2015)”. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima, 2016. Consulta: 10 de Marzo del 2019.

https://www.tc.gob.pe/wpcontent/uploads/2018/10/Proceso_CompetenciaI.pdf

MORA, L.

1996. “La justicia constitucional en América Latina”. En *Revista Cubana de Derecho*. N° 11. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba.

MORALES SARAIVA, Francisco

2014. “*El Tribunal Constitucional del Perú: Organización y Funcionamiento, Estado de la cuestión y propuestas de mejora*”. Fondo Editorial Academia de la Magistratura. Lima- Perú

MORENO MILLÁN, Franklyn

2002. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Bogotá: Editorial Leyer.

MURILLO DE LA CUEVA, P.

1981. “La garantía de la Constitución”. En: Departamento de Teoría del Estado y Derecho Constitucional. *Cuadernos de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Meléndez Pelayo.

NARANJO MESA, Vladimiro

2000 "Teoría Constitucional e Instituciones Políticas". Editorial Temes S.A.
Santa Fe de Bogotá Colombia

NAWIASKY Hans

1980. *Teoría General del Derecho*. Segunda edición. México: Editora Nacional.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto

2001. "Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales", en: *Jurisdicción constitucional en Colombia - La Corte Constitucional 1992-2000, realidades y perspectivas, edición de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, con el apoyo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y de la Fundación "Konrad Adenauer"*. Bogotá.

2002. "La Competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur". Ponencia presentada en el *IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina*. Florianópolis, 2002.

2004. "Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*. Número 2. México: Editorial Porrúa.

2008 "La Integración y estatuto jurídico de los magistrados de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica". En: *Estudios Constitucionales*. Año 6 N°1, 2008. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Consulta: 12 de enero del 2018.

http://www.cecuch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Laintegracion14.pdf

NUÑEZ RIVERO, Cayetano; GOIG MARTINEZ, Juan Manuel; MELLADO PRADO, Pilar; NUÑEZ MARTINEZ, María Acracia; MATIN DE LLANO, María Isabel

2012 “La Constitución Española y las fuentes del Derecho Constitucional”.
Editorial Universitas S.A. Madrid

OLANO GARCIA, Hernán Alejandro

2012 “Modulaciones en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana”. En:
Revista de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Consulta: 14
de diciembre del 2018
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14750/11899>

ORTIZ ARANGO, Mónica Lucía

2016. “El Estado Constitucional y la Objeción de Conciencia”. Tesis para optar
el grado de Magister en estudios Humanísticos. Universidad EAFIT
Departamento de Humanidades. Bogotá Colombia.
[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11610/OrtizArango
_MonicaLucia_2016.pdf?sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11610/OrtizArango_MonicaLucia_2016.pdf?sequence=2)

PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ.

2004. “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante
el Tribunal Constitucional del Perú”. En: *Memorias II encuentro de
derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia
constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004*.

PEGORANO, L.

1992. “Modelos de Justicia constitucional: desarrollo y percepción en las
nuevas democracias”. Material del curso de *Posgrado de Derecho
Constitucional*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

PÉREZ CASAVERDE, Efraín Javier.

2008. *Manual de Derecho Constitucional*. Tercera edición. Madrid: Editorial
Adrus.

PÉREZ ROYO, Javier.

2005. *Curso de Derecho Constitucional*. Sétima edición. Madrid: Editorial

Marcial Pons.

PEREZ TREMPs, Pablo

2003. “La Justicia Constitucional en la actualidad, especial referencia a América Latina”. En *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, N. 2, abril-junio 2003. Madrid- España: Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid. Consulta: 01 de marzo del 2019.
<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/11440>

POSNER, Richard

1998. “*El Análisis Económico del Derecho*”. Primera Edición en Español. Editorial Fondo de Cultura Económica. México D.F.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

RAMOS NUÑEZ, Carlos

2018. “*La letra de la Ley, Historia de las Constituciones del Perú*”. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima, Junio del 2018. Consulta: 10 de Marzo del 2019.
<https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/La-letra-de-la-ley.-Historia-de-las-constituciones-del-Peru-TC.pdf>

ROLLA, G.

2002. “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”. En: Juan Vega Gómez y Corzo Sosa. *Tribunales y Justicia constitucional*. México: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional.

RUBIO LLORENTE, F.

1998. “Tendencias actuales de la Jurisdicción constitucional en Europa.” En: F. Rubio Llorente & J. Jiménez Campo; *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

2006. "En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas". *Instituto de Defensa Legal y la Facultad y Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Consulta: 17 de octubre de 2017.
http://www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos; ROEL ALVA, Luis Andrés

2018. "Balance de las sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012". Instituto de Defensa Legal y Justicia Viva. Consulta: 19 de diciembre del 2018.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20180208_04.pdf

SAGÜES, Néstor Pedro.

- 2001 "Elementos del Derecho Constitucional". Editorial Astrea. Buenos Aires,
2009 "El Control de Convencionalidad en particular sobre las constituciones nacionales" En *La Ley*. Consulta: 19 de febrero del 2009.
<https://laley.pe/doctrinalegal>
2016 "La Constitución bajo tensión". Editorial Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos.

- 1992 "*Derecho Constitucional General*". Tomo II. Blancas Bustamante, Carlos y otros. Compiladores. Fondo Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

SIEYÉS, E.

1990. "Opinión del Abate Sieyés sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789". En: *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

SERRANO GÓMEZ, E.

1994. *Legitimidad y racionalización*. Barcelona: Anthropos – Universidad Autónoma Metropolitana.

SIMON, Helmut

1996. “La Jurisdicción Constitucional”. En Brenda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

SNYDER, Brad

2014. “The former clerks who nearly killed judicial restraint”. En V-LEX. Base de datos on line. ID. VLEX: VLEX-636160053. Consultado en: 22 de marzo del 2019.

STRAUSS, David

2011. “Originalism, conservatism, and judicial restraint”. En *Harvard Journal of Law & Public Policy* - Vol. 34 Núm. 1. En V-LEX. Base de datos on line. ID. VLEX: VLEX-636160053. Consultado en: 22 de marzo del 2019.

THE U.S. NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION 2019

2019. “La Constitución de Estados Unidos de América de 1787”. Consultado en: 10 de marzo del 2019.

<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando

2008. *La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur*. Cali: Universidad Santiago de Cali.

TORNOS MAS, Joaquin

2017. *La reforma de la Constitución, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la Ley del Parlamento Catalán 19/2017, denominada “del referéndum de autodeterminación*: Blog Personal. 02 de Noviembre del 2017. Consulta el 26 de Febrero del 2019

<http://idpbarcelona.net/la-reforma-la-constitucion-despues-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-relativa-la-ley-del-parlamento-catalan-192017-denominada-del-referendum-autodeterminacion/>

TRIBE, Laurence H; DORF, Michael C.

2010 *“Interpretando la Constitución”*. Traducido por Jimena Aliaga Gamarra. Presentada y Revisada por César Landa Arroyo. Editorial Palestra Editores SAC. Lima- Perú

TRUJILLO RINCÓN, María Antonia

1987. *La posición del Tribunal Constitucional en el sistema de los órganos supremos del Estado*. Consulta el 20 de diciembre del 2017.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=816260>

VALADES, Diego

2004 *“Problemas constitucionales del Estado de Derecho”*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

JURISPRUDENCIA:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO (Resoluciones disponibles en el web site: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/>)

2002 Expediente N° 010-2002-AI/TC. Sentencia

2004 Expediente N° 0048-2004-AI. Sentencia

2005 Expediente N° 00005-2005-CC/TC. Sentencia

2005 Expediente N° 0025-2005-PI/TC. Sentencia

2006 Pleno Jurisdiccional N° 006-2006-PC/TC. Sentencia

2008 Expediente N° 25-2008-PI/TC. Sentencia

2008 Expediente N° STC 0005-2007-PI/TC. Sentencia

2004 Expediente N° STC N°0053-2004-PI/TC. Sentencia

2004 STC N°3361-2004-AA. Sentencia

2004 Expediente N° STC N°0013-2003-AI/TC. Sentencia

2009 Expediente N° STC. N°01873-2009-PA/TC. Sentencia

2006 Expediente N° STC N° 08495-2006-PA/TC. Sentencia

2007 Expediente N° STC N° 01412-2007-PA/TC), Sentencia

2004 Expediente N° 3361-2004-AA .Sentencia
 2008 Expediente N° STC 000029-2008-PI/TC. Sentencia
 2006 Expediente N° STC 5228-2006-HC. Sentencia
 2005 Expediente N° STC 4098-2005-HC. Sentencia
 2005 Expediente N° STC 2521-2005-HC. Sentencia
 2002 Expediente N° STC 2928-2002-HC. Sentencia
 2005 Expediente N° STC 6081-2005-HC. Sentencia
 2005 Expediente N° STC 6167-2005-HC. Sentencia
 2005 Expediente N° STC N°05854-2005-PA. Sentencia
 2005 Expediente N° STC 00030-2005- AI/TC. Sentencia
 2005 Expediente N° STC N°0020-2005-PI/TC. Sentencia
 2013 Expediente N° 07009-2013 -PHC/TC. Sentencia
 2013 Expediente N Exp. 02053-2013-PA/TC. Sentencia
 2013 Expediente STC N°008-2011-PI/TC. Sentencia
 2005 Expediente N° 5854-2005- PA/TC. Sentencia
 2011 Expediente N° ° 01969–2011–PHC/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 03173-2008-PHC/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC. N° 0002-2008-PI/TC. Sentencia
 2019 Expediente N° STC N° 00218-2019-PHC/TC. Sentencia
 2009 Expediente N° STC N° 5350-2009-PHC-TC. Sentencia
 2009 Expediente N° STC N°01680-2009-HC/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 01317-2008-PHC/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 02364-2008-PHC/TC. Sentencia
 2007 Expediente N° STC N° 02210-2007.PA/TC. Sentencia
 2007 Expediente N°STC N° 0003-2007-PCC/TC. Sentencia
 2007 Expediente N° 006-2006-CC/TC. Sentencia
 2009 Expediente N° STC N° 03116-2009-AA/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 2386-2008-PA. Sentencia
 2009 Expediente N°STC N° 00228-2009-PA/TC. Sentencia
 2010 Expediente N° STC N° 03569-2010-AA/TC. Sentencia
 2012 Expediente N° STC N° 04617-2012-PA/TC. Sentencia
 2012 Expediente N° 037-2012-PA/TC. Sentencia
 2012 Expediente N° 0001-2012-PI/TC. Sentencia

2009 Expediente N° STC N° 3509-2009-PHC/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 04197-2008-PA/TC. Sentencia
 2016 Expediente N° STC N° 02053-2013-PA/TC. Sentencia
 2017 Expediente N° STC Exp. N° 006-2017-PI/TC. Sentencia
 2007 Expediente N°STC N°04053-2007-HC/TC. Sentencia
 2018 Expediente N°STC N° 001-2018-PI/TC. Sentencia
 2018 Expediente N°STC N 04780-2017-PHC/TC. Sentencia
 2012 Expediente N° STC N°03681-2012-PHC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 06079-2008-PHC/TC. Sentencia
 2008 Expediente N°STC 0476-2008-PHC/TC. Sentencia
 2009 Expediente N° STC 03633-2009-HC. Sentencia
 2010 Expediente N°RTC 1404-2010-PHC/TC. Sentencia
 2010 Expediente N°RTC 4207-2010-PHC/TC. Sentencia
 2011 Expediente N° STC 0569-2011-PHC/TC. Sentencia
 2011 Expediente N°RTC 0709-2011-PHC/TC. Sentencia
 2011 Expediente N° RTC 0561-2011-PHC/TC. Sentencia
 2009 Expediente N° STC N° 00004-2009-PA/TC. Sentencia:
 2009 Expediente N° STC. N° 00001-2009-PI/TC. Sentencia
 2009 Expediente N° STC. N° 03347-2009-PA/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 00055-2008-AA/TC. Sentencia
 2009 Expediente N° STC N° 02005-2009-AA/TC. Sentencia
 2010 Expediente N° STC N° 00002-2010-PI/TC. Sentencia
 2010 Expediente N° STC. N°01873-2009-PA/TC. Sentencia
 2008 Expediente N° STC N° 06316-2008-PA/TC. Sentencia
 2012 Expediente N° STC N°0001- 2012-PI. Sentencia
 2007 Expediente N° STC 0001-2007-PCC/TC. Sentencia
 2007 Expediente N° STC 0002-2007- PCC/TC. Sentencia
 2003 Expediente N° STC 0011-2003-CC/TC. Sentencia
 2003 Expediente N° STC Exp. N°014-2003-AI/TC. Sentencia
 2004 Expediente N 4677-2004-PA/TC. Sentencia
 2009 Expediente N 03116-2009-PA/TC. Sentencia
 2011 Expediente N 00051-2011-PA/TC. Sentencia:
 2002 Expediente N STC N° 014-2002-AI/TC. Sentencia: