



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”



ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO

**“EL CONTROL CONSTITUCIONAL PREVENTIVO DE LAS
LEYES EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y
GOBERNABILIDAD**

AUTOR

Abog. SANTA CRUZ RODRÍGUEZ Jhimmy Yamir

ASESOR

Dr. HERNÁNDEZ CANELO Rafael

LAMBAYEQUE-PERU

2018

**“EL CONTROL CONSTITUCIONAL PREVENTIVO
DE LAS LEYES EN EL SISTEMA JURÍDICO
PERUANO”**

Santa Cruz Rodríguez Jhimmy Yamir

Autor

Dr. Hernández Canelo Rafael

Asesor

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional “Pedro Ruiz Gallo” para optar el Grado de: Maestro en Derecho con Mención en Constitucional y Gobernabilidad

APROBADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. Víctor Anacleto Guerrero

SECRETARIO DEL JURADO

M.Sc. Mariano Larrea Chucas

VOCAL DEL JURADO

M.Sc. Carlos Manuel Cevallos De Barrenechea

ENERO 2018

DEDICATORIA

*Con amor y respeto a mis padres Hilario y María razón de mi
existencia y a mis hermanos Juan Carlos, Gloria Marleni y Rocío
del Pilar parte de mis vivencias y aspiraciones*

*A mi esposa Evelyn Del Carmen por estar siempre a mi lado
A mis Hijos María Valentina y Liam Gharet que alegran mi vida
y mi mayor motivo para seguir adelante*

AGRADECIMIENTO

A Dios todo poderoso por otorgarme los conocimientos necesarios para darle mayor cientificidad a los resultados de la presente investigación y a los docentes de la Escuela de Post Grado, en especial de la Maestría en Derecho con Mención Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

ÍNDICE

CARATULA PRELIMINAR	1
HOJA DE FIRMAS	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
ÍNDICE	5
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	13
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	13
1.2. Planteamiento de problema	16
1.3. Formulación del problema	22
1.4. Sistematización del problema	22
1.5. Justificación	23
1.6. Objetivos	25
1.6.1. Objetivo General	25
1.6.2. Objetivos Específicos	25
II. HIPÓTESIS	26
2.1. Hipótesis General	26
2.2. Variables	26
2.2.1. Determinación de variables	26
2.2.2. Definición conceptual de las variables	26
2.2.3. Definición operacional de las variables	27
2.2.4. Operacionalización de variables	28
III. MARCO METODOLÓGICO	30
3.1. Tipo de Investigación	30
3.2. Diseño de investigación	31
3.3. Población y muestra	31
3.3.1. Población	31

3.3.2. Muestra	32
3.4. Materiales	32
3.5. Servicios	32
3.6. Potencial humano del Distrito Judicial Lambayeque	32
3.7. Métodos	32
3.8. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	35
3.8.1. De Gabinete	35
3.8.2. De campo	35

CAPÍTULO II

TEORÍAS Y MODELOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

IV. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	36
4.1. Internacionales	36
4.2. Nacionales	38
V. BASE TEÓRICA	40
5.1. Escuela Constitucionalista	40
5.1.1. Teoría Garantista	43
5.1.2. Teoría principalista	46
5.2. Modelos de control constitucional	48
5.2.1. Modelo de control difuso	48
5.2.2. Modelo de control constitucional concentrado	53

CAPÍTULO III

SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

VI. MODELO CLÁSICO DE CONTROL PREVENTIVO	59
6.1. El control previo de la constitucionalidad de las leyes	59
6.1.1. Tipos de control previo	61
6.1.2. Sistema de control preventivo francés	62
6.1.3. Sistema de control preventivo chileno	63
VII. MODELO CLÁSICO DE CONTROL REPARADOR	64
7.1. El sistema de control Constitucional reparador	64
7.2. El sistema de control constitucional reparador en el Perú	65
7.2.1. Control del Tribunal Constitucional al poder Ejecutivo	70
7.2.2. Control del TC al poder Judicial	73
7.3. Control Constitucional reparador español	74
7.4. Sistema de control argentino	76

CAPÍTULO IV

CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

VIII.	CONTROLES CONSTITUCIONALES	80
8.1.	El control constitucional	80
8.2.	Clasificación del control constitucional	81

CAPÍTULO V

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

IX.	LA CONSTITUCIONALIDAD	88
9.1.	Del estado de derecho al estado constitucional de derecho	88
9.2.	La Constitución como norma fundamental	91
	9.2.1. Principio de la supremacía de la Constitución	93
9.3.	Constitucionalidad de las leyes en el Perú	95
	9.3.1. Plano Nacional	95

CAPÍTULO VI

ASPECTOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

X.	LA CONSTITUCIONALIDAD	99
10.1.	La constitucionalidad de las leyes	99
	10.1.1. Etapas del constitucionalismo	100
	10.1.2. Requisitos	102
10.2.	Recurso de inconstitucionalidad	103
	10.2.1. Legitimación	103
	10.2.2. Plazo	104
	10.2.3. Procedimiento	104
	10.2.4. Efectos	104
10.3.	La cuestión de inconstitucionalidad	105
	10.3.1. Órgano competente	106
	10.3.2. Objeto de la cuestión	106
	10.3.3. Tramitación	107
10.4.	La autocuestión de inconstitucionalidad	111
10.5.	Sentencia Constitucional	113
	10.5.1. Principios de la corte constitucional	113
	10.5.2. Tipos de la sentencia de la Corte Constitucional	114
10.6.	Tribunal Constitucional	123

CAPÍTULO VII

LAS LEYES EN EL PERÚ Y SUS GARANTÍAS

XI. FORMACIÓN DE LAS LEYES EN EL PERÚ	128
11.1. Formación de las leyes en el Perú	128
11.1.1. La iniciativa parlamentaria	128
11.1.2. La discusión y aprobación	132
11.1.3. El sancionamiento	135
11.1.4. La promulgación y la publicación	135
11.1.5. La publicación	138
XII. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	140
12.1. Garantías y procesos Constitucionales	140
12.2. Garantías constitucionales en el Perú	141
12.2.1. Antecedentes de las garantías Constitucionales	141
12.2.2. Las garantías constitucionales	142

CAPÍTULO VIII

TRABAJO DE CAMPO

XIII. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD	152
13.1. Sentencias a expedientes de inconstitucionalidad	152
13.2. Análisis e interpretación de los fallos expuestos	179
13.3. Discusión de los resultados	190
13.4. Debate acerca del sistema de control previo o control reparador de la constitucionalidad	191
13.5. Propuesta del Sistema de Control Constitucional Preventivo	196
CONCLUSIONES	199
RECOMENDACIONES	202
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	204
ANEXOS	210

RESUMEN

La presente investigación explica la necesidad de cambio del sistema de Control Constitucional Reparador a un sistema de Control Constitucional Preventivo para una efectiva primacía de la Constitucionalidad y correcta protección de los derechos fundamentales; argumentos que se expresan producto de la observación, el análisis, la comparación y reflexión de los casos y cosas juzgadas por parte del Tribunal Constitucional que aplica el sistema de Control Reparador y tiene una amplia agenda para atender la demanda de inconstitucionalidad por los ciudadanos o funcionarios de los órganos del Estado facultados constitucionalmente para hacerlo; proceso de Constitucionalidad que puede ser mejorado si el Tribunal Constitucional cumple su rol regulando la aplicación del sistema de Control Preventivo, mecanismo que sirve como filtro antelado para que se juzgue la Constitucionalidad democrática de las normas con rango de ley y se evite, con ello las consecuencias de pérdida de tiempo, economía y productividad de los ciudadanos y de los funcionarios de los órganos del Estado. En la investigación se encuentran los fundamentos pertinentes, considerando para ello, la clasificación de las formas de control constitucional que existen dentro del sistema mundial, en este caso el control preventivo, dirigido a controlar previamente las normas antes de su publicación.

PALABRAS CLAVE

Control Constitucional – modelo – sistema jurídico – Control previo – Control Reparador – Tribunal Constitucional – normas – ley – Constitución – eficiencia – efectividad – garantía – derechos – promulgación

ABSTRACT

This research explains the need to change from the system of Constitutional Repair to a system of Preventive Constitutional Control for an effective primacy of Constitutionality and proper protection of fundamental rights; Arguments that are expressed as a result of the observation, analysis, comparison and reflection of cases and things judged by the Constitutional Court that applies the system of Reparatory Control and has a broad agenda to meet the demand for unconstitutionality by citizens or officials Of the organs of the State empowered constitutionally to do so; Constitutionality process that can be improved if the Constitutional Court fulfills its role by regulating the application of the Preventive Control system, a mechanism that serves as a pre-filter to judge the democratic constitutionality of norms with the rank of law and avoid, with it Consequences of loss of time, economy and productivity of citizens and officials of State organs. In the investigation, the pertinent foundations are found, considering for this, the classification of the forms of constitutional control that exist within the world system, in this case the preventive control, directed to control previously the norms before their publication.

KEYWORDS

Constitutional control - model - legal system - Prior control - Reparatory control - Constitutional Court - rules - law - Constitution - efficiency - effectiveness - guarantee - rights -

INTRODUCCIÓN

La convivencia justa, pacífica y democrática es posible en función al ordenamiento jurídico, el respeto irrestricto al derecho constitucional que se traducen en la administración fluida y eficiente de la justicia; en este accionar cumple un rol preponderante el Tribunal Constitucional como órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Lograr este ideal, implica un proceso cada vez con mayor concreción porque las experiencias suman dialécticamente las mejores alternativas para que los ciudadanos y el sistema de organización de nuestro país encuentre mejores vías y posibilidades para desarrollarse como ciudadanos y como país; en este aspecto, la presente investigación busca los argumentos y razones para explicar la necesidad de cambio del sistema de Control Constitucional Reparador a un sistema de Control Constitucional Preventivo para una efectiva primacía de la Constitucionalidad y correcta protección de los derechos fundamentales, objetivo que es pertinente tenerlo en cuenta porque dará mayor funcionalidad al Tribunal Constitucional.

Se argumenta en el estudio de esta investigación, metodológicamente basada en los sustentos de la investigación de tipo descriptiva explicativa hermenéutica documental que, el sistema de control concentrado preventivo no da responsabilidad para que el Tribunal Constitucional vele por el principio de la Constitucionalidad, la Normatividad y el respeto oportuno de los derechos fundamentales de los ciudadanos e instituciones; este máximo organismo solo puede actuar a solicitud de la demanda de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, por parte de los ciudadanos organizados y de los funcionarios del Estado, como se lee en el art. 203 de la Constitución Política de 1993. Esto significa que actúa después que una ley ya está en vigencia y por tanto, generando rigor social a pesar que puede ser inconstitucional, por lo que es pertinente el análisis y la propuesta del Sistema de control Constitucional Preventivo que daría oportunidad para que el Tribunal Constitucional actúe, cuando ha pasado las necesarias legislaturas y ya se encuentra en proyecto de ley y necesita el filtro del control constitucional oportuno y eficiente por parte del Tribunal Constitucional. Acción que evitaría la creación de leyes, que por

cierto son abundantes y muchas de ellas, aun siendo inconstitucionales rigen en el país y otras que al ser denunciadas su trámite y fallo demora generando disminución en la productividad, pérdida de tiempo en los ciudadanos y funcionarios que se ven obligados a movilizar sus energías, tiempo y economía para interponer las demandas de inconstitucionalidad y luego una larga espera para la sentencia que, en resumidas cuentas es el Estado quien pierde.

Los resultados de la presente investigación se estructuran en VIII capítulos, los cuales de manera organizada en el primer capítulo se presentan dialécticamente los aspectos metodológicos que se inicia en la descripción, planteamiento y formulación del problema, el tratamiento y operación hipotética de las variables y el marco metodológico para la intervención en la realidad; en el segundo capítulo se sustenta las bases teóricas científicas relacionado con las variables de estudio; en el tercer capítulo y cuarto capítulo se realiza el estudio de los sistemas de control constitucional y los aportes comparativos con otros Estados; el quinto y sexto capítulo esbozan los principales estudios y aportes relacionado con la constitucionalidad y el rol del Tribunal Constitucional en el Perú; el séptimo capítulo se dedica al estudio de las leyes en el Perú y las garantías Constitucionales y el octavo capítulo se exponen los resultados, como producto del trabajo de campo, los argumentos y propuesta para el cambio de Sistema de Control Constitucional Reparador por el Sistema de Control Constitucional Preventivo.

El sistema Jurídico Peruano del siglo XXI, se caracteriza por tratar de estar inmerso en un Estado Constitucional de derecho y de los parámetros de un Estado de derecho, dejando de lado el Estado legal propio del siglo XIX y hasta fines del siglo XX, con lo cual está apuntando a dar una mejor protección y garantía a los Derechos Fundamentales y Constitucionales, en aras de este ideal se deja constancia de los aportes de la presente investigación para su análisis, valoración y mejoras pertinentes que, al fin y al cabo, sumen positivamente para ir en pro de la mejora de la administración de justicia en nuestro país.

El autor

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. Realidad problemática

El reconocimiento de los derechos sociales, como derechos exigibles, se explica a partir de la comprensión del cambio de paradigma que se sustenta en la teoría general del Derecho que abarca el desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, los más abstractos, los cuales son igualmente utilizables en todas las ramas del derecho y su significación lógica y sistemática permanece invariable con independencia del contenido concreto al que sean aplicados, en la mayoría de los ordenamientos de la tradición jurídica occidental del siglo XX. Prieto (2013)¹, analiza que “El constitucionalismo o neo constitucionalismo, como algunos prefieren llamarlo es una doctrina justificadora de este nuevo modelo de organización política llamado Estado Constitucional de Derecho”; de aquí parte una nueva concepción sobre los derechos fundamentales, el rol de la Constitución en el ordenamiento jurídico y la justificación entera del sistema democrático; por tanto el Estado constitucional se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley y las sentencias, garantizados a través del control de constitucionalidad y el rol activo y creativo de los jueces. El Estado peruano considera su base jurídica a partir de la Constitución, pero los mecanismos de control de las normas con rango de Ley, muchas veces se declaran inconstitucionales, cuando los ciudadanos denuncian haber sido objeto de coactar sus derechos; porque el proceso de control es reparador, es decir que, el Tribunal Constitucional actúa, a partir de un acto jurídico sucedido y que está

¹ Prieto Sanchís Luis (2013). El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica. Pág. 1.

generando daño en las personas, siendo posible un filtro a las normas con rango de Ley antes de su promulgación y publicación.

Castillo (S.a.)², considera que “el nacimiento de la justicia constitucional, se produce en 1803 con la famosa sentencia en el caso “Marbury vs. Madison” dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuyo ponente fue el Magistrado John Marshall, en la cual inaplicó una ley de Congreso (sección décima tercera de la Ley de 1789) que organizaba el Poder Judicial por oponerse a la Constitución”.

La sentencia de “Marbury vs. Madison”, permite analizar que si la Constitución posee jerarquía controla cualquier acto legislativo o es que la legislatura puede alterar la Constitución. No puede existir término central o la Constitución es una ley suprema, inmodificable o puede ser modificada cuando la legislatura desee. Si la primera opción se considera entonces una ley contraria a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones no tienen mucho sentido de ser; porque las Constituciones son consideradas como fundamento de la ley suprema de la nación.

“En el estado constitucional, la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder” (Ávila 2009 p.178). Todo esto otorga a la Constitución ser la rectora del sistema jurídico y, por tanto en la Constitución se crean los procesos para el control y protección de los derechos fundamentales, los órganos que integran los procedimientos y la garantía de los derechos, como fin del Estado para la elaboración y aprobación de las leyes. En el Perú se necesita de una mayor participación del Tribunal Constitucional para el cumplimiento de la Constitución y son los únicos llamados a cumplir este rol, en base a procedimientos claros y oportunos para sancionar inconstitucionalidad.

² Los modelos de control de constitucionalidad en el sistema peruano de justicia constitucional. pág. 6.

Prieto (2013)³, el Estado Constitucional de Derecho considera la convergencia de dos vertientes del constitucionalismo; por un lado, la garantista, cuya idea base es la fuerza normativa de la Constitución y la garantía jurisdiccional (el límite del poder); y, por otro lado, la dirigente, que atribuye a la Carta Fundamental la condición de instrumento de realización de un proyecto de estado y sociedad. De ahí, que la Constitución incluya una serie de contenidos programáticos, especialmente recurrentes en los derechos sociales, que imponen deberes sustantivos a los poderes públicos de cara a garantizar el goce de estos; siendo esto así, existan distintos niveles de exigencia del Estado para la efectividad de los derechos fundamentales en general, y sociales en particular. Los cuales, debido a la falta de un control constitucional son dejados de lado, cuando se crean normas con rango de Ley para atender las diversas necesidades de organización jurídica, por lo que se necesita del rol protagónico del Tribunal Constitucional para que las leyes sean auténtica expresión de la Constitución, por ser Ley de Leyes.

El sistema Jurídico Peruano del siglo XXI, se caracteriza por tratar de estar inmerso en un Estado Constitucional de derecho y de los parámetros de un Estado de derecho, dejando de lado el Estado legal propio del siglo XIX y hasta fines del siglo XX, con lo cual está apuntando a dar una mejor protección y garantía a los Derechos Fundamentales y Constitucionales ya sea nominado o innominados (en atención al artículo 3º de la Constitución Política Peruana), así como garantizar la primacía de la Constitución; sin embargo, durante la actuación del Estado en querer desarrollar un correcto estado Constitucional, el Parlamento o el Ejecutivo, previa ley autoritaria del primero (vía decreto legislativo), elaboran y publican normas de orden jurídico con rango de ley, que muchas veces son cuestionados, por los ciudadanos en quienes recae su cumplimiento, ante el legislador

³ Prieto Sanchís Luis (2013). El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica. Pág. 306 – 309.

negativo, esto es ante el tribunal Constitucional vía proceso de inconstitucionalidad, o muchas veces frente a procesos de amparo ante el Poder judicial y en última instancia ante el Tribunal Constitucional, cuando las pretensiones se dirigen contra normas de naturaleza auto aplicativas, es decir se cuestionan y muchos casos, son declaradas fundadas y expulsadas del ordenamiento jurídico, si se trata de procesos de inconstitucionalidad ante el supremo interprete de la Constitución, o son inaplicables ante el Poder judicial y ante el mismo Tribunal Constitucional, por lo que surge esta problemática.

Las normas publicadas, la cual cobran vigencia en el sistema jurídico peruano, desde el día siguiente de la misma, no tienen un filtro de saneamiento que controle la constitucionalidad de las normas antes de su publicación, y así no puedan causar violaciones y transgresiones no solo a la Constitución, sino también a un Estado Constitucional de Derecho que se proclama el Estado Peruano.

En un Estado Constitucional de Derecho, como el que adopta y apunta la Constitución Peruana y sustentado en las reiteradas jurisprudencias del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, necesita mecanismos para adoptar un nuevo sistema de control constitucional de las normas con rango de ley, del Sistema Jurídico Peruano, y que este control debe efectivizar en esencia los Derechos Fundamentales que se garantizan en la Carta Magna, los mismos que bajo ninguna forma se debe relativizar y mucho menos desaparecer, como a veces sucede, en este sistema de control posterior que adopta el sistema peruano en la actualidad.

1.2. Planteamiento de problema

La Constitución configura y ordena los poderes del Estado, por ella contruidos; además establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en

beneficio de la sociedad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto por los diversos órganos del poder y por la propia Constitución.

En sí la Constitución no solo es la primera norma, también la que se encarga del ordenamiento jurídico, la norma fundamental, *lex superior*, por varias razones, **primero**, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, siendo así la ley será válida o un Reglamento Vinculante, porque es la primera de las normas de producción, la fuente de las fuentes; **segundo**, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema que en ella se basa, tiene pretensión de permanencia o duración que asegura superioridad sobre las normas ordinarias, limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido; siendo esto así, se colige que a efectos de realizar un buen y correcto Estado Constitucional de Derecho, es necesario que exista un control Constitucional, desarrollada por la propia Constitución. De esta manera se puede evitar la inconstitucionalidad de normas, con rango de Ley que puede afectar los derechos fundamentales de las personas y recién se revise en el Tribunal Constitucional que ciertas normas están en contra de los principios legales que sustenta La Ley de Leyes.

Como lo indica Domínguez⁴ “el caso, en su momento de la ley N° 26592 (Abril 1996) que modifica la ley N° 26300 (Mayo 3,1994) Ley de los derechos de Participación y Control Ciudadano, norma inconstitucional que recortó el derecho constitucional y fundamental

⁴ Domínguez Haro, Helder; “El Derecho a la Democracia- Repensando un modelo societario constitucional”; editora Jurídica Grijley E.I.R.L año 2008-Lima Perú.266-268.

de la participación ciudadana en la vida política de la nación, por cuanto desvirtuó, desde el punto de vista jurídico y técnico, la esencia de la democracia participativa, al crearse una desdeñable intermediación congresal al exigir como requisito para la realización del Referéndum contar con el voto aprobatorio de no menos 2/5 de los votos del número legal de los miembros del congreso, esto es 48 congresistas. Tuvo que esperar que entre en vigencia y sea declarada inconstitucional en el Expediente N° 003-96-I/TC (fecha de publicación 25 de diciembre 1996), de haber existido el control preventivo se hubiera eliminado antes de su vigencia por ser una ley manifiestamente inconstitucional o por colisionar abruptamente con la Constitución”.

Como es de advertirse de la reiterada jurisprudencia emitida por el tribunal Constitucional Peruano, son muchos los casos por las cuales mediante los procesos de inconstitucionalidad han sido expulsados de nuestro ordenamiento jurídico no solamente normas vigente durante su controversia, sino también normas que han sido objeto de derogación, pero que sin embargo sus efectos han resultados incompatibles con el orden constitucional, tal como lo demuestra la sentencia recaída en el expediente N° 019-2005-PI/TC, y otros.

El control de constitucionalidad tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es que la Constitución es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de valor inferior, entendiéndose por tales a las leyes dictadas por el parlamento, los decretos y demás resoluciones dados por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas y las sentencias y demás resoluciones de los jueces. Es absolutamente necesario para que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional procedimientos que validen o evalúen el dictado de las normas con rango de Ley antes de su publicación que, en el caso peruano se considera después de haberse aprobado y publicado, en especial, cuando los ciudadanos, organizaciones o

instituciones demandan inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley.

En nuestro país se carece de procedimientos para la promulgación de las Leyes, previa revisión por parte del Tribunal Constitucional, para que la vigencia de una norma con rango de Ley, sea garantizada, mediante procedimientos que confronten normas, actos, disposiciones con la Constitución, ante la presencia de conflictos entre ellos que vulneren la Constitución, los cuales, podrán ser declarados inconstitucionales, cuando se somete al “control de la supremacía” y las normas y los actos infractores de la Constitución se declaran inconstitucionales; pero ha generado la violación de los derechos Constitucionales de los ciudadanos y afecta el desarrollo normal de las actividades de la población, expresado en la pérdida de la productividad, del cumplimiento de funciones públicas y privadas y, en el caso del Estado la pérdida económica para solventar funciones de los administradores de la justicia por casos que pueden prevenirse.

La doctrina de la supremacía, forja de inmediato el control Constitucional, como mecanismo que confrontando normas y actos con la Constitución, verifica si están o no de acuerdo con ella y en caso de no estarlo los declara inconstitucionales; pero por las situaciones expuestas anteriormente, en el caso del control de nuestro sistema jurídico, poca relevancia tiene este principio porque no se planifica una magistratura Constitucional que opere como órgano de control y procesos constitucionales para que se haga efectiva la superioridad de la Constitución y se evite la promulgación de Leyes con Rango de Ley, que infrinjan, normas y actos de los poderes constituidos.

Considerando la clasificación de las formas de control constitucional que existen dentro del sistema mundial, se considera la existencia de un control preventivo, dirigido a controlar previamente las normas antes de su publicación, y un control reparador, él mismo que está

dirigido a realizar un control posterior a la entrada en vigencia de las mismas, forma que adopta el Sistema Peruano; pero no es un control posterior puro, sino pasa por ser un control dual, es decir que se controla las normas ya sea a través de un proceso de inconstitucional ante el tribunal Constitucional, el mismo que al declarar fundado expulsa la norma cuestionada de nuestro ordenamiento jurídico, o también existe los otros proceso constitucionales contemplados en el Código Procesal Constitucional, contenido en la ley 28237, vigente desde diciembre del 2004, como son los procesos de Amparo, Corpus, Habeas Data y Cumplimiento, en donde ya sea el poder judicial o el mismo tribunal Constitucional declaran inconstitucional e inaplican la norma, no cuestionado la vigencia, esto dentro de un caso concreto y cuyos efectos es inter partes, por la tanto, como es de analizarse y advertirse el control Constitucional actual del sistema Peruano, es reparador, mecanismo que aplica el sistema norteamericano puro (judicial review, Control difuso) sino también un control Austriaco, normativo o concentrado.

El control directo, reparador, de la constitucionalidad de las leyes es represivo o control a posteriori, es decir debe estar vigente la ley para cuestionar su presunción de constitucionalidad, causando con ello el uso indiscriminado de los procesos de inconstitucionalidad que muchas veces el Tribunal Constitucional, en atención a sus facultades atribuidas por la propia Constitución y su propia ley orgánica declaran fundado los recursos y con ello expulsan las normas cuestionadas de nuestro ordenamiento jurídico, causando con ello un desequilibrio de poder cuyos contendientes resultan ser el propio tribunal constitucional versus el Parlamento y Ejecutivo, trayendo con ello la deslegitimación del gobierno con la sociedad peruana. En sí, existen no solo normas que estaban vigentes en su oportunidad en el Sistema Jurídico Peruano, que han sido expulsadas vía proceso inconstitucional, sino también los efectos de las normas derogadas que han sido necesarios cesar los mismos vía

proceso de inconstitucional, casos los primeros y los segundos son los siguientes: Expediente N° 0007-2007-PI/TC, en donde se declaró la inconstitucionalidad de la ley que modificaba el Código Procesal Constitucional y prohibía revisar en sede constitucional las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (Ley N°28642); el Expediente N° 00019-2005-AI/TC, en donde se indica, “Que la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria”; razón por la cual, se desprende que el objeto de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad es efectuar la valoración de una ley o norma con rango de ley de conformidad con la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Se trata, pues, de un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma, en la cual, debido a su propia naturaleza, no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional, sino única y exclusivamente, a cumplir la función de eficacia integradora de la unidad constitucional, sea mediante la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico o a través de la interpretación de conformidad constitucional, cuando sea el caso.

Esta acción planteada genera una función pacificadora del control constitucional que, de extenderse previamente a los proyectos de leyes o normas legales en su fase de formación, o sea antes que entren en vigencia, más todavía cuando existen distintos modos de

pre publicitarlas y así sean conocidas por los sujetos legitimados para incoar de inmediato su inconstitucionalidad, de tal suerte, que con el control previo, preventivo o a priori, llamado por la doctrina, se conseguirá la eliminación oportuna y eficiente de dichos proyectos normativos que no compatibilicen con la Constitución y se evite conflictos que generen inversión de tiempo y pérdidas económicas para la sociedad y el Estado.

1.3. Formulación del problema

¿El sistema de control constitucional preventivo influye de manera oportuna y efectiva en la Constitucionalidad de las normas con rango de Ley y con ello se garantizara la efectividad de los derechos fundamentales que proclama nuestra Constitución?

1.4. Sistematización del problema

- ¿Por qué preferir que la norma con rango de ley entre en vigencia para luego iniciar proceso de inconstitucionalidad cuando se denuncian casos?
- ¿Con el Control Constitucional reparador se garantizara la efectividad de los derechos fundamentales que proclama nuestra Constitución?
- ¿El control Constitucional Reparador actúa cuando la norma con rango de ley ya ocasiona el daño, que puede ser irreparable o colisione peligrosamente con la Constitución?
- ¿El Control Constitucional Reparador genera inseguridad jurídica y mayores consecuencias sociales y judiciales en nuestro país?
- ¿Con el control Constitucional Preventivo se eliminaría todo proyecto de norma que sea incompatible con la Constitución?
- ¿Con el Control Constitucional Preventivo se eliminaría la función del Tribunal Constitucional en declarar la inconstitucional de una norma antes de la promulgación?

- ¿El Estado Constitucional de derecho que se proclama el Perú, necesita con urgencia un cambio de control Constitucional, que garantice la efectividad de los derechos fundamentales?

1.5. Justificación

Científicamente la presente investigación realiza un estudio descriptivo explica la necesidad de cambio del sistema de Control Constitucional Reparador a un sistema de Control Constitucional Preventivo para una efectiva primacía de la Constitucionalidad y correcta protección de los derechos fundamentales en las normas con rango de Ley en el Perú; por lo que, los resultados incrementa el conocimiento de los fundamentos de actuación de la primacía de la Constitución sobre otras leyes, con la finalidad de contribuir al análisis de la actuación de los procesos de control de las normas legales que resultan más factibles, con menor carga procesal, menor uso de recursos, de potencial humano y de consecuencias en la ciudadanía quienes pueden sentir la necesidad de demandar consideración a sus derechos constitucionales por estar afectados.

Teniendo el nivel teórico de la presente investigación, los resultados de esta investigación se basa en los mecanismos para garantizar la supremacía de la Constitución del Perú, sobre los demás normas con rango de ley, cuya función cumple El Tribunal Constitucional, función que tiene una relevancia útil y práctica para la sociedad, pero es necesario que los mecanismos de participación se analicen y a través de ello, se tenga resultados teórico – analíticos y argumentativos que permitan la apertura de nuevas alternativas al sistema reparador que se utiliza en el ordenamiento constitucional Peruano, dado que existen experiencias judiciales de normas con rango de ley que han transgredido el orden Constitucional, y que como es de advertirse de la reiterada jurisprudencia emitida por el tribunal Constitucional Peruano, son muchos los casos por las cuales mediante los procesos de inconstitucionalidad han sido expulsados de

nuestro ordenamiento jurídico, no solamente normas vigente durante su controversia, sino también normas que han sido objeto de derogación; pero sus efectos han resultado incompatible con el orden Constitucional; por lo que amerita un estudio causal del mecanismo de participación reparador que realiza el Tribunal Constitucional.

Juzgando el nivel práctico de la presente investigación es posible que, a partir de los resultados que se obtenga, sean útiles porque se puede proponer, que en un Estado Constitucional de Derecho como el que adopta y apunta la Constitución Peruana, sustentado en las reiteradas jurisprudencias del máximo intérprete de la Constitución (Tribunal Constitucional), se promueva la discusión para adoptar un nuevo Sistema de Control Constitucional de las normas con rango de ley dentro del Sistema Jurídico Peruano, y que este control enfatice, en esencia los derechos fundamentales que se garantizan en la Carta Magna.

La presente investigación es pertinente porque se necesita mejorar el sistema jurídico peruano que, en este caso, el máximo intérprete de la constitución es el Tribunal Constitucional, de conformidad con la Constitución Política y de su propia Ley Orgánica, a éste órgano constitucionalmente autónomo le corresponde como **consultor vinculante** para que los proyectos de leyes aprobados por el Parlamento y el ejecutivo (cuando están autorizados) sean quien determinen qué proyecto de ley goza de constitucionalidad y cuál está en contra de la Constitución. En consecuencia el presente trabajo de investigación, se justifica y es conveniente, para que el Estado Peruano adopte un sistema de control Constitucional Preventivo y deje de lado el sistema de control constitucional reparador actual, y en la medida que el control constitucional se desarrolle ex antes de la promulgación de las normas va a permitir la eliminación oportuna y efectiva de los proyectos normativos que sean aprobados por el legislativo y el ejecutivo, cuando éste último apruebe decretos autorizados, orientando así nuestro sistema de control a una mejor

protección a los derechos fundamentales de conformidad con un Estado Constitucional de derecho. De esta manera el Tribunal Constitucional sin excepción, existe por una condición *conditio sine qua non*: nace para garantizar la supremacía de la Constitución frente a la Ley, su única razón de existir.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo General

Explicar la necesidad de cambio del sistema de Control Constitucional Reparador a un sistema de Control Constitucional Preventivo para una efectiva primacía de la Constitucionalidad y correcta protección de los derechos fundamentales en las normas con rango de Ley en el Perú – 2016.

1.6.2. Objetivos Específicos

- Determinar el nivel de efectividad de la primacía de la constitucionalidad y efectiva protección de los derechos fundamentales en las normas con rango de Ley en el Perú; mediante la aplicación del sistema de Control Constitucional Reparador.
- Analizar el efecto del sistema de Control Constitucional Reparador en la primacía de la constitucionalidad y efectiva protección de los derechos fundamentales en las normas con rango de Ley en el Perú; mediante estudio de casos.
- Describir si el sistema de control reparador evita recurrir a procesos de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley y efectiva protección de los derechos fundamentales.

- Sistematizar los resultados de la investigación; considerando los procedimientos de la investigación explicativa.
- Publicar los resultados de la investigación.

II. HIPÓTESIS

2.1. Hipótesis General

Si el Control Constitucional Preventivo es más eficaz con la elaboración de proyectos de normas en comparación con el sistema de control Constitucional Reparador, entonces tiene como consecuencia una efectiva primacía de la Constitucionalidad y protección de los derechos fundamentales en las normas con rango de Ley en el Perú – 2016.

2.2. Variables

2.2.1. Determinación de variables

a. Variable independiente

Sistema de control preventivo

b. Variable dependiente

Constitucionalidad de las normas con rango de ley.

2.2.2. Definición conceptual de las variables

a. Sistema de control preventivo

Ejerce la función del control Constitucional antes que la disposición legal sea aprobada y sancionada formalmente; por tanto el Tribunal Constitucional analiza y resuelve si los proyectos con rango de ley guardan concordancia con la Constitución, caso contrario son observadas y sugeridas para ser corregidas.

b. Constitucionalidad de las normas con rango de ley

Supremacía de la Constitución, en base a la cual y, en concordancia, se generan las otras normas con rango de Ley que forman parte del sistema legal del Estado peruano, tales como los Tratados, Leyes Orgánicas, Leyes Ordinarias, Resoluciones Legislativas, Reglamento del congreso y Decretos de Urgencia, mediante mecanismos expresados en la potestad del Tribunal Constitucional y los órganos supremos judiciales para la protección de la Constitucionalidad de la ley; por tanto, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan, la violación de las disposiciones constitucionales, porque la Constitución configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos y establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales.

2.2.3. Definición operacional de las variables

a. Sistema de control preventivo

Ejercicio de control Constitucional que el Tribunal Constitucional pone en práctica para asegurar que los proyectos rango de Ley estén en concordancia con la primacía de la Constitución. En tal sentido, el control entra a tallar en respuesta a acciones preventivas.

b. Constitucionalidad de la norma

Se refiere a la conformidad de las normas con rango de ley a la estructura orgánica del Estado y a los derechos fundamentales que se establecen en la Constitución; por tanto, califica la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, el conflicto de las leyes y su vigor práctico, en base al modelo concentrado quien se encarga de ello, mientras que los jueces hacen un control difuso de la Constitucionalidad en el Perú.

2.2.4. Operacionalización de variables

Variable	Dimensión	Indicador	Índice	Instrumento
VI Sistema de control preventivo	Actuación del Tribunal Constitucional	Procedimiento reparador del Tribunal Constitucional	Actúa antes de la promulgación y publicación de una norma con rango de ley	Observación
			Actúa a partir de un proyecto de ley	Análisis de leyes declaradas inconstitucionales
			Proceso cuando la norma con rango de ley ya está en proyecto y no está causando daño	
	Rol del Tribunal Constitucional	Mayor y oportuna participación del Tribunal Constitucional	Al momento de propuesta de la norma con rango de Ley	Observación
			Saneamiento del control de la constitucionalidad antes de la promulgación y publicación de las normas con rango de Ley	Análisis de leyes declaradas inconstitucionales
			Solo cuando se presentan denuncias de inconstitucionalidad	
	Efectividad del sistema de control preventivo	Garantiza el Estado Constitucional de Derecho	Confiabilidad de las leyes con rango de ley	Observación
		Es eficiente	Se percibe garantía de los derechos fundamentales	Análisis de leyes declaradas inconstitucionales
			Permite que un acto legislativo altere la primacía de la Constitución	
			Atiende oportunamente los casos de inconstitucionalidad	Observación
				Análisis de leyes declaradas

			<p>Permite rol protagonista activo y creativo del Tribunal Constitucional para que no se promulgue una norma con rango de ley que luego no constituye derecho</p> <p>Permite mejor protección y garantía de los derechos fundamentales y constitucionales</p>	inconstitucionales
	Ejercicio de autoridad y estructura de poder	Acción oportuna	<p>Exceso de sentencias frecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley</p> <p>Casos de coacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos</p> <p>Provee procedimientos claros y oportunos para sancionar la inconstitucionalidad</p>	<p>Observación</p> <p>Análisis de leyes declaradas inconstitucionales</p>
VD Constitucionalidad de las normas con rango de ley	Garantía de la Constitucionalidad de las normas con rango de ley	Primacía de la Constitución	<p>Las leyes con rango de ley no contradicen a la Constitución</p> <p>Permite el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución</p> <p>El sistema reparador garantiza que las leyes desde su origen no atenten a la ley suprema de la nación</p>	<p>Observación</p> <p>Análisis de leyes declaradas inconstitucionales</p>

		Efectiva protección de los derechos fundamentales	Garantía del sistema democrático Necesita de otro mecanismo para el control constitucional de las normas con rango de ley	Observación Análisis de leyes declaradas inconstitucionales
	Acción oportuna del sistema preventivo	Actúa oportunamente ante la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley	Evita recurrir a procesos de inconstitucionalidad Facilita oportunamente que las normas con rango de ley estén sometidas a las normas con rango de ley Frecuencia de las normas con rango de ley expulsados del ordenamiento jurídico antes que genere daño de los derechos fundamentales	Observación Análisis de leyes declaradas inconstitucionales

III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de Investigación

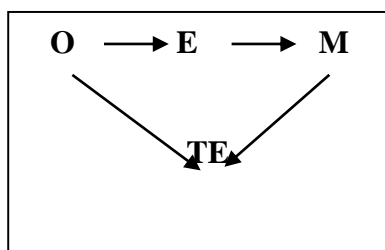
Corresponde a la investigación descriptiva – explicativa, considerando el manejo causal descriptivo de los resultados de la variable independiente y de la variable dependiente corresponde a la investigación sustantiva básica, nivel explicativo; porque se analiza y fundamenta si el procedimiento del Control Constitucional Preventivo es oportuno para orientar la elaboración de normas jurídicas con rango de ley que no se contradiga con el principio de constitucionalidad.

Es una investigación que su objeto de estudio se basa en el aspecto documental, puesto que para el desarrollo de la investigación se empleará numerosos compendios de bibliografía

especializada tanto nacional como extranjera; además de las sentencias del Tribunal Constitucional durante los años 2008 – 2014.

3.2. Diseño de investigación

La investigación demuestra si el Control Constitucional Preventivo es más eficaz con la elaboración de proyectos de normas en comparación con el sistema de control Constitucional Reparador; por tanto, la investigación pretende demostrar la interrelación causa-efecto entre la efectividad del sistema de control reparador, en comparación con el control preventivo para un efectivo proceso de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú.



Donde:

- O** —————> Observación descriptiva, explicativa
- E** —————> Interrelación de variables de estudios
- M** —————> Modelo de explicación causa – efecto.
- TE** —————> Resultados del grado de influencia.

3.3. Población y muestra

3.3.1. Población

La población está constituida por las sentencias de los Procesos de Inconstitucionalidad, emitidos por el Tribunal Constitucional Peruano de los últimos Ocho años (2008-2014).

3.3.2. Muestra

La población muestral está constituida por el 25% de las sentencias de los Procesos de Inconstitucionalidad, emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano, dentro de los últimos cinco años (2008 – 2014).

3.4. Materiales

- Útiles de escritorio y de oficina.
- Memoria UCB.
- Resaltador de textos.
- Equipo de cómputo.

3.5. Servicios

- Típeos.
- Fotocopias.
- Anillados.
- Internet.
- Movilidad.

3.6. Potencial humano del Distrito Judicial Lambayeque

- Encuestadores.
- Funcionarios del Tribunal Constitucional.
- Magistrados.
- Auxiliares.
- Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque.

3.7. Métodos

a. Método científico

Es el método que se encarga de establecer los procedimientos para la demostración del manejo de las

variables y de la transformación de las mismas. Método que también se aplicó en todos los procesos teóricos, operativos y prácticos en la ejecución de la investigación; para lo cual se siguió organizadamente los pasos que este método demanda, aplicado a la investigación sustantiva básica explicativa.

b. Método hermenéutico

Permite comprender significativamente los textos normativos; por lo que consiste en declarar, esclarecer y traducir a un lenguaje entendible las relaciones semánticas; para ello ha sido necesario realizar los juicios pertinentes para desprenderse de prejuicios para que la interpretación sea más cercana a la verdadera forma de entender los textos.

Arráez (2012 – p 4), considera que el uso de la hermenéutica es la de interpretar “y develar el sentido de los mensajes haciendo que su comprensión sea posible, evitando todo malentendido, favoreciendo su adecuada función normativa y la hermenéutica una disciplina de la interpretación”.

Para ello se utilizó los siguientes procedimientos:

- Lectura del texto.
- Ubicación de las ideas principales.
- Aspectos difusos.
- Aclaración semántica de los términos.
- Aclaración contextual del texto.
- Explicación clara y sencilla.

c. Método jurídico

Procedimiento que permite establecer de manera lógica los mecanismos del significado de las normas jurídicas; por lo que está orientado a la adquisición, sistematización y transmisión de conocimientos jurídicos como a la solución de conflictos interpretativos. (Ossorio 2000).

d. Método Inductivo-deductivo

Mediante el cual, partiendo de casos particulares, expresado en las muestras representativas de la investigación se llega a dar las inferencias que permitan abarcar las generalidades. Además los procedimientos inductivo – deductivo son necesarios para la formulación de la hipótesis, la operacionalización de variables e investigación de las leyes en cuestión, y las demostraciones. La inducción puede ser completa o incompleta, pero para este caso la investigación que emplearemos será la incompleta, considerando que los elementos de la investigación (Resoluciones del Tribunal Constitucional y Magistrados, Auxiliares y Abogados del Distrito Judicial de Lambayeque), no pueden ser estudiados en su totalidad, lo cual obliga a la toma de una muestra representativa, que posteriormente nos permita hacer generalizaciones.

e. Observación

Gálvez (2000), considera que es un examen atento y reflexivo sobre las cosas, objetos y fenómenos, empleando todos los sentidos; buscando y elaborando conocimientos; esto implica que, en primer lugar se perciben los hechos, los cuales, después, se expresan mediante palabras, signos u otras manifestaciones, y precisamente el fundamento de la observación científica reside en la comprobación del fenómeno que se tiene frente a la vista, con la única preocupación de evitar y prever los errores de observación que podrían alterar la percepción de un fenómeno o la correcta expresión de éste.

Esto significa formular una hipótesis a partir de una exploración empírica de las situaciones que se tratan de esclarecer.

Seguidamente, se verifican las hipótesis confrontándolas con el mayor número posible de hechos revelados por investigaciones, llegando de esta forma a un diagnóstico válido de la situación y a la elaboración de una teoría aplicable a la generalidad de los fenómenos del mismo tipo.

3.8. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.8.1. De Gabinete

Se utilizará las fichas de investigación, mediante los cuales se recopilara la información de la literatura científica (fuentes primarias, secundarias y terciarias), a efectos de estructurar el sustento teórico de la investigación.

Como instrumentos se utilizará las fichas de resumen, fichas textuales, fichas paráfrasis, fichas comentario, fichas mixtas, fichas bibliográficas, fichas hemerográficas.

3.8.2. De campo

a. Observación

Técnica de investigación primigenia que permite entrar en contacto directo con las sentencias del Tribunal Constitucional mediante la aplicación del sistema de control reparador.

Según Abril (2009), proporciona la información empírica necesaria para plantear nuevos problemas, formular hipótesis y su posterior comprobación.

Como instrumento de investigación se utilizó la guía de observación estructurada.

CAPÍTULO II

TEORÍAS Y MODELOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

IV. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

4.1. Internacionales

Bonilla (2007)⁵ “Justicia Constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado”, investigación realizada en la Universidad San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Investigación realizada con la finalidad de obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas. Concluye que “Tanto el sistema difuso como el sistema concentrado de control constitucional enarbolan y proclaman apológicamente, en la génesis de su proyección, su estudio ceñido a una sola garantía constitucional: el control de la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, actualmente ambos sistemas, amplían su campo o espectro de aplicación a otras garantías, por ejemplo en el caso de Guatemala, el amparo o la exhibición personal”.

En esta investigación orienta que el objetivo, de los modelos difuso y concentrado, apuntan al control de la constitucionalidad, cada cual tiene sus ventajas y también sus desventajas; conclusión que siguiendo el criterio previo o remedial cumplen esa función; pero un criterio puede ser más efectivo que otro, en cuanto al uso de la concreción y del tiempo.

Valenzuela (2013)⁶ en su Artículo “Derecho Constitucional”, publicado en Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXVI, núm. 2, diciembre, pp.

⁵ Bonilla Hernández Pablo Andrés (2007). Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado. PÁG. 330

⁶ Valenzuela Villalobos Williams (2013). Derecho Constitucional. Pág. 2.

305-308 Universidad Austral de Chile Valdivia, Chile. En el cual sintetiza que:

“Como último argumento que ratificaría nuestra tesis, de aplicarse el control de convencionalidad por todos los jueces domésticos (verdadero control difuso), la acción de inaplicabilidad quedaría relegada a un segundo plano, ya que en definitiva el juez ordinario al resolver un caso, donde dude sobre la convencionalidad de una norma, estaría desaplicando un precepto legal interno (verdadera inaplicabilidad encubierta), lo que distorsionaría el sistema de control concentrado, minusvalorando la misión y función que la Constitución establece para nuestro Tribunal Constitucional”.

En esta conclusión, el autor analiza la desventaja de aplicarse un modelo puro y que necesita el uso de ambos modelos, en función a las características difuso o concentrado.

López (2013)⁷. Tesis “Nuevas aproximaciones al derecho contencioso constitucional en Costa Rica: modificación al modelo actual de control de constitucionalidad”. Realizado con la finalidad de optar el grado de Licenciatura en Derecho en la Facultad de Universidad de Costa Rica. Y concluye que:

“La Sala Constitucional se encuentra inmersa dentro de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial, y su carácter endémico en nuestro ordenamiento jurídico lo hace ser el órgano especializado en el control de constitucionalidad de Costa Rica: ante éste se ventila todo el derecho contencioso constitucional; por dicha razón hablamos de la presencia de un modelo concentrado de control remedial de la constitucionalidad en nuestro país, a diferencia de los sistemas de control difuso, que permiten a los demás jueces ordinarios ser partícipes activos en dicho control, inaplicando en ciertos casos cualquier norma que se considere inconstitucional”.

⁷ Valenzuela Villalobos Williams (2013). Derecho Constitucional. Pág. 2.

Es una investigación propositiva, en la cual el autor propone que no solo el Tribunal Constitucional de Costa Rica sea el que regenta el control de la constitucionalidad; sino que también debe ser difuso, con la finalidad de tener mayor control de la constitución, desde los que tienen que aplicar las leyes.

4.2. Nacionales

Pérez y Perícola (s. a.)⁸. Tesis “Las garantías constitucionales del proceso penal en el sistema jurisdiccional de control difuso; en la que el autor concluye que:

“El sistema judicial americano, la declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene aplicación al caso concreto y obtiene por la doctrina del precedente obligatorio una extensión inesperada; al mismo tiempo que en los sistemas concentrados resulta lógico que se aplique la teoría del precedente obligatorio porque no hay diversidad de enfoques y la discusión ya fue practicada”.

Arias (2015)⁹. Tesis “El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho”. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. El autor concluye que:

“(...) siendo el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la Constitución, cuyos pronunciamientos que –al menos formalmente– son siempre constitucionales y no son objeto de control posterior de constitucionalidad; se evidencien estos graves excesos de las competencias que tiene atribuidas; todo ello por motivado por el afán de hacer prevalecer las concepciones ideológicas de sus magistrados,

⁸ Pérez Ballester Ana Clara y Perícola, María Alejandra (2010). Las garantías constitucionales del proceso penal en el sistema jurisdiccional de control difuso. Pág. 19.

⁹ Arias Koga Luis (2015). “El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho”. Pág. 122.

estén o no en armonía con los preceptos constitucionales; que como sabemos, en el caso concreto ocurrió lo segundo, ya que desconoció en primer lugar que las potestades se dan de manera explícita en la Constitución y no vía interpretativa o jurisprudencial, así como también obvió el requisito de administrar justicia, o poder de iurisdictio, que debe caracterizar al órgano encargado de controlar constitucionalmente las normas, requisito que la Administración Pública no cumple”.

Conclusión que sirve para orientar la investigación al estudio de la alternativa del criterio preventivo para el control de la Constitución porque permite el análisis e interpretación de las leyes no solo después de haberse publicado una norma con rango de ley, sino antes de su publicación.

Serna (S.a.)¹⁰ Monografía. El control difuso como método de control constitucional. El autor concluye que:

“Se debe tener en cuenta la fiscalización de la aplicación del control difuso por parte de los miembros del Tribunal Constitucional, quienes tienen la facultad y potestad de aplicar el control concentrado, para hacer un seguimiento a jueces corruptos que aprueben leyes o resoluciones inconstitucionales”.

Conclusión que es considerada de interés para los objetivos propuestos en la presente investigación porque permite adentrarse en el rol básico, en cuanto al control de la Constitucionalidad, por parte del Tribunal Constitucional, quienes son los responsables de controlar los procesos de la administración de justicia, la misma que se desarrolla, como función primigenia del Poder Judicial.

Amaro (2011)¹¹. Tesis. “La aplicación del control difuso en la administración Pública, previa aplicación de la cuestión de

¹⁰ Amaro Caldas Heral Roger (2015). La aplicación del control difuso en la administración Pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad. Pág. 135.

¹¹ Serna Miranda Julio César (S. a.) Monografía. El control difuso como método de control constitucional. Pág. 87.

Inconstitucionalidad”. Tesis para optar el título de Abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El autor concluye que:

“Respecto a la Cuestión de Inconstitucionalidad previa a la Aplicación del Control Difuso en la administración pública se advierte que: Cuando el Funcionario Público, el Tribunal Administrativo o las partes del proceso consideren que una norma con rango de Ley y que de cuya validez dependa el acto administrativo definitivo – que agote la vía administrativa – puede ser”.

Sánchez (2013)¹². Tesis. “La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional: problema y soluciones”. Realizada con la finalidad de obtener el grado de Magister en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

“La ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional es un derecho fundamental, que se vincula con los efectos de la cosa juzgada, es decir, con la sentencia que ha adquirido esta calidad. Al ser un derecho de rango constitucional, necesariamente –por la fuerza normativa de la Constitución– vincula a todos los órganos del Estado y la sociedad en general para que coadyuven en el cumplimiento del fallo”.

Es una conclusión importante porque analiza el rol supremo del Tribunal Constitucional como máximo rector de las garantías Constitucionales en el Perú y deja en claro, el rol del Tribunal Constitucional en términos netamente constitucionales.

V. BASE TEÓRICA

5.1. Escuela Constitucionalista

Prieto (2013)¹³, considera que a esta escuela también se denomina constitucionalismo de los derechos se corresponde con lo que en

¹² Serna Miranda Julio César (S. a.) Monografía. El control difuso como método de control constitucional. Pág. 87.

¹³ Sánchez Sánchez Wilson (2013). La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional: problema y soluciones. Pág. 157.

algunos círculos académicos se denomina simplemente como constitucionalismo. Y agrega que de esta gran corriente se desprenden dos teorías: el neoconstitucionalismo y el garantismo. En la discusión surgida después de la publicación de *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli estas dos teorías se han venido llamando también constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista y cita a (Ferrajoli et al 2012); mientras los principialistas ven una relación necesaria entre derecho y moral, desarrollan una teoría conflictualista de los derechos y se apoyan en una fuerte teoría de la argumentación, el garantismo, apegado al positivismo jurídico, defiende la separación entre derecho y moral y la subsunción antes que la ponderación principialista.

Lo que se desprende del pensamiento neoconstitucionalista, que los principialistas no pretenden que todo derecho constitucionalmente válido sea, por este sólo hecho, el mejor derecho o un derecho justo. Dworkin (1986), citado por Lifante (S.a.)¹⁴. Distingue entre moral social, derecho y justicia. La primera está compuesta por las opiniones que la mayoría de los miembros de una comunidad o quizás alguna élite moral dentro de la misma sostiene acerca de la justicia y otras virtudes políticas y personales, como cuestiones de convicción personal. La justicia en cambio consiste en la correcta o mejor teoría de los derechos morales y políticos. Por último, el derecho es una cuestión de cuáles supuestos derechos dan una justificación para usar o no la fuerza colectiva del Estado, por estar ellos incluidos de manera explícita o implícita en efectivas decisiones políticas del pasado. Esta apreciación sintetiza que una Ley es justa, se basa en principios; pero también se basa en la moral, en lo que es ético y bueno para la sociedad. La justicia no basta, es necesario una mirada integral, para ver la necesidad de tener en cuenta cuestiones relacionadas con la equidad y el debido proceso para que

¹⁴ Lifante Vidal Isabel (S. a.). La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de los casos. P. 1.

se tomen las mejores decisiones es necesario y oportuno el contexto concreto en la que se aplica la ley y también es necesario las competencias de los encargados de tomar las decisiones.

El neoconstitucionalismo centra sus bases en las siguientes ideas fundamentales:

- **Los poderes del estado sometido al Derecho;** garantizando de esta manera un Estado de Derecho.
- **Sumisión de la sociedad a normas de Derecho;** creadas a partir de la voluntad del propio pueblo que condicionan la convivencia en la sociedad.
- **La conversión de la soberanía;** que se basaba en el absolutismo del rey a la soberanía del cuerpo social.
- **Existencia de seguridad jurídica;** mediante el cual todos son iguales ante la Ley.
- **La obligatoriedad de un sistema que limita al poder público;** para reconocerle derechos.
- **Desarrollo político que configura la sociedad por el Estado;** dentro de los patrones constitucionales.
- **La normatividad de los derechos fundamentales;** como la delimitación de la competencia básica del Estado son componentes necesarios del Estado de Derecho.

Las características anteriores expresan, según Machicado (2005)¹⁵ la sumisión de los poderes públicos a una jurisdicción constitucional, con lo cual el Estado no es solamente un Estado legal de Derecho, sino también y esencialmente un Estado Constitucional de Derecho bien ordenado.

¹⁵ Machicado J. (2005). Constitucionalismo social. (Ver web).

5.1.1.- Teoría Garantista

Es importante considerar que el garantismo constitucionalista que se concentra en los planteamientos del Luigi Ferrajoli y su teoría garantista de la Escuela Analítica Italiana; por lo que se constituye en una especie de vía media entre el viejo positivismo de autores como Kelsen, Hart o Bobbio y las nuevas corrientes principialistas, que Ferrajoli considera una nueva expresión de iusnaturalismo, y da cuenta del cambio de paradigma que significó el auge, después de la Segunda Guerra Mundial, de constituciones con fuertes contenidos materiales garantizados por instituciones como las cortes o tribunales constitucionales, la ponderación entre principios y, de paso, la argumentación jurídica.

La Real Academia de la Lengua¹⁶, considera que la palabra garantía proviene del término “garante”, y semánticamente lo define en base a las siguientes acepciones:

- Efecto de afianzar lo estipulado.
- Fianza, prenda.
- Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.
- Seguridad o certeza que se tiene sobre algo.
- Compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería.
- Documento que garantiza este compromiso.

En síntesis la Real Academia de la Lengua, relacionado a la garantía se refiere a la seguridad y certeza que se tiene, en nuestro contexto, del ejercicio de los derechos fundamentales, para desarrollarse como persona.

¹⁶ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Edic. Vigésimo tercera.

López y Fernández (2012)¹⁷, consideran que la teoría garantista, impulsa y asegura los derechos fundamentales de las personas, en un Estado de Derecho; por tanto se concretan en las garantías procesales, como entidades diferentes a las acciones o procesos de garantía constitucional, también se distinguen de los principios procesales que establecen orientaciones acogidas por el legislador y que sirven para interpretar las normas procesales. Citan a Dalabrida (2011), quien hace referencia Juristas como James Goldschmidt, Enrico Liebman, Giuseppe Bettiol, los cuales sostenían la vinculación del proceso con la Constitución en la que se halla el fundamento racional, político y jurídico del proceso.

La base de esta teoría neoconstitucional es considerar a la Constitución, como garantista de la protección de los derechos fundamentales de las personas, para que puedan desenvolverse en las diversas esferas de la vida y haya protección de los abusos del poder. Sus declaraciones, derechos y garantías les otorgan una esfera inviolable a todas las personas.

López y Fernández (2012)¹⁸, consideran que los antecedentes del garantismo procesal datan del año 1789 con la Revolución Francesa de la edad moderna, que aporta el nuevo concepto de derecho y del proceso, este último como un método que asegura la igualdad de los litigantes, protege el derecho de defensa y como parte del mismo el derecho a alegar hechos y a probar, asegura la presencia de un juez imparcial humano.

Los tratados de derechos humanos refuerzan esa esfera de protección legal; tales como:

¹⁷ Matheaus López Carlos y Rueda Fernández Silvia Consuelo (2012). Las garantías del proceso civil en el contexto del estado constitucional de derecho. Pág. 6 y Pág. 50.

¹⁸ Matheaus López Carlos y Rueda Fernández Silvia Consuelo (2012). Las garantías del proceso civil en el contexto del estado constitucional de derecho. Pág. 6 y Pág. 50.

- Principio de inocencia.
- Debido proceso y defensa.
- Derecho a no ser torturado.
- Derecho a la defensa.

Están en la Constitución para limitar la arbitrariedad y limitar las injusticias de aquellos que ejercen el poder.

Esta teoría propulsa a los Estados garantizar los mismos, derechos; pero no son absolutos y en situaciones extraordinarias son restringidos por motivos judiciales.

(Valdivia 2013)¹⁹, analiza que la teoría garantista, impulsa al juez para ir más allá del texto expresa la norma por su compromiso con su tiempo, por su lealtad a la justicia. Así se dice que es lo contrario a un juez pasivo e inerte, que no se limita sólo a ser la boca de la ley y que no se ha quedado en la prehistoria positivista; porque el estado legal de Derecho se caracteriza por el principio de legalidad; es decir, por la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado, hecha efectiva por el funcionamiento de tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la Administración estatal.

Esta disyuntiva entre activismo judicial y garantismo procesal se mantiene hasta hoy, pero lo importante es que el activismo se ha trasladado a sede constitucional, pero con argumentos garantistas.

Considerando los argumentos anteriores, la teoría garantista, fundamenta sus estudios, a partir de la concepción de teoría constitucional y a los derechos fundamentales, por lo que promueve las garantías constitucionales, denominadas procesos constitucionales, los cuales son procesos

¹⁹ Valdivia Rodríguez Carlos Manuel (2013). El neoconstitucionalismo y desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pág. 15.

constitucionales rápidos y sencillos que los estados se comprometen cumplir. Estas garantías sirven como herramientas o instrumentos para hacer efectivas los derechos fundamentales a nivel del Estado y reconocidos en los tratados internacionales y textos constitucionales, que requieren además de las garantías constitucionales, procesos rápidos y sencillos, de garantías procesales para que estos derechos fundamentales también sean protegidos y respetados en todo proceso judicial.

5.1.2.- Teoría principialista

El constitucionalismo principialista, considerado como el conjunto de planteamientos que ha desarrollado toda una teoría de los derechos y de la argumentación jurídica, alrededor del nuevo modelo constitucional, se convierte en una alternativa ante la teoría garantista.

La Real Academia de la Lengua²⁰, semánticamente considera que es un criterio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho; relacionado con el término principio, considera que es el punto de inicio, causas y origen de algo; por lo que la teoría principista sustenta, como punto de partida del derecho el vínculo de la norma con la integralidad, basado en la moral.

Prieto (2013), fija en tres las características propias del constitucionalismo principialista:

- Afirmación del vínculo necesario entre derecho y moral y la preponderancia del punto de vista interno.
- Fuerza normativa de la Constitución que la hace aplicable directamente por los jueces.

²⁰ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Edic. Vigésimo tercera.

- Visión conflictualista de las normas sustantivas de la Constitución.

Según la teoría principialista, cuestiona a la teoría garantista porque el establecimiento de constituciones dotadas de rigidez y con fuertes contenidos materiales (derechos), lleva a que se den conflictos entre normas que no pueden ser solucionados por los criterios de jerarquía. Dado que en un caso concreto, de la aplicación de diferentes principios de rango constitucional (el derecho al honor y la libertad de expresión, por ejemplo) se pueden derivar exigencias distintas y contradictorias, debe existir un mecanismo que permita solucionar dichas contradicciones. Este mecanismo es la ponderación o balance de principios.

Figueroa (S.a.)²¹ “El neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios”. Esta teoría no niega la injerencia de los valores a las soluciones interpretativas de los jueces; en efecto, la constelación plural de valores, traduce el criterio de apertura del neoconstitucionalismo al entendimiento más allá de la garantía de un estado de derecho. Las normas no son todo es necesario la valoración moral.

Figueroa (S.a.)²², la esencia de la fortaleza argumentativa de la propuesta se expresa, del mismo modo, en la ponderación de intereses cuando a través de ella, inferimos soluciones a los problemas concretos, reconociéndose el valor de derecho fundamental de cada principio en pugna. Es decir, se logra acrisolar un resultado material a la luz de los supervalores de la

²¹ Figueroa Gutarra Edwin Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿hacia nuevos horizontes en el derecho? Pág. 34.

²² Figueroa Gutarra Ob. Cit. Lock. Cit.

Constitución, luego de una confrontación que bien puede expresar, en la posición de otras teorías.

5.2. Modelos de control constitucional

Relacionado con el control de la constitucionalidad, existen dos modelos, cada cual expresa un sistema de procedimientos de acción a favor de la jerarquía de la Constitución: el difuso o norteamericano y el concentrado o austríaco, denominado también europeo.

Estos modelos constituyen la fuente de las leyes o sistema jurídico de un país.

Cabe mencionar que, el control constitucional se encarga de:

- El control judicial de la constitucionalidad de las leyes.
- Las Acciones de Defensa Constitucional, encargado de la defensa judicial de los derechos fundamentales contra los actos del poder público legislativos, judiciales y ejecutivos, denominada justicia constitucional de las libertades (Acción de Amparo y la Acción de Libertad).
- La resolución de los conflictos por competencia de los órganos públicos.

Cabe aclarar, antes de realizar un estudio más detallado que en los sistemas concentrados, al Tribunal Constitucional, generalmente se le asignan las atribuciones; pero no todas son de jurisdicción constitucional, y que en el difuso la generalidad de la actividad del Poder Judicial no es constitucional.

5.2.1. Modelo de control difuso

Modelo que considera a todos los jueces la potestad y obligación legal de aplicar las leyes acorde con la Constitución e inaplicar aquellas que son contrarias.

Rubio (S.a.)²³, considera que en el modelo difuso, considera que “el principio de Supremacía Constitucional, implica que la Constitución Política del Estado prima sobre cualquier otra norma legal (...)”.

El reconocimiento formal y éxito de este principio, lo encontramos en el Constitucionalismo moderno del siglo XVIII, en el constitucionalismo estadounidense, en base a la tradición jurídica, que tenían las colonias que luego formaron los Estados Unidos de América.

a. El origen del control difuso

El control difuso de la constitucionalidad, también llamado control judicial de la constitucionalidad de las leyes (judicial review), surge a decir de Rubio²⁴ con “el reconocimiento formal y éxito del principio de supremacía constitucional “Supremacía del Common Law”, lo encontramos en el Constitucionalismo moderno del siglo XVIII, en el constitucionalismo estadounidense, en base a la tradición jurídica, que tenían las colonias que luego formaron los Estados Unidos de América. En la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, el 24 de febrero de 1803, surgido como consecuencia vía revisión judicial en el proceso de writ of mandamus, asemejado a la Acción de Cumplimiento entre un grupo de designados jueces de paz, entre los que figuraba William Marbury Vs. James Madison, bajo la Presidencia del Chief Justice John C. Marshall. William Marbury, junto con otros colegas habían sido nombrados jueces de paz, Marbury debía ser el Juez de Paz del condado de Washington,

²³ Domínguez Haro Helder (2008). El Derecho a la Democracia- Repensando un modelo societario constitucional. Pág. 266-268.

²⁴ Domínguez Haro Helder (2008). El Derecho a la Democracia- Repensando un modelo societario constitucional. Pág. 266-268.

distrito de Columbia, al no haber recibido su designación junto a sus colegas interponen acción ante la Corte Suprema en el mismo año de 1801; a efectos que el Secretario de Estado del Presidente Jefferson, James Madison, expidiera los respectivos nombramientos. Reabierto el periodo de reuniones del Tribunal Supremo, el Juez Marshall, no obstante el interés personal que tenía en esa causa, no se inhibió, sino que usó la controversia para plantear la Teoría de la “Supremacía Constitucional”.

Castillo²⁵ “a partir del caso “Marbury vs Madison”, quedó consagrado junto con el principio de la supremacía constitucional, el reconocimiento de la facultad de los jueces comunes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes”. En la sentencia de 1803 referida al Mandamus Case en la cual afirmó que: “La Constitución es una norma suprema inmodificable por normas ordinarias, o su nivel es el de una norma legal legislativa” y, como otras leyes, es modificable cuando a la legislatura se complazca de alterarla.

Con la sentencia Marbury Vs. Madison surge el principio de la supremacía de la Constitución y se deduce que:

- La Constitución es la ley Suprema de una nación.
- Una ley es contraria cuando no se relaciona con la Constitución; por tanto no es ley.
- El Tribunal Constituyente dirime el conflicto de leyes.
- Si la ley está entra en conflicto con la Constitución el Tribunal inaplica la ley que conviene a la Constitución. Esta sentencia será de carácter vinculante (stare decisis).

²⁵ Castillo (s. a.) Ob. Cit. p. 4.

b. Características

Castillo (s. a.)²⁶, considera las siguientes características:

- **Difuso**; porque no hay ningún órgano específico ni un procedimiento para tal, pues se halla difundido entre todos los jueces del Poder Judicial.
- **Naturaleza incidental**; esto es, se origina a partir de un proceso existente en el cual se están dilucidando pretensiones o cuestiones con relevancia jurídica.
- **Efecto inter partis**; esto es, de efecto entre partes, significando ello que los efectos de la aplicación del control difuso solo afectara a las partes vinculadas en el proceso. No Erga Omnes.
- **Declaración de inaplicabilidad de la norma cuestionada**; se aplica en el caso concreto, más no la inconstitucionalidad. Por tanto, la misma ley puede ser invocada en otros procesos, en tanto no se la derogue vía un proceso o la declaración de inconstitucionalidad.

c. Confiabilidad y la honorabilidad

El modelo Americano impulsa a los jueces a dirimir de manera abierta, considera que están premunidos de potestades discrecionales, cualificados por su confiabilidad en que se le ha encargado la justicia y por otra parte, su labor a desempeñar frente a la sociedad es honorífica; siendo fundamentos ideológicos que respaldan la decisión a tomar en una controversia. Los jueces son responsables y tienen el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el common law se

²⁶ Castillo (s. a.) Ob. Cit. pág. 11.

presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de los jueces, por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del civil law que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

d. La tarea judicial

Al respecto Quiroga²⁷, considera que la justicia constitucional determinada bajo el modelo anglosajón de la judicial review; es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva:

- **Subsidiaria**; porque además de su rol principal de ser juez tiene la facultad de ser juez constitucional.
- **Residual**; porque la actividad de control constitucional, que hace el juez ordinario esta añadida a su tarea principal.
- **Subjetiva**, porque la determinación de si es o no constitucional una norma es subjetiva, de parte.

e. Bases del sistema difuso

Se organiza en base a las siguientes directrices:

- Se aplica siempre la ley de mayor jerarquía, como regla de interpretación de derecho para el juez.
- El juez juzga la inconstitucionalidad de una ley de oficio o a pedido de parte.
- La inconstitucionalidad no se puede proponer por vía de acción, ajena a un conflicto judicial, que le

²⁷ Quiroga León, Aníbal (2005). Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. pág. 25 – 26.

perjudica en el caso concreto sometido a la decisión del juez o tribunal.

- La sentencia de inconstitucionalidad de la ley tiene efectos en el caso concreto (inaplicabilidad al caso concreto), pero por el stare decisis (precedente judicial) produce efectos generales.

f. Inconvenientes del sistema difuso

Si no se considera el stare decisis, este sistema provoca ciertos inconvenientes, tal es el caso que surgen diferentes interpretaciones a la Constitución entre jueces y órganos de justicia ordinaria y administrativa; además, pese a que en un caso similar ya se declaró la inconstitucionalidad, otras personas que no quieren que se aplique este proceso exige que se promueva uno nuevo.

5.2.2. Modelo de control constitucional concentrado

Según Castillo²⁸ “El control de constitucionalidad se ha buscado a partir de la Constitución de Francia de 1946 en un tipo de control político, es decir un comité constitucional o un Consejo Constitucional que cumpla esa función con carácter muy distinto al control difuso y agrega que “Francia o Europa en general han cuestionado permanentemente el sistema americano o judicial review, con el argumento de que es un sistema conservador y que favorece el status quo”.

Este modelo, también es denominado Justicia Constitucional “ad doc” o “modelo europeo”, ideado por el austríaco Hans Kelsen que propuso un Tribunal especial para la defensa de la Constitución. El Tribunal es sumo interprete, único y con potestad a nivel nacional para expulsar una ley declarando su

²⁸ Castillo Calle Manuel Armando (s. a.). Los modelos de control de constitucionalidad en el sistema peruano de justicia constitucional. Pág. 3.

inconstitucionalidad. El efecto del fallo es erga omnes; es decir; aunque no hayan participado directamente ni indirectamente en la controversia.

a. Origen del control concentrado

Fue idea propuesta por Hans Kelsen el 21 de octubre de 1918, después de la derrota del imperio Austro Húngaro, en la Primera Guerra Mundial. Ortecho²⁹ Luego se cristaliza en una ley especial el año 1919 y se constitucionaliza en la carta fundamental de 1920. Se llevó a la praxis cuando fue llamado a integrar parte de la magistratura del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional Austríaco estaba compuesto por un presidente, un vicepresidente y un mínimo adicional de titulares suplentes con cargo a establecerse reglamentariamente, en la actualidad se trata de doce y seis respectivamente. (García 2005)³⁰.

Kelsen³¹ sintetizó sus ideas en su libro “la garantía jurisdiccional de la constitución”, expresa que “La organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas. He aquí, sin embargo, algunas consideraciones de alcance y valor generales. El número de miembros no debería ser muy elevado considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamada a pronunciarse, la jurisdicción constitucional cumple una visión puramente jurídica de interpretación de la constitución”.

²⁹ Ortecho Villena Víctor J. (s. a.). Procesos constitucionales y su Jurisdicción. Pág. 39.

³⁰ García Toma Víctor (2005), Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Pág. 54.

³¹ Hans Kelsen; La garantía jurisdiccional de la constitución. Pág. 57.

b. Las características del sistema concentrado

- **Control condensado;** es dirigido por un Tribunal colegiado especializado y autónomo; tiene el monopolio del análisis de la constitucionalidad o no de una norma.
- **Control principal;** el fallo que declara la inconstitucionalidad de una ley expulsa la ley del ordenamiento jurídico. En el proceso especial denominado acción de inconstitucionalidad, no es necesario la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial.
- **Control de eficacia general;** la demanda de inconstitucionalidad es planteada vía acción de procedimiento directo, que es resuelto en forma genérica, por ello se dice que es erga omnes.
- **Causa efecto erga omnes;** alcanza incluso a los sujetos que no hayan participado en la pretensión de inconstitucionalidad, de ello se reluce el carácter vinculante (stare decisis).
- **Condicionada;** para solicitar la inconstitucionalidad de una ley, está condicionada a ciertos límites, a tomar en cuenta respecto, a los sujetos que van a interponer la acción; también a las personas particulares, pero con determinadas restricciones.
- **Control abstracto;** el órgano especializado se encarga de analizar una norma cuestionada de inconstitucionalidad, en forma aislada e independiente de la existencia de un caso concreto que afecte intereses particulares. En este contexto, se promueve resolución de puro derecho.

c. Bases del sistema austríaco

- Los jueces ordinarios no pueden conocer la constitucionalidad de las leyes; sino una Corte Constitucional que, dentro del sistema de pesos y contrapesos, controla al poder legislativo para que respete la supremacía de la Constitución. Originalmente (1920) el control se daba solamente en la vía principal, esto es, de manera directa para plantear la inconstitucionalidad de la ley ante la Corte Constitucional. A partir de la reforma de 1929 se permite que en forma incidental dos altos órganos judiciales ordinarios planteen la cuestión de constitucionalidad: la Corte Suprema (Oberster Gerichtshof) para asuntos civiles y penales y la Corte Suprema para asuntos administrativos (Verwaltungsgerichtshof). No están legitimadas para proponer la acción de inconstitucionalidad.
- La acción de inconstitucionalidad es abstracta, ajena a todo caso concreto y, como consecuencia, no presupone ninguna sentencia judicial que impugnar.
- La sentencia que dicta la Corte Constitucional tiene efectos generales, o sea, elimina del Derecho vigente a la ley declarada inconstitucional.
- La sentencia sólo tiene efecto para el futuro, aunque posteriormente (1929) se reconoció que la ley inconstitucional no tiene aplicación al caso concreto y que la ley derogada vuelve a entrar a regir cuando así se disponga, dos situaciones que constituyen excepciones al principio de la no retroactividad.

d. Diferencias entre ambos modelos

Entre el modelo del sistema difuso y concentrado, según Castillo (S.a.)³², aprecia que “no es una posible concepción distinta de la Constitución y de su supremacía, sino más bien el tipo de garantía adoptada en el sistema constitucional para preservar dicha supremacía constitucional”.

- El sistema difuso, es descentralizado, pues conoce de la constitucionalidad cualquier juez, (sin distinción de jerarquía); en cambio, el austríaco es centralizado, pues la Corte Constitucional tiene el monopolio del conocimiento sobre la inconstitucionalidad de las leyes.
- En el sistema difuso, se conoce en forma indirecta (incidental) sobre la constitucionalidad de la ley, pues surge con ocasión del caso concreto, no considera la acción abstracta y directa; en cambio, en el austríaco se emplea la vía directa mediante acción abstracta y procedimiento especial ante la Corte Constitucional, aunque con posterioridad a la reforma de 1929 se emplea la vía incidental, pero sólo están legitimadas las dos cortes superiores y no los jueces inferiores.
- En el sistema difuso, la ley inconstitucional es absolutamente nula por oponerse a una norma superior (constitucional) y, como consecuencia, no se anula dicha ley con la sentencia, sino solamente declara la nulidad preexistente de la misma y tiene efectos retroactivos (ex tunc); en cambio en el sistema austríaco, la sentencia anula la ley que

³² Castillo Calle Manuel Armando (s. a.). Ob. Cit. Pág. 15.

hasta el momento era válida y eficaz y tiene efectos para el futuro (ex nunc) a partir de su publicación.

- En el sistema difuso, la sentencia tiene eficacia sólo en relación con el caso concreto, no obstante en Estados Unidos y sus seguidores, por el stare decisis, adquiere efectos generales; en cambio, en el austríaco la sentencia tiene efectos generales. La doctrina europea considera al sistema austríaco más completo que el difuso, pues en éste es posible que muchas leyes escapen al control constitucional.

e. Acercamiento de ambos sistemas

Rubio (1988)³³, realiza un análisis para buscar ciertas semejanzas y un acercamiento entre ambos modelos, por las razones siguientes:

- La naturaleza judicial de ambos.
- Los efectos generales de las sentencias en ambos sistemas.
- La aceptación de la vía incidental en el sistema austríaco, aunque restringida.
- El funcionamiento casi exclusivamente constitucional de la Suprema Corte Norteamericana y la orientación política de sus decisiones.
- La adopción de sistemas mixtos, en algunos países latinoamericanos del sistema austríaco y la aceptación parcial en las constituciones alemana, italiana y austríaca, en cierto sentido, se encuentran a medio camino entre el austríaco y el americano.

³³ Rubio Llorente Francisco (1988). "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho". Pág. 25.

CAPÍTULO III

SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

VI. MODELO CLÁSICO DE CONTROL PREVENTIVO

6.1. El control previo de la constitucionalidad de las leyes

Castillo (S.a.),³⁴ considera que el control a priori, previo es una técnica de control constitucional difundida en Europa y se aplica antes de la promulgación de las leyes, de la ratificación legislativa del tratado internacional o de entrar en vigencia el reglamento parlamentario; la apreciación de Castillo refleja el rol de esta técnica de realizar el proceso de control, antes de la aprobación y publicación de la ley. El control preventivo es propio de los sistemas concentrados y se ocupa de casos concretos frente a leyes vigentes, a las cuales puede declarar inconstitucionales.

Su competencia no lo faculta para pronunciarse sobre proyectos de ley, tratados o reglamentos sin actual vigencia, aunque se concibe la existencia de un control previo consultivo más o menos vinculante.

Cancino y Correa (2011)³⁵ “Como su nombre lo dice, el control preventivo de constitucionalidad de algún acto normativo se realiza ex ante de la vigencia de la norma y tiene lugar en la etapa de formación de ésta”. Es un método de control que en el Perú no se utiliza y es fundamental esta forma de control, después del debate parlamentario y se puede dar tratamiento con las diversas sentencias que se emita por el Tribunal Constitucional, a fin de que haya las correcciones pertinentes o en todo caso no se publiquen normas que pueden atentar los derechos fundamentales de las personas y la autonomía de los poderes públicos.

³⁴ Castillo Calle Manuel Armando (s. a.). Ob. Cit. Pág. 21

³⁵ Cancino Concha Felipe Hernán y Correa Angul Harold Fabián (2011). EL Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de la Ley N° 20.050. pág. 39.

En el modelo clásico del control Constitucional la visión del control de supremacía se da de manera compartida. El Tribunal ejerce el control de supremacía con alcance sólo relativamente concentrado, porque también incumbe servirlo a los Tribunales Superiores, en los recursos de habeas corpus y de protección, a la Contraloría General de la República a través del control de juridicidad de ciertos actos administrativos, y al Senado junto con la Cámara de Diputados mediante la acusación en juicio político y el rol, tanto de las comisiones, como de las salas en idéntico sentido; consiguientemente, se alude al asunto en términos de control concentrado pero compartido, porque las instituciones y órganos aludidos deben velar por la supremacía. Pero, incumbe sólo al Tribunal Constitucional dirimir, en sus sentencias, los conflictos suscitados por la interpretación y aplicación de la Carta Fundamental, en casos judiciales concretos y, después, eventualmente pronunciar la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. La última palabra, en consecuencia, la pronuncia esa Magistratura, erigiéndose así en el guardián máximo del espíritu y la integridad, el contexto y el enunciado lingüístico del Código Político.

Este tipo de control no tiene carácter jurisdiccional, sino político, por razones siguientes:

- Lo que es objeto de control no es la ley o tratado vigente y remediar su valoración, sino evitar que al entrar en vigencia se viole la Constitución y cause daño.
- Su efecto es permitir la continuación del procedimiento suspendido cuando no hay violación a la Constitución o eliminar las normas violatorias a la Constitución o declarar inconstitucional toda la ley.

El control preventivo evita la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, a través de un examen de constitucionalidad de los dispositivos legales antes de su promulgación.

Los efectos de este tipo de sentencia son vinculantes para el Congreso y el Poder Ejecutivo; por lo que la decisión impide que, posteriormente la misma ley sea cuestionada por inconstitucional.

Acuña (2014)³⁶ realiza un análisis de los países de la región cuyos Tribunales y Cortes Constitucionales ejercen competencia preventiva; en el Ecuador, cuya Constitución determina en su artículo 438, inciso 1°, que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

En el caso de Bolivia, el artículo 202 de su Constitución señala que constituye una atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional, conocer y resolver el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.

En el caso de Colombia, el artículo 241° inciso 10 de su Constitución señala que la Corte Constitucional es competente para decidir la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

6.1.1. Tipos de control previo

Acuña (2014)³⁷, los sistemas de control previo de constitucionalidad pueden ser tres:

a. El sistema único de control previo

Cuyo prototipo es el francés, un control facultativo a cargo del Consejo Constitucional, su misión controlar la constitucionalidad de las leyes orgánicas y ordinarias, de los reglamentos parlamentarios y tratados internacionales.

³⁶ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano. Pág. 135 - 136.

³⁷ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Ob. Cit. Lock cit.

b. El sistema mixto

Que combina el control preventivo y el control posterior. Entre los países que adoptan este sistema se encuentra Portugal, Costa Rica, Chile, entre otros.

c. El sistema de poco alcance

Adoptado por Italia, Austria y España. Es de poco alcance porque, como sucede en España, su Constitución no contempla ni directa ni indirectamente el control previo de constitucionales, pero sí lo hace su Ley Orgánica.

6.1.2. Sistema de control preventivo francés

El mecanismo institucional de control constitucional Francés es bien distinto al Peruano, ya que el órgano encargada de comparar las leyes con la Constitución es un órgano no judicial, el Consejo Constitucional, compuesto por nueve miembros, designados tres por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado, Renovables, también por tercios, cada tres años y no reelegibles. A esos miembros, se suman los ex presidentes de la República, el presidente del Consejo, cuya designación corresponde al Presidente de La República, tiene doble voto en caso de empate. El proceso es:

- El presidente de la República puede devolver al Parlamento un proyecto sancionado y pedir una nueva votación, la insistencia parlamentaria no requiere mayoría potenciada.
- El Segundo mecanismo, ya no exclusivo del Presidente de la República, es pedir la intervención del Consejo Constitucional, en cuyo supuesto el obstáculo que en definitiva oponga exigirá fundamento constitucional y la

correspondiente decisión del Consejo tendrá la estabilidad propia de sus pronunciamientos.

Hasta la vigencia de la ley Constitucional del 29 de octubre del 1974, que introdujo la posibilidad de que el procedimiento también fuera instado por sesenta diputados o sesenta senadores, el pedido de declaración de inconstitucionalidad era una herramienta del Poder Ejecutivo comparable en cierta medida al veto de otros sistemas. Aquella reforma constitucional varió el espíritu primitivo de la Constitución francesa de 1958.

El Consejo Constitucional de Francia³⁸, tiene como principal actividad en pronunciarse sobre si la leyes propuestas se ajustan a la Constitución, después de haber sido votado por el Parlamento y antes de ser firmado como ley por el Presidente de la República, advirtiéndose de esta manera si el Consejo es un órgano jurisdiccional o no.

6.1.3. Sistema de control preventivo chileno

La reforma constitucional de 2005 conservó el control ex ante o preventivo, con carácter imperativo u obligatorio, de las normas orgánico constitucionales, incluidas en proyectos de ley en trámite parlamentario, así como la facultad, circunscrita a determinados órganos constitucionales. De requerir el pronunciamiento del Tribunal en punto al mérito constitucional, de forma o de fondo, de disposiciones, cualquiera sea su naturaleza, contempladas en proyectos de ley pendientes de aprobación en el Congreso Nacional. Pero esa reforma, además, aumentó la competencia del Tribunal en numerosos aspectos, como:

³⁸ El Control Constitucional en Francia (2010). (En web).

- Estableció el control preventivo de las normas de los tratados internacionales que versen sobre materias orgánicas constitucionales.
- Introdujo la evaluación del mérito constitucional de los autoacordados dictados por los Tribunales Superiores, reglamentando los códigos y otras normas legales de procedimiento.
- Radicó en el Tribunal Constitucional la atribución que tenía la Corte Suprema, desde 1925, para pronunciar la inaplicabilidad de preceptos legales.

VII. MODELO CLÁSICO DE CONTROL REPARADOR

7.1. El sistema de control Constitucional reparador

El sistema de control reparador y de control preventivo, están considerados en dos criterios o formas de control de la Constitución de un país, al respecto Apéstegui³⁹, al respecto aprecia que el control preventivo es el que se ejerce “después de que la norma entró en vigencia”. Luego agrega que “El de la revisión a posteriori, con jurisdicción restringida y legitimación amplia. Rigen en España e Italia”. “En general, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se concibe como un control “a posteriori” que se ejerce respecto de las leyes vigentes, siendo excepcional la previsión de un sistema exclusivamente preventivo, respecto de las leyes no promulgadas (Chile)”.

Santana (2014)⁴⁰, cita a Esteban y González (2000), concordando que “El control a posteriori de los tratados internacionales se realiza cuando este ya forma parte del derecho interno del Estado, de acuerdo con), cuando se refiere al control a posteriori o represivo, sostiene que: Una vez la ley ya está promulgada se suele conceder

³⁹ Apestegui Uriburu Máximo (S. a). Ob, cit. Pág. 11, 13, 21.

⁴⁰ Santana Yunior (2014). Los tratados internacionales y su control preventivo en el nuevo orden constitucional. Pág. 4

un plazo, en aras de la seguridad jurídica, para que los sujetos legitimados puedan plantear el control de una norma que se supone inconstitucional. Ahora bien, es evidente de que en caso de que se dicte la inconstitucionalidad puedan surgir graves problemas por los efectos que ésta ya haya supuesto”.

Parafraseando las ideas de Bonilla (2007)⁴¹, expresadas, en relación al control remedial que funciona únicamente con ocasión de casos concretos, operando o ejercitándose procesalmente por vía incidental. Se necesita pues, obligatoriamente, la ocasión siempre de una litis o caso concreto sometido a juicio de un juez o tribunal, a efecto de poder ejercitar dicho control incidentalmente.

7.2. El sistema de control constitucional reparador en el Perú

El sistema de control de Constitucionalidad dualista se pone en práctica en el Perú. El sistema de control concentrado es ejercido por el Tribunal Constitucional, según la Constitución Política del Perú y, a la vez el difuso que incumbe a los ciudadanos a modo de acción popular. El control reparador de la Constitución atañe exclusivamente al derecho procesal constitucional; pero también existen instrumentos de carácter jurídico-procesales como amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad.

Considerando el acápite anterior, el control reparador es un proceso de interpretación que ejerce y sanciona el Tribunal Constitucional a normas, con rango de ley a posteriori, es decir, se activa una vez que la norma entra en vigencia. La sentencia que se dicta en este sistema puede ser para el caso concreto, o bien con efectos generales derogatorios, dependiendo de si el modelo de control es difuso o concentrado. Cancino y Correa (2011)⁴² expresan que “(...) se denomina reparador porque después de haber sido aprobada una

⁴¹ Bonilla Hernández Pablo Andrés (2007). Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado.

⁴² Cancino Concha Felipe Hernán y Correa Angul Harold Fabián (2011). EL Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de la Ley N° 20.050. pág. 39.

norma con rango de ley es analizada, juzgada y sentenciada para comprobar el grado de constitucionalidad de la misma y al anular la norma inconstitucional se restituye o repara la violación a la norma constitucional”. Este es uno de los métodos que es utilizado por el Tribunal Constitucional del Perú y actúa cuando la ley ya está aprobada.

Yamila (S.a.)⁴³ En general el control concentrado de la Constitucionalidad se concibe como un control a posteriori que se ejerce respecto a las leyes vigentes, siendo excepcional la previsión de un sistema exclusivamente preventivo de las leyes no promulgadas que se pone en práctica en Chile.

La aplicación del control difuso permitió reparador anular la tercera reelección del ex presidente Alberto Fujimori en el Perú, el cual era totalmente inconstitucional.

El método concentrado de control, posterior, conocido también como correctivo, reparador aplicado una vez que entran en vigencia las normas, en el caso del Perú, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes es a posteriori, incluso contra normas que han quedado derogadas, pero que aún no agotan sus efectos en el tiempo.

Guerrero⁴⁴ expresa que luego del triunfo de la revolución francesa, se logra establecer un conjunto de principios que son el sustento esencial de un sistema democrático, el papel del juez se torna de máxima importancia, se reconoce que no pueden existir poderes absolutos, sino que, se busca un equilibrio a través de la división de funciones y todos sujetos a control.

En el caso del Perú, debemos expresar que, en la Constitución liberal de 1856 artículo 10 se señalaba: “Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Con posterioridad, es decir,

⁴³ Yamila (s.a.). El fallo Rodríguez y el control de constitucionalidad.

⁴⁴ GUERRERO LÓPEZ, Juan Salomón (2009). Jurisprudencia Penal Vinculante- Common Law en el Perú. Pág. 216 a 218

recién en el Código Civil Peruano de 1936, el artículo 22 del Título Preliminar se estableció expresamente la obligación del juez de preferir la Constitución sobre cualquier otra rama legal incompatible. El antecedente más remoto en el Perú, en el tema de control de la constitucionalidad de la ley, se da en el caso del señor Luís Pardo, en 1920, cuando el gobierno Autoritario de A gusto B. Leguía habían dispuesto mediante ley 4007 que corten todos los procesos judiciales abiertos contra las autoridades políticas por actos practicados para conservar el orden público. Con el valiente dictamen del entonces Fiscal Supremo Guillermo Seoane, quien argumentó que “las garantías individuales no podían ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad”, la Corte Suprema del Perú declaró fundada la acción de habeas corpus que se había interpuesto contra Luis Pardo, por haber sido detenido y deportado sin orden judicial, probablemente por ser simplemente, hermano del depuesto presidente José Pardo.

Castillo (s. a)⁴⁵ “En el Perú, el control concentrado de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional se combina con un control difuso de constitucionalidad ejercido por los tribunales ordinarios, donde cualquier juez -incluso de oficio-, en todo proceso puede inaplicar una norma que estime incompatible con la Constitución”; luego agrega que “Según el maestro Piero Calamandrei señalaba que la diferencia entre el control difuso y el control concentrado, está en que el difuso es incidental, especial y declarativo, y el control concentrado es principal, general y constitutivo”.

Carpio (2005)⁴⁶, analiza que la constitución peruana de 1993, funda el ordenamiento jurídico en base a una norma suprema que es la Constitución; así en el artículo 51 “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así

⁴⁵ Castillo Calle Manuel Arnaldo. Ob. Cit. pág. 7.

⁴⁶ Carpio Marcos Edgard (2005). El control judicial de constitucionalidad de las leyes y el Código Procesal Constitucional. p. 2.

sucesivamente (...). Esto implica que las leyes con rango de ley tienen su base en la Constitución y por ende no son contradictorias a su mandato.

La Constitución de 1993, establece la validez de las normas, siguiendo el modelo americano, según lo menciona el segundo párrafo del artículo 138 de esta Constitución “(...) En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren a la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior.

Las ideas de García (2003)⁴⁷ considera que el control Constitucional desde la carta de 1979, el control que se ejerce es concentrado y con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1993. Se encuentra en debate si nuestro sistema es dual o mixto, originando un producto autóctono diferente a los sistemas de origen.

De conformidad con García (2006)⁴⁸ quien desarrolla el tema de la elaboración de las leyes en el Parlamento, considera que Dentro de las funciones del parlamento, éstas pueden ser consolidadas de la siguiente manera: Función de legislación, función de política económica, función de legitimación política, función de discrecionalidad política y función de control político.

Respecto a la función de legislación es el ente parlamentario quien tiene la responsabilidad de debatir y aprobar las normas de mayor relevancia en el proceso de desarrollo de la relación estado-ciudadanía; así como para la dinámica de la coexistencia social, conforme a los valores y fines de la Constitución. Le corresponde, por tanto, debatir y aprobar las reformas de la constitución, las leyes

⁴⁷ García Belaúnde Domingo (2003). La Constitución y su dinámica. Pág. 21 – 25.

⁴⁸ GARCIA TOMA, Víctor; “ Legislativo y Ejecutivo en el Perú”, 2da edición corregido y aumentada, Jurista Editores- EIRL, Primera Edición, Octubre-Lima Perú -2006, Pag.57 a 60

de validez nacional, las resoluciones legislativas y por cierto sus propios reglamentos de organización y funcionamiento.

La doctrina clásica consideró, en su momento, que dicha competencia era exclusiva y excluyente del Parlamento, en cambio el Estado moderno ha modificado sustancialmente dicha concepción, al extremo de que el ejecutivo y los gobiernos descentralizados se han convertido en entes legislativos de gran significación e importancia, vía la reserva normativa, la delegación de facultades, las expedición de decretos de urgencia, etc. Por ende, la actividad legislativa ha dejado de ser monopolio del Parlamento, empero, ello no obsta para que se le considere en lo sustantivo como su atributo principal, razón y fundamento de su existencia, dicha función, incluye también la tarea de interpretación por vía legislativa. Dicha modalidad es paralela a la que efectúa los órganos jurisdiccionales.

De igual manera, como es de observarse dentro de la clasificación de las formas de control constitucional que existen dentro del sistema mundial, se advierte la existencia de un control preventivo, dirigido a controlar previamente las normas antes de su publicación, y un control reparador, el mismo que está dirigido a realizar un control posterior a su entrada en vigencia de las mismas, sistema último que adopta nuestro Sistema Peruano; sin embargo nuestro sistema no adopta un control posterior puro, sino pasa por ser un control dual, es decir que se controla las normas, ya sea a través de un proceso de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional, el mismo que al declarar fundado expulsa la norma cuestionada de nuestro ordenamiento jurídico, o también existe los otros procesos constitucionales contemplados en nuestro Código Procesal Constitucional, contenido en la ley 28237, vigente desde diciembre del 2004, como son los procesos de amparo, corpus, habeas data y cumplimiento, en donde ya sea el poder judicial o el mismo tribunal Constitucional declaran inconstitucional e inaplican la norma, no cuestionado la vigencia, esto dentro de un caso concreto y cuyos

efectos es inter partes, por la tanto, como es de analizarse y advertirse el control Constitucional actual del sistema Peruano, es reparador donde aplica no tan solo un sistema norteamericano puro (judicial review-Control difuso) sino también un control Austriaco o concentrado.

7.2.1. Control del Tribunal Constitucional al poder Ejecutivo

La historia política en nuestro país, nos muestra que no ha sido estable la Constitución, ha sido violentada constantemente, mediante caudillos y dictaduras que una vez que desaparecía, también desaparecía su constitución.

En la actualidad la posibilidad de abuso legislativo, en las normas con fuerza de Ley, en los denominados (Decretos de Urgencia) y Decretos Legislativos por delegación de facultades del Congreso); esto sucede, mayormente en gobiernos que tienen mayoría parlamentaria en el Congreso.

El control represivo o remedial tiene lugar una vez incorporada la noma en propiedad al ordenamiento jurídico, y supone la constatación de nulidad o la anulabilidad de una de ellas mediante la actuación posterior de un órgano facultado para ello, que puede actuar de oficio o a requerimiento de parte, por ejemplo, a través de las acciones de inaplicabilidad, amparo y protección.

Acuña (2014)⁴⁹, el método concentrado de control reparador, además, puede ser principal o incidental, según que la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley llegue al juez constitucional por vía de una acción de inconstitucionalidad, la cual incluso en algunos casos, como sucede en Colombia, Panamá y Venezuela, puede ser una acción popular; o que llegue por vía

⁴⁹ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano. Pág. 103.

incidental, por una incidencia planteada en un juicio concreto, como excepción de inconstitucionalidad; esto no sucede en el caso peruano en el que existe un sistema paralelo con el control difuso de constitucionalidad.

La Constitución de 1993 en el artículo 200 inciso 4º, señala que “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”.

El gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori, quien sometió el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional a sus propios intereses, expresadas en las resoluciones emitidas a favor de su reelección, a pesar de la prohibición constitucional”. Aun cuando era vigente la Constitución de 1979, Fujimori solicitó la delegación de facultades al Congreso para implementar su programa de reformas económicas, llegando a dictar 126 Decretos Legislativos relativos a la promoción de la inversión privada.

Frente a dicho exceso el Congreso decidió derogar y modificar 28 Decretos Legislativos por inconstitucionales, llegando a aprobar la Ley N° 25397, Ley de control de los actos normativos del Presidente de la República; que fue una de las justificaciones de Fujimori para el golpe de Estado del 05 de abril de 1992, por considerar que quedaba atado de manos. Sin embargo, antes del golpe, el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) resolvió 3 acciones de inconstitucionalidad dictadas al amparo de la delegación de facultadas. Estas acciones fueron contra el Decreto Legislativo N° 650 de compensación por tiempo de servicios cancelatoria, Decreto Legislativo N° 651 de liberalización del precio del

transporte público y, Decreto Legislativo N° 674 que limitada la actividad empresarial del Estado.

En la primera demanda de inconstitucionalidad, el TGC dictó la sentencia de 10 de mayo de 1992, declarando parcialmente inconstitucional el Decreto Legislativo N° 650. Dicha sentencia planteó 2 temas de interés: uno, relativo a si el Presidente de la República se había excedido en la delegación de competencias legislativos, y otro, respecto a la jerarquía del decreto Legislativo en el sistema de fuentes del derecho.

Acciones que no se hubieran dado si es que el Tribunal de Garantías Constitucionales, de ese entonces hubiera juzgado la inconstitucionalidad de los mismos, a través del proceso de control previo y no del proceso de control Constitucional reparador.

Poco después de emitida la citada sentencia se produjo el autogolpe del 05 de abril de 1992, clausurándose el TGC y el Congreso, entre otras instituciones democráticas. A partir de dicho periodo, el gobierno de facto de Alberto Fujimori dictó decretos leyes sin posibilidad de revisión alguna; sólo una vez restaurado el régimen democrático, alguna de esas normas fueron revisadas por el nuevo Tribunal Constitucional; tal es el caso de las acciones de inconstitucionalidad, ante el nuevo Tribunal Constitucional respecto de 3 decretos leyes: el Decreto Ley N° 25967 que modificó el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990; el Decreto Ley N° 22633, que prohibió utilizar los medios de comunicación durante el proceso judicial por delito de prensa; y, el Decreto Ley N° 25662, que estableció el doble de la pena para los delitos cometidos por miembros de la policía nacional.

No obstante que el Poder Ejecutivo es el principal emisor de normas legales, la jurisdicción constitucional ha llevado un

control relativo, debido a la aplicación de un sistema basado en el control reparador y porque el Tribunal Constitucional juega un rol político y siempre está al servicio de un determinado sistema político.

7.2.2. Control del TC al poder Judicial

El ejercicio del proceso y administración de justicia requiere un marco de observancia respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.

Acuña (2014)⁵⁰, presenta un caso de control constitucional remedial, en la sentencia dictada en el Expediente N° 037-2012-PA/TC de fecha 25 de enero de 2012. En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional 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 y, en consecuencia, anula la resolución de Casación N° 3313-2009, de fecha 5 de abril de 2011, de la Sala Civil Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República. El fondo en cuestión en este debate es la interpretación del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva que para ordenar un embargo o requerir su cumplimiento el Ejecutor Coactivo debe estar debidamente acreditado ante las entidades del sistema financiero, la Policía Nacional, las oficinas registrales y el Banco de la Nación.

El Tribunal Constitucional afirmó que la sentencia de la Corte Suprema es nula porque interpreta dicho artículo en el sentido que el Ejecutor Coactivo debe estar inscrito en todas las entidades mencionadas, cuando la correcta interpretación de dicho artículo es que solo debe acreditarse ante la entidad

⁵⁰ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano. Pág. 103.

frente a la cual se pretende hacer efectiva la acreencia. Además, señala que el fallo de la Corte Suprema otorgaría a Telefónica un doble beneficio económico, a partir de un solo proceso judicial, lo que está prohibido por la Ley.

Luego de difundida dicha sentencia, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ), acusó al TC de intromisión en sus funciones de decidir sobre el fondo de una controversia, al anular una sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia favorable a Telefónica. Ante lo cual, el Tribunal Constitucional respondió que había actuado conforme a las funciones que le han sido encomendadas por la Constitución en el artículo 202.2 y que solo había restituido el derecho vulnerado, pues sería el Poder Judicial quien definiría el tema de fondo.

7.3. Control Constitucional reparador español

García (...) ⁵¹ precisa que el Control de la Constitucionalidad en España, se articula a través de una doble vía, un control abstracto de constitucionalidad con una forma específica de control concreto en un sistema que ha sido calificado de mixto. El artículo 161º.1. a de la Constitución Española atribuye a la jurisdicción constitucional el conocimiento del recurso de inconstitucional, en torno al cual la ley orgánica del Tribunal Constitucional ha articulado un proceso específico, caracterizado por responder a los principios de control reparador y abstracto de la constitucionalidad de la norma recurrida.

Apéstegui ⁵², refiriéndose al control preventivo vierte sus ideas en base a un acto que “se efectúa antes de la sanción de la ley, sobre el proyecto. O bien, sobre la ley pero antes de su promulgación. En el caso del Consejo Constitucional Francés el control es preventivo, se ejerce antes de la promulgación. En algunos casos obligatoriamente

⁵¹ Acuña Chávez Araceli (2014). Funciones y atribuciones del tribunal Constitucional Peruano. Pág. 70 – 71.

⁵² Apesteguía Uriburu Máximo (S. a). Ob, cit. Pág. 11.

(leyes orgánicas, reglamentos de las cámaras) y en los demás casos, sólo a petición de parte, siendo los únicos legitimados el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores”.

Este recurso que abre un proceso directamente dirigido a la resolución de la impugnación de una norma legal, es la que se denomina directa o principal de inconstitucional; sin embargo, el artículo 163º de la Constitución configura una segunda vía procesal, en ocasiones definida como indirecta en cuanto se suscita en torno a un proceso principal, no constitucional, por los jueces y tribunales ordinarios.

Como puede observarse, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad son formas distintas de instar, ante el Tribunal Constitucional, el control de la constitucionalidad de una norma con rango de ley, lo que quiere decir que nos encontramos ante dos fórmulas legitimadoras diferentes, de significado desigual, que exigen su análisis por separado aunque su objetivo es común. Cualquiera que sea la vía de impugnación es siempre el Pleno de Tribunal el competente para resolver los procesos de inconstitucionalidad.

Pérez (2000)⁵³ considera que los elementos comunes de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad son el Recurso y la Cuestión. Su estudio, como es lógico, debe preceder a las diferencias que los separan:

- En **primer lugar**; coinciden en la finalidad que ambos persiguen, definida por el artículo 27º.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español en los términos siguientes “Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados

⁵³ Pérez Royo Javier (2000). Curso de Derecho Constitucional”; sétima edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Pag.937 a 939

en este título, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados”.

- En **segundo lugar**; coinciden en el monopolio del Tribunal Constitucional en el ejercicio de esta función. El control de constitucionalidad de la ley es un control concentrado. El poder judicial no puede ser en ningún caso juez de la constitucionalidad de la ley (art.5 LOPJ).
- En **tercer lugar**; las normas susceptibles de ser declaradas anticonstitucionales son las mismas para ambos procedimientos. Según el artículo 27, inciso 2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español las normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales son las siguientes:
 - Los Estatutos de Autonomía y demás Leyes orgánicas.
 - Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley.
 - Los tratados internacionales.
 - Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
 - Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas
 - Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

7.4. Sistema de control argentino

Bouzat⁵⁴, considera que el sistema de Control constitucional en la República Argentina es judicial, remedial y difuso, ya que cualquier

⁵⁴ Gabriel Bouzat (S.a). La argumentación Jurídica en el Control Constitucional – Una comparación entre la Judicial Review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. Pág. 159.

juez, nacional o provincial, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de otro acto de gobierno.

La inconstitucionalidad puede ser planteada por vía de acción o de excepción, lo primero ocurre cuando la parte actora fundamenta su pretensión directamente en la Constitución, cuestionando una ley o acto de gobierno que desconoce esa pretensión, lo segundo, cuando la parte demandada rechaza un reclamo alegando que el mismo se fundamenta en una norma que viola la Constitución, solicitando al juez que declare su inconstitucionalidad.

En Argentina tiene vigencia la doctrina expuesta por el juez Marshall, en el famoso fallo *Marbury vs Madison*. Cuando una ley contradice la Constitución, el juez debe aplicar la Constitución y dejar de lado la ley. En ese sentido la reforma constitucional de 1994 incorporó una norma expresa que administre el control judicial de constitucionalidad, al autorizar en la acciones de amparo que los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad de las normas que vulneren derechos fundamentales.

Para el caso argentino, la declaración de inconstitucionalidad de una norma no implica su derogación, ni supresión, sino que la torna inaplicable en el caso que se trate, los alcances de la declaración de inconstitucionalidad se limita exclusivamente al caso concreto, con independencia de la relevancia que dicha declaración pueda tener por razones extra jurídicas.

No existe control preventivo, ni control en abstracto, el control siempre se ejerce en un caso o controversia concreta, el poder judicial puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno sólo en el marco de un proceso judicial y a expreso pedido de parte, dicha exigencia requiere que una persona alegue la violación de un derecho constitucional, como consecuencia de la aplicación de una ley o de un acto de gobierno que considera inconstitucional. Pese a las enormes facultades que se le reconocen al poder judicial para la

revisión de la constitucionalidad de las leyes ha sido ejercida en Argentina de una manera muy modesta, esto de acuerdo a varias razones:

- La necesidad de que exista un caso o controversia determina que el poder judicial sólo actúa a pedido de parte.
- Otra limitación deriva del hecho de que los tribunales suelen apelar a distintos tecnicismos jurídicos para evitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma.
- Otra limitación se deriva de la llamada teoría de las cuestiones políticas no judiciales, de acuerdo a esta teoría, en todos aquellos casos en que se cuestionan aspectos que entran dentro del ámbito de discrecionalidad de los poderes legislativos o ejecutivo, los jueces se abstienen de fallar.
- Otra limitación relevante es la doctrina de la deferencia hacia el legislativo y la presunción de validez de los actos administrativos.
- Por último, se debe mencionar que la falta de independencia del poder judicial y la sumisión a los dictados al poder político han determinado, durante largos periodos de la historia argentina, que los tribunales hayan aceptado las leyes y actos de gobierno sin mayores consecuencias.

Esta tendencia cambio a partir del restablecimiento de la democracia en 1983. A partir del restablecimiento de la democracia se debatieron en los tribunales cuestiones fundamentales relativas a la vigencia y alcance de los derechos constitucionales. La Corte Suprema tuvo un gran activismo y declaró la inconstitucionalidad de la ley del matrimonio civil, en cuanto prohibía el divorcio vincular; de estupefacientes, en cuanto castigaba la tenencia de droga para consumo personal y de servicio militar obligatorio por no admitir la objeción de conciencia. Se han ofrecido distintos argumentos a favor

del control judicial de constitucionalidad, el principal es el de la Supremacía de la Constitución y su lógica del argumento es:

- La función del poder judicial es la de aplicar el derecho.
- La Constitución es la ley suprema de la Nación.
- Por consiguiente, los jueces deben aplicar la Constitución.

Es por eso que si los jueces determinan que una ley contradice a la Constitución, la deben declarar inconstitucional, de acuerdo a este razonamiento, el control de constitucionalidad de las leyes forma parte de la función institucional del poder judicial de resolver los casos concretos aplicando las normas jurídicas.

CAPÍTULO IV

CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

VIII. CONTROLES CONSTITUCIONALES

8.1. El control constitucional

Tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional de un país a la norma de mayor jerarquía a las cuales se sujetan las de valor inferior, entendiéndose por tales a las leyes dictadas por el parlamento, los decretos y demás resoluciones dados por el poder ejecutivo o por entidades autárquicas y las sentencias y demás resoluciones de los jueces.

Es absolutamente necesario para que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional la existencia de un órgano facultado a realizarlo, mediante procedimientos que confronten normas, actos, disposiciones con la Constitución. Ante la presencia de conflictos podrán ser declarados inconstitucionales. Se ve claramente la interdependencia “control y supremacía”. El mencionado principio concluye que las normas y los actos infractores de la Constitución son inconstitucionales y es por eso que la doctrina de la supremacía forja de inmediato, el control constitucional.

El control Constitucional busca los siguientes objetivos:

- Fortalecer el vínculo Poder Judicial y el Tribunal Constitucional con la ciudadanía.
- Informar a la ciudadanía acerca del rol que cumple los órganos de control Constitucional.
- Estrechar los vínculos funcionario y ciudadanía.
- Propiciar espacios de intercambio, comunicación, información y educación entre la ciudadanía y el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

- Mejorar la atención a los usuarios de la justicia.

Apéstegui⁵⁵ (S. a), refiriéndose al control Constitucional expresa que “una ley contraria a la constitución no es ley. Si no fuera de esta suerte, las constituciones serian absurdos intentos por limitar poderes que por naturaleza son ilimitables. Una ley que es contraria a la constitución, es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de constitución escrita y debe ser considerada por esta corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad”; de manera que el fundamento básico del ser concreto de una Constitución, como la del Perú es, valerse del principio de la primacía y ser considerada fuentes de otras leyes.

8.2. Clasificación del control constitucional

Existe una clasificación del control constitucional, que refleja los diversos ángulos de la doctrina Constitucional⁵⁶ y Apestegui⁵⁷:

a. Según la admisión

- **Positivos**; se presentan explícitamente en el texto constitucional, o en el Derecho Constitucional Consuetudinario.
- **Negativos**; no admiten el control de constitucionalidad, pese a tener necesidad de él por ser Constitución del tipo rígido. Es sabido que la constitución no admite prueba en contrario.

b. Según los órganos de control

- **Judiciales**; el control se encarga a tribunales, pertenecientes o no al Poder Judicial. Se subdivide en:
 - **Difuso (o desconcentrado)**; cualquier juez puede realizar la verificación de constitucionalidad.

⁵⁵ Apéstegui Uriburu Máximo (S. a). Control de Constitucionalidad. Pág. 8.

⁵⁶ “Control Constitucional” (S. a.) en, es.wikipedia.org/.../Control_de_constitucionalidad, 03/09/2010.

⁵⁷ Apéstegui Uriburu Máximo (S. a). Pág. 9 – 13.

- **Concentrado (o especializado)**; sistema ideado por Kelsen que resumimos anteriormente y otorga la función del Tribunal Constitucional a un órgano ordinario del Poder Judicial, sea a la Corte Suprema o a una sala de ella llamándola “Sala Constitucional”.
 - **Mixto**; compagina las ideas del sistema difuso y del concentrado. Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos (Presidente, Fiscal General) van directamente al Tribunal Constitucional cuya sentencia será erga omnes. O bien el Tribunal, conoce por apelación, en los aspectos constitucionales de los casos comunes, pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.
- **No judiciales**; en algunos países la desconfianza por la judicatura (conservadora, no electa popularmente) ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes. Veamos:
- **Poder Legislativo**; es el mismo Parlamento quien controla, o él a través de un órgano suyo. Se trata principalmente de naciones que sostienen la doctrina del “centralismo democrático” donde el órgano más representativo del pueblo (Poder Legislativo) es quien concentra mayor poder, prevaleciendo sobre los demás.
 - **Poder Ejecutivo**; normalmente el Ejecutivo puede vetar, cuando considera que una ley sancionada es inconstitucional, este es el control de

constitucionalidad propio; pero también ha existido algún sistema donde era el Ejecutivo el órgano de control frente al cuestionamiento.

- **Electorado**; se han estructurado algunos sistemas, bajo la idea de la democracia directa, en los cuales es el pueblo quien decide si determinada norma coincide o no con los lineamientos constitucionales. Un sistema, denominado “apelación popular de sentencias”, prevé que cuando el Superior Tribunal declara inconstitucional una norma, el 5% del electorado puede exigir que se someta a referéndum la decisión del tribunal. Otro ha previsto que, mediante consulta popular, se derogue una ley por considerarla inconstitucional.

c. Órganos sui generis

Incluye, bajo este acápite a órganos que, o no se estructuran como tribunales, o su forma de integración es especial, o fundan el control en principios extrajurídicos:

- **El Consejo de la Revolución portugués**; estuvo integrado por el Presidente de la República y oficiales de las fuerzas armadas. Podía declarar la inconstitucionalidad con efectos erga omnes. Tenía también a su cargo el control de la inconstitucionalidad por omisión.
- **El Consejo de los Custodios iraní**; está conformado por seis teólogos designados por el Ayatollah y seis juristas musulmanes. Antes de la sanción controlan los proyectos de ley comparándolos con los principios socio religioso del Islam y con la Constitución.
- **El Consejo Constitucional francés**; inscripto dentro de los sistemas de control especializado, preventivo,

abstracto y limitado. Lo componen todos los ex-presidentes de la República y nueve miembros más: tres designados por el presidente, tres por el presidente del Senado y tres por el de la Asamblea Nacional (Cámara de Diputados).

- **El Tribunal de Garantías Constitucionales ecuatoriano**; se compone de once miembros, tres designados directamente por el Congreso y ocho elegidos por el Congreso; entre ocho ternas enviadas por las centrales nacionales de trabajadores, cámaras de la producción, presidente de la República, alcaldes cantonales, prefectos provinciales, etcétera. Puede suspender los efectos de las leyes, decretos y ordenanzas que considere inconstitucionales, pero sometiéndose a la decisión definitiva del Congreso Nacional.

d. Según los límites estatales

- **Nacional**; los órganos del control son órganos propios del Estado controlado.
- **Internacional**; los países firmantes de ciertos convenios internacionales, se han sometido a la jurisdicción de ciertos tribunales supranacionales que pueden desvirtuar lo sentenciado por el Poder Judicial Nacional, pues sus sentencias definitivas son obligatorias para los estados. Y así puede ocurrir cuando derechos consagrados en la Constitución están también resguardados por el tratado, esto adquiere características de importancia en Argentina tras la reforma de 1994.

e. Según la formación de los jueces

- **Letrados**; en la mayoría de los sistemas, exigen una altísima formación profesional, lo que, sin duda, redundaría

en beneficio de la independencia y capacidad de los magistrados.

- **Legos**; en algunos sistemas se admite que los jueces legos (no abogados), realicen el control en las jurisdicciones donde no hay jueces letrados.
- **Mixtos**; otros regímenes mezclan juristas con legos. Algunos lo hacen en búsqueda de mayor conciencia social de los jueces, otros para lograr especialistas en otra materia considerada de importancia.

f. Según el momento

- **Preventivo**; el control se efectúa antes de la sanción de la ley, sobre el proyecto. O bien, sobre la ley, pero antes de su promulgación. En el caso del Consejo Constitucional Francés el control es preventivo, se ejerce antes de la promulgación. En algunos casos obligatoriamente (leyes orgánicas, reglamentos de las cámaras) y en los demás casos, sólo a petición de parte, siendo los únicos legitimados el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.
- **Reparador**; después de que la norma entró en vigencia.
- **Mixto**; se puede controlar antes y después de que la norma se sancione. En algún sistema, el presidente de la República puede reclamar al Tribunal Supremo, el control de un proyecto, si esto no ocurrió, el tribunal puede controlar la norma reparadoramente. Otro da el control preventivo al Tribunal Constitucional y el reparador a la Corte Suprema.

g. Según el modo de impugnación

- **Abstracto**; el impugnador no se halla en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional. Aquí se utilizan las acciones populares o las acciones declarativas puras (o abstractas) de inconstitucionalidad.
- **Concreto**; está legitimado cuando alguien se ve lesionado por la norma inconstitucional en un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple. Las vías de acceso a la jurisdicción son diversas: acción declarativa concreta de inconstitucionalidad, acción de amparo, demanda incidental, juicio ejecutivo o sumario, etc.

h. Según la posibilidad de acceso

- **Condicionado**; hay un órgano preseleccionador de los casos que llegarán al órgano controlador de la constitucionalidad.
- **Incondicionado**; todos los casos pueden llegar al órgano máximo de control, aunque haya instancias previas.

i. Según los sujetos legitimados

- **Restringido**; sólo los sujetos taxativamente autorizados pueden excitar el control. En el caso francés los legitimados son: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.
- **Amplio**; está legitimado todo aquél que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple, afectados por la norma inconstitucional.
- **Amplísimo**; está legitimada cualquier persona, se vea o no afectada.

j. Según la cobertura

- **Total**; todo acto, ley y omisión del Estado y de los particulares, están sujetos al control.
- **Parcial**; sólo una porción del mundo jurídico está sometida al control.

k. Según la facultad de decisión

- **Decisorios**; el controlador invalida la norma. Existe tres variantes:
 - **Inter partes**; sólo para las partes y respecto al asunto de la sentencia.
 - **Erga omnes**; todos los habitantes quedan exentos de respetar la norma declarada inconstitucional. Otra posibilidad es que la norma embrionaria quede preventivamente abolida, con efectos absolutos e incluso sin recurso alguno contra la decisión, como en Francia.
 - **Intermedio**; el Tribunal Constitucional puede merituar el caso y decidir inter partes aut erga omnes.
- **No decisorios**; en estos sistemas el órgano de control emite pronunciamientos que no invalidan la norma cuestionada; sino que transmite una recomendación al órgano encargado de dictarla y abrogarla (doctrina del paralelismo de competencias).

l. Según la temporalidad de los efectos

- **Ex nunc**; los efectos no son retroactivos.
- **Ex tunc**; los efectos son retroactivos.

CAPÍTULO V

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

IX. LA CONSTITUCIONALIDAD

9.1. Del estado de derecho al estado constitucional de derecho

Zacrebelsky⁵⁸, lo considera al estado de derecho, como uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales, que otorga a la ley dominio totalitario sobre la sociedad; en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Hernández (1993), citado por (Álvarez 2013)⁵⁹, considera que un Estado Constitucional se apoya en el principio político-jurídico de la democracia; por el otro, el principio jurídico de la supremacía constitucional. Apreciación que determina dos procesos básicos, el primero lo ejerce el pueblo y en el caso del segundo principio, lo ejerce la Constitución; por tanto, según el de la supremacía constitucional, se considera a la Constitución la ley suprema, que obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados el arreglo a la ley; finalmente agrega Hernández (2013)⁶⁰ que “La Constitución consagra un Estado en donde la atribución de la soberanía popular está debidamente garantizada.

El paso de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional, ha permitido fortalecer el contenido, no solo de los derechos fundamentales; sino también, la primacía de la Constitución, con el desarrollo del sistema de control de constitucionalidad para que las leyes no sean contradictorias a la Constitución y las particularidades de sus modelos básicos; para ello se da el establecimiento de los

⁵⁸ Zagrebelsky Gustavo (2009). “El Derecho Dúctil”, capítulo 2: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”. Pág. 22.

⁵⁹ Álvarez Miranda Ernesto (2013). Derecho Constitucional General p. 174.

⁶⁰ Álvarez Miranda Ernesto (2013). Op. cit p. 1746

órganos supremos judiciales para la protección de la constitucionalidad y de la legalidad.

El derecho constitucional atravesado las siguientes etapas del desarrollo:

a. Desarrollo hasta la Primera Guerra Mundial⁶¹

La primacía de la Ley tiene su antecedente en Atenas, la antigua ley considera un nomos (comparable a las leyes constitucionales), y un pséfisma, (en la actualidad un decreto). Una pséfisma, no podría entrar en conflicto con los nomoi de forma o de fondo.

Algunos elementos de revisión de la Constitución se remontan hasta el año 1180, es decir al antiguo Reich alemán. Los órganos judiciales se ocupan de los conflictos de competencia entre gobernantes individuales.

Portugal presentó su revisión constitucional en el Código de Felipe en el siglo XVII; luego aparecieron más proyectos de las Constituciones de Noruega, Dinamarca y Grecia en el siglo XIX.

En 1867, el Tribunal federal de Austria adquirió la competencia para conocer de los conflictos de competencias sobre la protección de los derechos políticos individuales y de la administración; el tribunal del Estado, por el contrario, adoptó decisiones sobre recursos de inconstitucionalidad.

En la revisión constitucional de Noruega se origina la jurisprudencia, que data desde que Rumania presentó el examen de la Constitución, antes de la Primera Guerra Mundial, siguiendo el modelo americano.

⁶¹Pasos históricos en el desarrollo del sistema de control de constitucionalidad y las particularidades de sus modelos básico” en www.concourt.am/books; 02/09/2010

El impacto decisivo es el desarrollo de la revisión de la Constitución fue ejercida por *Marbury V. Madinson* (1803), el Tribunal Supremo, arrogado el poder de revisión judicial relativos a la conformidad de los estatutos con la Constitución. Creó la protección judicial de constitucionalidad, modelo que se adoptó a algunos países de América del Sur.

b. El desarrollo entre las dos guerras

Se conoce como “el periodo de Austria” porque la Constitución de 1920 de Austria, marca la fundación del Tribunal Constitucional, con la facultad exclusiva de revisar la constitucionalidad de las leyes. A raíz de la labor de los teóricos del derecho austriaco Adolf Merki y Keisen, Hans. Siguiendo el ejemplo del modelo austriaco, se introdujo en Checoslovaquia (1920), Grecia (1927), Egipto (1941), España (1931) Irlanda (1937).

c. El desarrollo después de la Segunda Guerra Mundial

La Revisión de la Constitución se desarrolló cuando en lugar del principio de la soberanía del Parlamento prevaleció la idea de la supremacía de la Constitución que se llevó a cabo por un órgano especial, independiente del poder legislativo y ejecutivo. Este principio dio lugar a la separación vertical de poderes. Esto se debe también a razones históricas: las dolorosas experiencias del pasado de las Guerras y el Fascismo que como un contrapeso dio a luz la idea de revisión constitucional de la democracia.

El paso final fue proporcionar un medio para garantizar la obediencia del gobierno a la Constitución, separarlo del poder legislativo en sí y encarnar en la activa labor de los jueces o, en algunos sistemas, de un tribunal constitucional especial.

Ley Superior se convierta en realidad práctica; por lo tanto, la mayoría de países han introducido la revisión de la

Constitución directamente después de la Segunda Guerra Mundial (antes esto había sido una especialidad estadounidense), entre ellos Brasil (de nuevo en 1946), Japón (1947), Italia (1948), Tailandia (1949), Alemania (1949), India (1949), Francia (1958), y Uruguay (1952). Además, se extendió la revisión constitucional con eficacia diferente en las prácticas en Asia, África, América Central y del Sur.

d. Un nuevo periodo de desarrollo en los años setenta

Este periodo estuvo marcado por la revisión de la Constitución y la disolución de las dictaduras: Grecia (1968), y Portugal (1976). En este periodo de revisión de la Constitución se introdujo también en los siguientes países: Chipre (1960), Turquía (1961), Argelia (1963) la antigua Yugoslavia (1963), como en Eslovenia y otras dependencias federales de la ex Yugoslavia (1963). Algunos sistemas existentes presentaron revisiones de constitucionalidad sistemáticas (Austria, Alemania, Suecia, Francia y Bélgica).

Como resultado de los cambios políticos y sociales en los años ochenta, la revisión constitucional comenzó a cambiar también en muchos países de América Central y del Sur. En esa parte del mundo un lugar especial fue otorgado a la Argentina, donde el proceso de transformación democrática en un Estado federal y desarrolló por primera vez su doctrina, en base a los elementos de control de constitucionalidad.

9.2. La Constitución como norma fundamental

Bonilla (2007)⁶² “La palabra Constitución procede del vocablo latino *constituere* que significa “fundación”, “establecimiento de algo”, “origen”, “asentamiento”, “fundamento”. (Cita a Flores). En tal sentido, la Constitución Política expresa la organización y los

⁶² Bonilla Hernández Pablo Andrés (2007). Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado. Pág. 2.

fundamentos básicos de los poderes públicos; así como las garantías de los derechos fundamentales.

La Constitución configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos y establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales; así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la sociedad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.

Santana (2014)⁶³, aporta el concepto básico de Constitución y se refiere que: “La Constitución es la norma que funda y organiza el Estado y de la que emanan los poderes públicos. La misma establece el modo en que estos se relacionan, delimita sus competencias y crea mecanismos de control. Es la norma de carácter superior y como tal, establece una serie de principios que determinan su superioridad sobre las demás normas. Esto implica que todo acto jurídico que le sea contrario es considerado nulo. A esto se le denomina “el principio de supremacía constitucional”. De este concepto se desprende el rol básico de la Constitución, el de garantizar los derechos fundamentales de las personas y ser el ente rector de la organización de un Estado.

García (1994)⁶⁴ analiza que inicialmente la constitución, cuando surge como un tipo de norma en occidente a finales del siglo XVIII (sus dos grandes manifestaciones son las norteamericanas hasta llegar a la federal de 1787, aún vigente, y las que se suceden tras la

⁶³ Santana Yunior (2014). Los tratados internacionales y su control preventivo en el nuevo orden constitucional. Pág. 4

⁶⁴ García de Enterría, Eduardo (1994). “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Pág. 49 a 60

Revolución Francesa), no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado.

En la Constitución, como instrumento jurídico, ha de expresarse, el principio de la autodeterminación política, que es presupuesta del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder que supone el establecimiento de un sistema de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas y sobre la libertad de los ciudadanos, que permite a estos fundamentar verdaderos derechos frente a la organización. La Constitución Española de 1978 responde a este significado general de la constitución, enlazando, por encima de un largo periodo a la primera de sus constituciones la de Cádiz de 1812.

En sí la Constitución no solo es una norma, es la primera de las normas del ordenamiento jurídico, la norma fundamental, *lex superior*, por varias razones:

- **Primero**; porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución, la ley será válida o un Reglamento Vinculante, por lo que es la fuente de las fuentes.
- **Segundo**; la constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema jurídico que en ella se basa, lo que asegura una superioridad sobre las demás normas.

9.2.1.- Principio de la supremacía de la Constitución

Esta figura constitucional es creación del Constitucionalismo americano, de atribuir a la constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias, valor superior judicialmente tutelado. Es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió. La

gran aportación americana fue plasmar en una Constitución ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento, y ese parámetro de validez la constituye la judicial review. Que no surge definitivamente diseñada de la Constitución de 1787, pero es la propia constitución federal de 1787 que incluye en su artículo VI sección 2 la cláusula básica que proclama que la constitución como el derecho supremo de la tierra, declarando la vinculación directa de los jueces a ella.

En la doctrina de la supremacía constitucional, que se expresa en una vinculación más fuerte: la Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución.

En 1795 el Tribunal Supremo, establece ya de manera expresa, la diferencia entre el Sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquel “La autoridad del Parlamento es trascendente y no tiene límites” no tiene Constitución escrita ni fundamental law que limita el ejercicio del poder legislativo. En contraste, en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija, contiene la voluntad permanente del pueblo y es superior al poder del legislativo.

Así se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la Judicial Review, que reconocerá el poder de los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que contradigan a la Constitución, esta doctrina es enunciada por el Tribunal Supremo hasta la capital sentencia de 1803 en el asunto de Marbury vs Madison, obra del gran juez Marshall, que concreta definitivamente en los términos de la sentencia, pero contra una cierta versión corriente, no se trata de una

invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución.

9.3. Constitucionalidad de las leyes en el Perú

Navarro (2008)⁶⁵, en alusión a la constitucionalidad de las leyes, se refiere al ordenamiento jurídico y considera que es “conjunto de normas jurídicas vigentes en una determinada colectividad. Y agrega que de este modo, podemos definir al ordenamiento jurídico como el conjunto de normas, integradas jerárquica y coherentemente por normas o leyes de distinto nivel, todas ellas interconectadas o sistematizadas de modo unitario”. Ello significa que las normas guardan una relación jerárquica y las normas de menor jerarquía dependen de las de mayor jerarquía y no es contradictoria, según el poder público y entidad que lo ha generado.

Refiriéndose a Navarro (2008), considera que en el sistema legislativo peruano se organiza y jerarquiza en dos planos: El plano del gobierno nacional y el plano del gobierno local.

9.3.1. Plano Nacional

Abarca el gobierno nacional y se rige y se basa por los siguientes niveles:

a. En el Primer nivel

Se ubica la Constitución, considera la primera norma positiva, se encuentra en la cúspide de todo el Derecho y contiene normas que no pueden ser contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma del sistema legislativo, en caso que cualquier otra norma se oponga de alguna manera a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella.

⁶⁵ Navarro Reyes Mariana (2008). Estructura Legislativa del Perú. Pág. 1

b. En el Segundo nivel

Están las Normas con Rango de Ley, dependen de la Constitución; cabe mencionar que, la Ley es una norma dictada a favor del bien común, dentro de ellas tenemos a:

- **Tratados internacionales;** son normas de carácter internacional mediante las cuales el Presidente de la República celebra, ratifica o se adhiere a los tratados con otros estados.
- **Leyes Orgánicas;** se derivan inmediatamente de la Constitución y tienen como finalidad la organización de las instituciones básicas de la administración (ministerios, Tribunal Constitucional, municipios, etc.). Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Ley Orgánica de Energía y Minas N° 25962.
- **Leyes Ordinarias;** son normas generales y abstractas y pueden ser leyes civiles, comerciales, tributarias, penales, leyes de emergencia, leyes de bases o leyes de marco, ley marcial, etc. Ejemplo Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental N° 28245.
- **Resoluciones Legislativas;** pueden ser normas individuales y concretas mediante éstas se aseguran deberes o derechos a sujetos específicos o se otorga validez a determinados actos.
- **Decretos Legislativos;** el congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado

establecido en la ley autoritaria. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

- **Decretos de Urgencia;** medidas extraordinarias dictadas por el Poder Ejecutivo con fuerza de ley, en materia económica y financiera. Son aprobados por el Consejo de Ministros y deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros. Debe darse cuenta de ello al congreso. El que los puede modificar o derogar. No pueden contener materia tributaria.
- **Los Decretos leyes;** también se ubican los Decretos Leyes (dados por los gobiernos de facto). Si bien la Constitución no los menciona, los decretos-leyes son válidos y eficaces al igual que las leyes ordinarias emanadas de los gobiernos constitucionales. El Decreto-ley y la ley tienen igual rango, pero con connotaciones distintas desde el punto de vista fáctico y valorativo. Los decretos-leyes, en tanto no sean modificados o derogados por otra ley, tienen vigencia plena.

c. En el Tercer nivel

- **Decretos Supremos;** son normas dictadas por el Presidente de la República, con las cuales se reglamentan las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (art 118, inc. 8); se decretan el estado de emergencia o el estado de sitio (art. 137); se convoca al Congreso a legislatura extraordinaria (art. 118 inc. 6); se expide el

Reglamento de Organización y funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros; se exonera a las entidades públicas del requisito de la licitación pública para la adquisición de bienes y otros decretos supremos que expide el Presidente de la República en ejercicio de las funciones de gobierno y administración que le encomiendan la Constitución y las leyes.

- **Resoluciones Supremas;** son rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por el Ministerio del Sector correspondiente.
- **Resoluciones Ministeriales;** ejemplo, las resoluciones ministeriales sobre autorización, permiso, se encargan temporalmente carteras ministeriales (art. 127 de la Constitución), se designan a los órganos de gobierno de las empresas estatales de derecho Privado, se nombran prefectos, subprefectos, etc.

CAPÍTULO VI

ASPECTOS DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

X. LA CONSTITUCIONALIDAD

10.1. La constitucionalidad de las leyes

La Real Academia de la Lengua Española, considera constitucionalismo a la organización de un país, en base a un sistema político regulado por la Constitución escrita, mediante la cual regula la sociedad, en base a poderes públicos con autonomía.

La palabra constitucionalismo se origina en constitución y ésta proviene del latín, *constitutio*, *constitutionis*, sustantivo que se forma del verbo *constituere*, *constitui*, *constitutum* y significa colocar, organizar, establecer, instituir, construir, fundar. (Ver web)⁶⁶.

El constitucionalismo es un pensamiento jurídicopolítico que resguarda el ordenamiento jurídico de un país, a partir de la constitución. Se basa en un conjunto de modelos, principios que se sintetizan en un sistema de argumentos que fundan el principio de la supremacía de la Constitución y de ella se deriva el gobierno de una sociedad.

Correa (S.a.)⁶⁷ Considera al constitucionalismo como “un sistema de vida estatal, caracterizado por la sujeción a los mandatos de la Constitución Política, de todos los actos, tanto de los gobernantes como de los gobernados”; luego agrega que “(...) los ciudadanos estarán premunidos de derechos y libertades, en tal proporción, que sean capaces de actuar como efectivos contralores tanto del

⁶⁶ Yamila Camila (s. a.). Ob. Cit. Lock. Cit. Pág. 4.

⁶⁷ Diccionario actual. Qué es constitucionalismo. <https://diccionarioactual.com/constitucionalismo>. Pág. 1.

acceso a la función pública, como de su ejercicio y sucesión. Todo acto, para ser válido, debe estar sujeto a ley; lo contrario acarrea nulidad”.

Considerando los aportes anteriores el constitucionalismo garantiza el sometimiento de los poderes públicos, constituidos para el gobierno de un estado a la jerarquía de la Constitución; y con ello, garantiza el sometimiento del Estado al Derecho constituido.

10.1.1. Etapas del constitucionalismo

Considerando los aportes de Correa, distingue tres etapas del Constitucionalismos.

a. Constitucionalismo burgués

El constitucionalismo, en su origen, fue impulsado por el movimiento liberal y estuvo claramente al servicio de los intereses de la burguesía (estado llano en Francia) quienes luchaban de manera política contra la monarquía aristocrática (primer estado), y el segundo estado (alto clero).

Libertad, igualdad y fraternidad, fueron las banderas esenciales de este movimiento. Con ellas se ganó el apoyo de las masas populares. Pertenecen a este periodo, las revoluciones inglesas de 1648 y 1688, la revolución independentista norteamericana de 1776 y la revolución francesa de 1789.

b. Constitucionalismo burgués conciliador

Los liberales, antes impulsores del constitucionalismo revolucionario, concilian con el Rey, la aristocracia y el clero, sectores conservadores que pugnaban por restaurar la monarquía absoluta. Su objetivo era frenar el ascenso del cuarto estado (proletariado), que venía exigiendo la materialización de la libertad, la fraternidad

y la igualdad, promesas que desde el gobierno, los burgueses se resistían a implementar.

De este modo aparecen los regímenes demo liberales, una proliferación de monarquías constitucionales, en las cuales se fusionan elementos político-ideológicos liberales y conservadores para dar como resultado una mixtura claudicante respecto de los postulados revolucionarios del primer constitucionalismo. A este periodo corresponden las revoluciones europeas de 1830, 1848 y la Comuna de París de 1871.

c. Constitucionalismo social

En una tercera fase, surgen las masas obreras, campesinas, clase media, juventudes, etc., contra los gobiernos demo liberales, procurando tierra para los campesinos, salario justo para los obreros, prestaciones de estado para la clase media y oportunidades de realización para las juventudes. A este movimiento suele llamarse constitucionalismo social. Pertenecen a éste, la revolución mexicana de 1917, la revolución rusa de 1918, la revolución alemana de 1919, el movimiento latinoamericano de reforma universitaria de 1919 y la revolución española de 1930.

El control de constitucionalidad es el mecanismo jurídico por el cual, para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales se realiza un procedimiento de revisión de las normas con rango de ley y, en caso de contradicción con la Constitución y se procede a la invalidación de las normas contradictorias y tentatorias a los derechos de los ciudadanos. Yamila (s.a.)⁶⁸.

⁶⁸ Yamila Camila (s. a.). Ob. Cit. Lock. Cit. Pág. 4.

Prieto (2013)⁶⁹, “considera que es el fundamento constitucional consistente en el establecimiento de la supremacía constitucional acompañada de la materialización del contenido de la misma”. Esto implica que el constitucionalismo se sustenta en la primacía de la Constitución y los argumentos que sustentan superioridad jerárquica de las normas, como fundamento de la democracia, del respeto y autonomía de los poderes públicos y los procesos para el control de la Constitución, frente a otras normas con rango de Ley.

10.1.2. Requisitos

Yamila (S.a.)⁷⁰, considera que los requisitos para que proceda la constitucionalidad, son los siguientes:

- Existencia de una causa judicialable.
- Causar gravamen o daño a la sociedad.
- Control oficioso de constitucionalidad.
- La violación de la constitución sea tal que justifique la abrogación de la norma en desmedro de la seguridad jurídica.
- Cuando la incompatibilidad sea inconciliable, o no exista la posibilidad de una solución adecuada a la Ley.
- Carácter incidental de inconstitucionalidad.
- Manifiesta e indudable y no queda margen para resolver el caso que recurrir a la declaración de inconstitucionalidad.

⁶⁹ Prieto Sanchís Luis. Ob. Cit. Pág. 1.

⁷⁰ Yamila Camila (s. a.). Ob. Cit. Lock. Cit. Pág. 2.

En la actualidad, los países se rigen por una Constitución rectora de las leyes; pero es necesario no solo la defensa de la constitucionalidad interna, a cada país; sino atender jurídicamente temas que van más allá de las fronteras como el cambio climático, la internalización de la corrupción de funcionarios, la paz mundial, la justicia y la convivencia mundial, la economía internacional, la solidaridad a países pobres respetando la soberanía y el sistema político.

10.2. Recurso de inconstitucionalidad

El Recurso de Inconstitucionalidad es un control abstracto, es decir, un control de constitucionalidad de la norma, independiente a la aplicación de la misma a un caso concreto. Mediante este instrumento legal se posibilita el enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional del acto del legislador directamente, sin ningún tipo de mediación ulterior.

Es el primer instrumento procesal para controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, se trata por tanto, de una impugnación directa de la norma.

10.2.1. Legitimación

Están legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad, la Constitución Política⁷¹ establece que están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

- El Presidente de la República.
- La Fiscalía de la Nación.
- El Defensor del Pueblo.
- El 25% del número legal de congresistas.

⁷¹ Constitución Política del Perú (1993). Art. 203.

- 5,000 ciudadanos.
- Los colegios profesionales y los Presidentes regionales, en materias de su competencia y especialidad.

10.2.2. Plazo

El plazo para interponer el recurso de inconstitucional es de tres meses a partir de la publicación de la norma de conformidad con el artículo 33 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional.

10.2.3. Procedimiento

Dicho proceso se inicia mediante:

- El escrito de quien posea legitimación, o de su comisionado, en el que se ha de concretar la disposición impugnada así como los motivos del recurso.
- El tribunal Constitucional, admite a trámite la demanda, da traslado del recurso al congreso de los Diputados, al senado, al gobierno y en el caso de que la norma impugnada sea de una Comunidad Autónoma, a la Asamblea Legislativa y al Ejecutivo correspondiente, de los anteriores órganos, los que lo consideren oportuno, pueden personarse y formular alegaciones.
- A la vista del recurso y de las alegaciones, el Pleno Constitucional debe dictar sentencia.

10.2.4. Efectos

La declaración de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley en concreto, tiene como efecto lo siguiente:

- Desde el punto de vista temporal, surte sus efectos a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial el Peruano.
- La declaración de inconstitucionalidad supone la nulidad de los preceptos afectados, esto indica que no toda la norma debe verse afectada por la declaración de inconstitucionalidad, sino solamente aquellos preceptos de la misma que sufran el vicio de validez.
- La nulidad implica que ha de considerarse que los preceptos, por ella afectados nunca han formado parte del ordenamiento.
- Cabe señalar que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser recurridas en el ámbito interno y tienen efecto de cosa juzgada. En consecuencia, resuelto un asunto por el Tribunal, no puede volver a plantearse ante él.

10.3. La cuestión de inconstitucionalidad

Es una función adicional que asume el Tribunal Constitucional como consecuencia que la Constitución le otorga, al poder judicial el monopolio de la administración de justicia y simultáneamente le prohíbe que pueda ser juez de la constitucionalidad de la ley.

El segundo instrumento procesal, a través del cual es posible controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es la cuestión de inconstitucionalidad. La cuestión representa un complemento del recurso; éste, como se ha visto, hace posible un control directo de la norma; la cuestión, en cambio, permite reaccionar contra la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, a través de su aplicación concreta.

La cuestión de inconstitucionalidad sirve, pues, como instrumento que permite reaccionar ante cualquier inconstitucionalidad de una

norma con fuerza de ley, sin necesidad de la intervención de quien está legitimado para interponer el recurso directo; pero, a la vez, hace posible no abrir la legitimación para recurrir normas con fuerza de ley a cualquier persona.

Los órganos judiciales actúan como “filtro” para hacer llegar al Tribunal Constitucional las quejas de constitucionalidad, que posean un mínimo de fundamento y que tengan una dimensión concreta y efectiva. Dicho de otra manera, la cuestión de inconstitucionalidad permite compaginar el monopolio de rechazo de las normas que corresponde al Tribunal Constitucional con la efectiva supremacía de la Norma Fundamental, que vincula a todos los órganos judiciales.

10.3.1. Órgano competente

La cuestión de inconstitucionalidad está a disposición del poder judicial, cualquiera que sea la posición que ocupe el órgano judicial en el conjunto del sistema. La cuestión de inconstitucionalidad no es, pues un instrumento que está a disposición de las partes, sino un instrumento a disposición del poder judicial en su tarea de administrar justicia y del que solo debe hacer uso cuando considere que no puede decidir sin la colaboración del Tribunal Constitucional.

10.3.2. Objeto de la cuestión

A la competencia exclusiva del órgano judicial, en este aspecto, y a su vinculación con la tarea de administrar justicia responden los requisitos que, según la constitución y la ley orgánica del Tribunal Constitucional tienen que concurrir en la norma, para que el juez o tribunal pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, siendo estos cuatro:

- Norma con rango de ley.

- Aplicable al caso.
- De cuya validez, dependa el fallo.
- Que pueda ser contraria a la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad permite, decisión del órgano judicial discrecional, motivada, que contenga un juicio de relevancia lo suficientemente consistente como para justificar la intervención del Tribunal Constitucional.

10.3.3. Tramitación

- El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión inconstitucional dentro del plazo para dictar sentencia, para evitarse cualquiera de las partes como una maniobra dilatoria.
- Una vez formalizada la cuestión, acompañada del testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes.
- El Tribunal Constitucional decide la admisión a trámite de dicha cuestión, admisión que pueda ser rechazada mediante auto, sin otra audiencia, cuando faltaren las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada.
- Admitida a trámite se concede un plazo común e improrrogable de quince días para que aleguen lo que estimen oportuno. A partir de ese momento el Tribunal Constitucional dicta sentencia, que deberá ser notificada expresamente al órgano judicial que planteo la cuestión, a fin de que resuelva como estime pertinente el proceso del que arrancó el planteamiento de la misma.

a. Requisitos

Cualquier órgano judicial puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No obstante, ese planteamiento no depende de la simple voluntad del titular o titulares del órgano judicial, sino que deben cumplirse determinados requisitos:

- La duda sobre la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley ha de surgir en el seno de un procedimiento del que conozca el órgano judicial.
- El planteamiento de inconstitucionalidad no basta con el simple surgimiento de la duda; ésta tiene que ser relevante para la decisión del proceso en que se plantea, de manera que esa decisión dependa realmente de la regularidad o no de la norma cuestionada.
- Por último, la duda sobre la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley debe estar suficientemente fundada y motivada por el órgano judicial que eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

b. Procedimiento

- La duda sobre la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley, puede surgir en cualquier proceso que se siga ante un órgano jurisdiccional, sea cual sea el orden o jurisdicción. Al órgano judicial le corresponde controlar que se cumplen los requisitos legalmente exigidos: relevancia de la cuestión

para el fallo y fundamentación suficiente de la duda de constitucionalidad.

- Aún más, el órgano judicial, constatado el cumplimiento de estos requisitos, debe analizar la duda planteada con el fin de determinarse, por vía interpretativa, es salvable la contradicción entre norma con fuerza de ley y Constitución (art. 5.3 LOPJ). Dicho de otra manera, el órgano judicial, al estar vinculado por la Constitución, debe buscar una interpretación de la norma cuestionada que la haga compatible con la Norma Fundamental; sólo si no encuentra esa interpretación o si estima que ésta es insatisfactoria, ha de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional.
- El planteamiento se lleva a cabo mediante auto, y una vez oídas las partes personadas en el proceso judicial. En dicho auto han de concretarse la norma cuestionada y los motivos por los que el órgano judicial estima que puede ser contraria a la Constitución, y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la constitucionalidad de la norma cuestionada.
- El planteamiento de la cuestión sólo debe realizarse una vez concluido el procedimiento y antes de adoptar la resolución pertinente (art. 35.2 LOTC).
- En el caso de que el órgano judicial estime que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, su resolución no puede

recurrirse, si bien puede volverse a suscitar la duda en posteriores instancias jurisdiccionales.

- Planteada la cuestión ante el Tribunal Constitucional se cierra la primera fase de la cuestión de inconstitucionalidad, la que se desarrolla en el proceso a quo, que es en que la duda surge. A partir de ese momento, se abre el proceso constitucional propiamente dicho (proceso ad quem), en el que se decide sobre la validez de la norma cuestionada. Este proceso se desarrolla totalmente ante el Tribunal Constitucional.
- El Tribunal Constitucional realiza, en primer lugar, un control del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para el planteamiento de la cuestión: relevancia para el fallo y fundamentación suficiente. Este control ha de ser somero por cuanto tanto la fundamentación como, sobre todo, la relevancia de la cuestión corresponde valorarla a los órganos promotores.
- El rechazo de la cuestión por parte del Tribunal Constitucional, basándose en la falta de relevancia sólo es posible ante supuestos extraordinarios donde el defecto es absolutamente manifiesto.
- Respecto de la falta de fundamento, es posible un mayor margen de actuación del Tribunal Constitucional para poder rechazar en trámite de admisión aquellas cuestiones que, aunque no sean manifiestamente arbitrarias, poseen una

fundamentación que puede rebatirse fácilmente salvando la constitucionalidad de la norma.

- Las partes del proceso a quo pueden personarse si lo desean en el proceso constitucional y realizar alegaciones (art. 37.2 LOTC). Oídas las partes, el Pleno del Tribunal Constitucional dicta sentencia pronunciándose sobre la constitucionalidad o no de la norma cuestionada.

10.4. La autocuestión de inconstitucionalidad

Prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es un recurso de amparo por violación de un derecho fundamental directamente imputable a la aplicación de una ley. Se aplica cuando se produce una lesión de un derecho fundamental por parte de cualquier poder público como consecuencia directa de la aplicándole una ley, es evidente que el responsable de la lesión no es el poder público, cuyo acto se recurre, sino el legislador cuya norma ha sido aplicada por el órgano administrativo o judicial de que se trate.

En tales casos, La Sala del Tribunal Constitucional, además de otorgar el amparo y reponer al cuidado en el ejercicio de su derecho y a fin de evitar que la situación pueda repetirse en el futuro, está obligada a elevar al Pleno la cuestión de inconstitucional.

Lozano (S.a), considera que en España instala también un sistema de control constitucional concentrado en el Tribunal Constitucional. Más allá de la discusión acerca de la naturaleza jurisdiccional o política de dicho órgano, vale señalar, a los fines que convocan que existen tres modos de suscitar su intervención:

- El recurso de inconstitucionalidad.
- El de amparo.

- La consulta.

Todos los cuales están previstos en la Constitución española de 1978, en ningún caso actúa éste de oficio sino a requerimiento de otros órganos, y aun de particulares en el amparo, respecto en la inconstitucionalidad de la ley; y sobre el recurso de amparo, único que puede instar el particular litigante, no puede ir dirigido contra una ley o disposición con fuerza de tal.

Del mismo modo, Pérez (2007)⁷², considera que el control constitucional de las normas con fuerza de ley, son de competencia clásica de la justicia constitucional y que define en gran medida, cada uno de los modelos existentes.

La inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede venir tanto por motivos formales como materiales. La Constitución tiene mandatos tanto formales, de naturaleza procesal, como preceptos de alcance sustantivo o material. Ambos tipos de preceptos pueden justificar la impugnación de una norma con fuerza de ley y en su caso, la declaración de inconstitucional. No obstante esta idea está sujeta a algunas matizaciones:

- Una norma preconstitucional debe someterse materialmente a la Constitución, ya que en otro caso se estaría produciendo efectos contrarios a la Norma Fundamental.
- Los vicios formales de inconstitucional, hay que indicar que no cualquiera de éstos acarrea necesariamente la nulidad de la norma con fuerza de ley, en este terreno el principio de proporcionalidad ha de modular el efecto que en cada caso el vicio posea. Así, de un pequeño defecto en la tramitación de un proyecto de ley no puede derivarse la nulidad total de la ley que surja.

⁷² Pérez Tremps Pablo (2007). Derecho Constitucional. Pág. 45.

10.5. Sentencia Constitucional

El Tribunal Constitucional de acuerdo a la Constitución del año 1993, en el artículo 201 lo considera como el órgano de control de la Constitución que se concreta en el art. 1 de la Ley No. 28301 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, las sentencias.

Según Ávila (S.a.)⁷³ los tipos de sentencia por el Tribunal Constitucional, pueden ser de tipo estipulativa; puesto que expone los conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos, el carácter y alcance de la sentencia, efectúa una primera explicación del tipo de sentencias que dicta, considerando la trascendencia de dicha acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del país, en el que además establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los Jueces. En ese contexto las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias denominadas interpretativas, por el que, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico.

Tarabache (2012)⁷⁴, las sentencias constitucionales son aquellas producto del análisis se controlan si son o no contrarias a las disposiciones contenidas en la constitución; en tal sentido, las sentencias constitucionales son las que deciden si la norma cuestionada continua vigente, o por encontrarla contraria a la Constitución debe salir del ordenamiento jurídico.

10.5.1. Principios de la Corte Constitucional

Lugo Tarabache (2012)⁷⁵, considera que la sentencia de la Corte Constitucional, debe reunir los siguientes principios:

⁷³ Neil Erwin Ávila Huamán (S. a). Tipos de Sentencia Constitucional en el Perú. Ver web Pág. 1- 5

⁷⁴ Tarache Pidiache Jaiver (2012). Tipos de sentencias de la Corte Constitucional. Pág. 22

⁷⁵ Tarache Pidiache Jaiver (2012). Ob. Cit. Lock. Cit.

a. Congruencia

El fallo debe guardar una estrecha relación entre lo solicitado por las partes y lo decidido por el juez, que haya concordancia entre las pretensiones y excepciones con lo expuesto en el resuelve.

b. Motivación

Producto de la exposición que hace el juez de los argumentos legales, doctrinales y jurisprudenciales que tuvo en cuenta para tomar la decisión.

c. Colegialidad

Las decisiones deben respetar la posición mayoritaria de sus miembros.

d. Eficacia

La eficacia consiste en el valor de cosa juzgada que adquieren, esto es, que no podrá volver a debatirse las cuestiones ya resueltas por ella.

e. Conservación de la norma

Se trata de que no se debe declarar exequible la norma, a menos que sea imposible salvarla de otra forma como condicionándola o limitando su forma de interpretarla, en algunos casos que sea necesario se buscara primeramente la manera de que solo se supriman algunas palabras o frases.

10.5.2. Tipos de la sentencia de la Corte Constitucional

Las sentencias de la Corte Constitucional presentan los siguientes tipos:

a. Según el asunto que resuelven

- **Sentencias de constitucionalidad;** son aquellas que resuelve si una norma es contradictoria a la

Constitución y debe salir del ordenamiento jurídico.

- **Sentencias de tutela;** sentencias proferidas por un juez ya sea en primera o segunda instancia dependiendo si el actor impugnó o no la decisión, esta revisión es facultativa de la corte, en las que se resuelva sobre un asunto de importancia jurídica que es necesario aclarar determinados puntos con respecto a la protección del derecho fundamental que se exige el amparo.
- **Sentencias de unificación;** la corte obra como tribunal de revisión de una sentencia de tutela, aprovecha la oportunidad para unificar los criterios que se han tenido en cuenta para resolver los mismos asuntos de que trata la sentencia revisada, con el fin de que de ahora en adelante se aplique determinado criterio que debe prevalecer o puede también para que a partir de esta sentencia se dejen de aplicar determinados criterios que se venían aplicando.

b. Según el sentido de la decisión

- **Desestimatorias;** son aquellas en que no se acogen las pretensiones del demandante, si se trata de demandas de inconstitucionalidad, la norma demandada sigue vigente, no se altera en ningún modo el ordenamiento jurídico. En las sentencias de tutela, una decisión desestimatoria es aquella en la que la corte está de acuerdo con la decisión tomada por el juez de primera o segunda instancia según el caso.

- **Estimatorias;** el caso de la demanda a una ley prospera; en tal acción sale del ordenamiento jurídico en razón a que no se adapta a los preceptos constitucionales. En las sentencias de tutela esta clase de decisión otorga al actor el amparo de sus derechos que el juez constitucional le denegó.

c. Según la forma que afecta a las leyes

- **Las sentencias aditivas;** declaran la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo que previera para que la ley resulte conforme a la Constitución.
- **Las sentencias sustitutivas;** el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que no prevé vacíos que puede llegar a generar injusticias. En este caso no se declara inconstitucional toda la norma; sino una parte de ella que si es acorde con la Constitución, suprime la parte que no lo es y la complementa.
- **Sentencias exhortativas;** advierten una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal; sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado), con la finalidad de no declararla inconstitucional.

d. Según los efectos

Tarabache (2012)⁷⁶, este tipo de sentencias son sentencias manipulativas, ya que no son estimatorias de la pretensión del demandante, pero se trata de conservar la norma, atendiendo al principio de conservación de la norma no se expulsa salvo que no se cuente con alguna forma de interpretación conforme a la constitución.

- **Las sentencias de principio;** son aquellas que forman la jurisprudencia propiamente dicha, interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedente vinculantes.
- **Las sentencias estimativas;** se declara inconstitucional una norma si se interpreta de determinada manera, por lo que su pervivencia, se basa en la condición de que en adelante no se puede interpretar en cierto sentido. Se podría decir que se trata de la forma inversa a las interpretativas desestimatorias en el sentido en que en estas la norma subsiste si no se interpreta de cierta forma y en las anteriores subsiste si se interpreta de cierta forma, en cuanto a la diferencia entre estos dos tipos de sentencias es que “la sentencia estimatoria hace desaparecer “erga omnes” determinados significados normativos, mientras que la sentencia interpretativa desestimatoria goza tan solo de eficacia en el juicio a quo, y a lo sumo puede obligar al resto de los jueces a plantear una

⁷⁶ Tarache Pidiache Jaiver (2012). Ob. Cit. Pág. 35

cuestión de inconstitucionalidad en caso de adoptar la interpretación contraria a la acogida en la sentencia de la Corte” De la Vega, citado por (Tarabache 2012).

- **Sentencias desestimatorias**; son aquellas en las que el Tribunal declara la ilegitimidad de la norma analizada pero desestima la demanda, al sustentar una interpretación de la ley que la adecua al texto constitucional.
- **Integradoras o aditivas**; sentencia que indica que la norma es inconstitucional porque el legislador al momento de expedirla no tuvo en cuenta ciertos aspectos que debió contemplar, a esto se le llama omisión legislativa relativa, cuando la corte advierte esta situación no procede a declararla inexecutable porque esto llegaría a crear más injusticias que las que evita.
- **Sustitutivas**; normas que se declaran inexecutable por ser contraria a la constitución, pero en vista de que un vacío normativo en ese aspecto podría llegar a generar injusticias, entonces la corte procede a llenar esos vacíos a través de su pronunciamiento al respecto, por lo general cuando la corte expide este tipo de sentencia no declara inexecutable toda la norma demandada, sino una parte de ella.
- **Apelativas o exhortativas**; la corte da a conocer que la norma demandada es inconstitucional en la forma en que está planteada, pero se abstiene de declararla inexecutable con la condición de que el legislador la modifique o regule nuevamente el

tema del que trata la norma. Las razones que tiene en cuenta la corte para asegurar la inexecutableidad no es solo el simple contraste con la norma superior, también pueden ser los avances o cambios sociales, económicos, culturales o tecnológicos, que conllevarían injusticias de continuar regulándose el tema de la misma forma.

e. Según los efectos de la decisión en el tiempo

- **Retroactivas o ex tunc**; la decisión tomada, siendo estimatoria, afecta situaciones que ya se habían configurado en el pasado, algunas personas ya habían adquirido ciertos derechos bajo la vigencia de la ley declarada inexecutable, pero en virtud de este tipo de sentencia debe perderlos. Aunque son de rara ocurrencia, se pueden presentar cuando el derecho adquirido está en contra del interés general o la utilidad pública.
- **No retroactivas, con efectos a futuro o ex nunc**; toda sentencia produce efectos únicamente a futuro, con el fin de que no cree una desconfianza en la sociedad sobre la forma como que se regula o se resuelve determinado asunto (seguridad jurídica).
- **De inconstitucionalidad diferida o constitucionalidad temporal**; es notoria la inconstitucionalidad de la norma, pero el declararla inexecutable puede llegar a generar mayores inconstitucionalidades, por lo que la opción consiste en permitir que siga vigente por

determinado tiempo mientras el legislador subsana su error.

f. Según las consideraciones de la corte para decidir

- **Fundadoras de línea;** no expresan ningún desarrollo jurisprudencial respecto de determinado tema, hoy en día son muy difíciles de presentarse en razón a que la mayoría de los temas ya han sido tema de debate, pero se encuentran mayormente en los primeros años de vigencia de una Constitución.
- **Hito;** es un pronunciamiento especial que marca una nueva pauta o posición interpretativa o aclara su posición con respecto a un tema, aquí puede crear las famosas subreglas constitucionales; en esta sentencia la corte establece requisitos de procedencia de la tutela tanto generales como específicos.
- **Confirmadoras de principio;** en estas la corte se limita a aplicar al caso concreto las mismas consideraciones que se aplicaron en casos anteriores, esta es la realización del principio de seguridad jurídica. Se puede ver en estas como la corte utiliza ampliamente copie y pegue en la redacción de la sentencia.
- **Estilo pop;** considera la realidad socioeconómica, cultural, política, tecnológica, en fin, variados aspectos que influyen en la comprensión y concepción que dentro de una comunidad se tiene de la justicia.

g. Según los efectos en las personas

- **Interpartes**; son aquellas que solo producen efectos respecto de quienes intervinieron en el proceso, este es el efecto principal de las sentencias de tutela.
- **Erga omnes**; el pronunciamiento produce efectos en todo el país, este es el efecto de las sentencias de inconstitucionalidad, es decir si se declaró inexecutable, sale del ordenamiento jurídico y ya nunca más podrá ser invocada o aplicada.
- **Interpares**; el sentido del fallo pueda ser aplicado a todas aquellas personas que se encuentre en la misma situación de aquel o aquellos que solicitaron y obtuvieron el amparo de sus derechos.

h. Otros modelos sin modulación

- **De control concreto de constitucionalidad**; aquellas donde se examina si una persona ha sido o no vulnerada en un derecho fundamental o le está siendo desconocida una disposición constitucional, se realiza mediante acción de tutela, este fallo tiene solo efecto interpartes.
- **Declarativas de inconstitucionalidad**; la sentencia estima que la norma demandada o que de oficio conoce abiertamente contraria a la constitución.
- **De inconstitucionalidad por omisión**; por omisión del legislador en cuanto a la regulación de determinada materia puede ser absoluta o relativa, lo primero ocurre cuando el Congreso de

la República no ha cumplido su tarea de expedir las normas sobre un asunto de su competencia, como no ha dictado ninguna norma es imposible realizar un estudio de constitucionalidad a una norma que no ha sido expedida, que no existe, por lo tanto, la inconstitucionalidad declarada por la corte respecto a esta clase de omisión. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

La omisión relativa si puede ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, esta ocurre cuando el legislador ha omitido incluir ciertos temas o personas en las normas que expidió regulando cierta materia, que según la constitución debía incluirse ya sea porque lo diga directamente o que se pueda deducir de ella a través de interpretación.

- **Atípicas**; son aquellas en que se interpreta la constitución de manera sistemática y con un criterio finalista tomando como base la efectivizarían de los derechos constitucionales de las personas.
- **Proteccionistas**; la Corte demuestra la necesidad de amparar el derecho constitucional invocado, teniendo en cuenta la filosofía de la constitución, un caso por ejemplo es el de la posibilidad de utilizar la tutela para ejecutar una obligación por parte de un beneficiario de ella que de no poder lograrlo llegaría a sufrir un perjuicio imposible de reparar.

10.6. El Tribunal Constitucional

Acuña (2014)⁷⁷, considera que los Tribunales y Cortes Constitucionales existen hoy en día, sus orígenes se remontan al siglo XX después de la Primera Guerra Mundial, razón por la cual se dice que el Tribunal Constitucional es el producto de la tradición jurídica europea. Si bien el nacimiento del Tribunal Constitucional como institución se produjo en Checoslovaquia y en Austria en 1920 por iniciativa de Kelsen. En Latinoamérica, el primer país que incorporó un Tribunal Constitucional fue el Perú en 1979, seguido de Chile en 1980. También agrega que su verdadero origen se remonta todavía al denominado jury constitutionnaire de Immanuel Sieyès, quien en su época ya había teorizado el rango prioritario de la Constitución respecto de las demás fuentes del derecho, así como la forma de garantizar su supremacía a través de un órgano defensor.

Acuña (2014)⁷⁸ sintetiza que la finalidad del Tribunal Constitucional, desde 1920 es la de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales de las personas; por tanto, la misión principal es que no debe faltar la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria; sin embargo, esta garantía de defensa de la Constitución que se basa en los derechos fundamentales de la persona.

La segunda misión de los Tribunales Constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales de la persona, no sólo a través del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino a través de la adopción de mecanismos de protección como los procesos constitucionales de amparo, cumplimiento, habeas data y habeas corpus.

⁷⁷ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano. Pág. 8.

⁷⁸ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Ob. Cit. Pág. 10 - 11

El Tribunal Constitucional es un órgano especial que, como el portador de la protección de la constitucionalidad tiene una cierta superioridad jurídica en relación con otras ramas del poder. El trabajo cubre todos los actos legislativos, considerados los más altos instrumentos jurídicos de un sistema jurídico y político concreto.

La razón de ser del Tribunal Constitucional es fundamentalmente para superar la soberanía del parlamento y accesoriamente para solucionar otro tipo de problemas, como los conflictos entre los Estados, el enjuiciamiento de los altos funcionarios públicos, el control de constitucionalidad de las leyes, el verdadero ejercicio de la democracia, etc.

De lo expuesto, en concordancia con Acuña (2014)⁷⁹, se deducen los siguientes elementos definitorios de lo que es el Tribunal Constitucional:

- Es un órgano creado por la Constitución.
- No responden a una división funcional de poderes.
- Son independientes unos de otros.
- Tienen funciones y competencias a nivel nacional.
- Tienen autonomía normativa y autonomía funcional.

Castillo (S.a.)⁸⁰ inicialmente esta institución, en el Perú fue denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, creado con la Constitución del año 1979; en la Constitución del año 1993 hasta la actualidad se denomina Tribunal Constitucional.

En el Artículo 1 de la Ley Orgánica N° 28301⁸¹ y en concordancia con el artículo 201 de la Constitución de 1993, define al Tribunal Constitucional, como “el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los

⁷⁹ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Ob. Cit. Pág. 10 - 11

⁸⁰ Castillo Calle Manuel Armando (s. a.). Ob. Cit. Pág. 26.

⁸¹ Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (2004). Art. 2.

demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.

El Tribunal Constitucional se compone de siete Magistrados elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de por los menos dos tercios del número legal de sus miembros y por un período de cinco años. No hay reelección inmediata⁸².

El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.

Los magistrados gozan de la misma inmunidad, prerrogativas e incompatibilidades que los congresistas. Son designados por el congreso, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. Su competencia consiste, según el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional en el artículo 5, corresponde al tribunal Constitucional⁸³, en concordancia con el artículo 202 de la Constitución peruana:

- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.
- Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a Ley.
- Resolver las quejas por denegatoria del recurso de agravio constitucional.

La jurisdicción Constitucional en la actualidad en el Perú se expresa de la siguiente forma:

⁸² Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (2004). Art. 1.

⁸³ Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC.

- **Jurisdicción Constitucional de la Libertad;** expresado en el Hábeas Corpus, Hábeas Data, Acción de Amparo y Acción de Cumplimiento.
- **Jurisdicción Constitucional Orgánica;** expresada en Acción Popular, Acción de Inconstitucionalidad, Conflicto de Competencias y Juicio Político.
- **Jurisdicción Constitucional Supranacional;** se expresa a través de los siguientes instrumentos: El Pacto Internacional de San José de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, más conocida por el Pacto de San José de Costa Rica.

Su organización y funciones se regulan con la Ley N° 26345, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada el 10 de enero de 1995, desarrolló la estructura y funcionamiento de este órgano de control aunque al hacerlo estableció una grave limitación. En efecto, la citada ley requiere de una mayoría de seis votos de los siete, según se observa en el artículo 4.

Considerando el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional en el artículo 19, los funcionarios del Tribunal Constitucional, tienen la función, en cuanto a la constitucionalidad de:

- Hacer cumplir el principio de primacía de la Constitución Política del Perú y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales
- Hacer cumplir su Ley Orgánica, el Código Procesal Constitucional, el ordenamiento jurídico de la Nación y el presente Reglamento.
- Aplicar la norma constitucional correspondiente y los principios del derecho constitucional, aunque no hubieran sido invocados en el proceso.

- El Tribunal Constitucional cumple una función de racionalizar el ejercicio del poder público y privado, pues vela por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas.
- Cumple el deber de integrar los vacíos normativos, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución, por lo que tiene una función normativa.
- El Tribunal Constitucional cumple una función de componedor de conflictos sociales.

Los procesos constitucionales se clasifican en función del objeto de protección de cada uno de ellos. Existen tres clases:

- **Procesos de tutela de derechos;** tutela la jurisdiccional de los derechos constitucionales; mediante el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento.
- **Procesos de control normativo;** protege jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de Ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección (sistema de fuentes prescrita por la Constitución Política).
- **Proceso de conflicto competencial;** protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, los órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Aquí se enmarca también el proceso competencial.

CAPÍTULO VII

LAS LEYES EN EL PERÚ Y SUS GARANTÍAS

XI. FORMACIÓN DE LAS LEYES EN EL PERÚ

11.1. Formación de las leyes en el Perú

Dicha materia se encuentra prevista en los artículos 107, 108 y 109 de la Constitución y en los artículos 72 y siguientes del Reglamento del Congreso de la República. Existe un iter constitucional y reglamentario destinado a viabilizar y encauzar el proceso de formación de leyes. En la doctrina se establece que el proceso legislativo implica la ejecución de cinco fases: iniciativa parlamentaria, discusión y aprobación, sancionamiento, promulgación, publicación y vigencia.

11.1.1. La iniciativa parlamentaria

Facultad constitucional mediante la cual se presenta un proyecto de ley, para que sea discutido y eventualmente aprobado por el congreso. El artículo 74º de Reglamento del Congreso de la República la define el derecho que tiene los ciudadanos y las instituciones señaladas por la Constitución, para presentar proposiciones de ley ante su seno.

El artículo 107º de la Constitución señala que tienen iniciativa en formación de las leyes: El presidente de la República y los congresistas, advirtiéndose, que la Constitución reconoce similar facultad a una pluralidad de órganos a condición de que las proposiciones que se presenten se encuentren vinculadas con materias de su competencia, en ese sentido, el artículo 76º del Reglamento del Congreso de la República manifiesta que estos órganos pueden presentar proposiciones que versan sobre asuntos

de su exclusiva competencia, debiendo precisar la concordancia con sus competencias en el documento de remisión. Los órganos referidos son los siguientes:

- El Órgano Judicial.
- Los órganos autónomos (Ministerio Público, Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva, etc.).
- Los municipios.
- Los colegios profesionales.

También ejercen iniciativa en la formación de las leyes los ciudadanos que se acojan a la ley de Participación y Control Ciudadano, esto es a la ley N° 26300 vigente desde 1994, que señala que la iniciativa debe ser presentada por no menos del 0,3% de la población electoral nacional, esta proposición recibe preferencia en el trámite congresal. De manera genérica, las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos en donde se expresen sus fundamentos, los sujetos, efectos de la norma que se propone, el análisis de costo-beneficio y la fórmula legal respectiva que, de ser el caso, deberá estar dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos solo pueden ser dispensados por motivo excepcionales. Es dable insistir que la exposición de motivos apunta a sustentar las causas o circunstancia que motivan la presentación del proyecto de ley, así como precisar las supuestas bondades y potenciales beneficios que acarrearía su aprobación. Además, el Reglamento del Congreso de la República establece en algunos casos, requisitos adicionales, como son:

- Las proposiciones del órgano ejecutivo, deberán estar refrendadas por el presidente del Consejo de Ministros

y en forma opcional, por el ministro o por los ministros cuyas carteras se relacionen en forma directa con la materia cuya regulación se propone. Estas propuestas pueden versar sobre cualquier asunto. Ahora bien, al presidente de la República le corresponde de manera exclusiva la iniciativa en materia presupuestal y financiera, legislación delegada, demarcación territorial, tratados, consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras sin afectar la soberanía nacional, prorroga del estado de sitio, declaración de guerra y firma de la paz y autorización para ausentarse del país.

- Las proposiciones de ley que presentara, en uso de la facultad que le concede el artículo 105º in fine de la Constitución, deberán ir acompañadas con la solicitud de trámite urgente.
- Las proposiciones que contengan los proyectos de ley anual del presupuesto, el endeudamiento y de equilibrio financiero, deberá ser presentadas a más tardar el 30 de agosto, en aplicación de lo que establece el artículo 78º de la Constitución.
- Las proposiciones sobre el tratamiento tributario especial a que se refiere el último párrafo del artículo 79º deberán contener un estudio sobre el impacto de la futura ley en el desarrollo y el bienestar del país. Asimismo, la proposición que hace referencia a la cuenta General de la República deberá ser presentada a más tardar el 15 de noviembre del año siguiente al de la ejecución del presupuesto, amén de ir acompañado del informe de auditoría de la Contraloría General.
- Las proposiciones de ley autoritaria de legislación delegada, deberán precisar la materia específica de la

delegación y el plazo de la autorización, no pudiendo proponerse leyes autoritativas de legislación delegada en las materias siguientes: Reforma de la Constitución, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, presupuestos, y de cuenta general de la República.

- Las proposiciones de leyes sobre demarcación territorial, deben acompañarse con los informes y antecedentes técnicos que señalan las normas que regulan la materia.
- Las proposiciones de resoluciones legislativas para la aprobación de un tratado internacional, deberán ir acompañadas por el texto íntegro del mismo y sus antecedentes.
- Las proposiciones de resolución legislativa concediendo la prórroga del estado de sitio, deberán contener el listado de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o no se suspende.
- Las proposiciones de resolución legislativa autorizando el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República, deberán especificar los motivos, la relación de tropas, los equipos transeúntes y el tiempo de su permanencia.
- Las proposiciones de resolución legislativa para declarar la guerra y firmar la paz, deberán contener una exposición suficiente de las causas y condiciones, según sea el caso.
- Las proposiciones de resolución legislativa de autorización de viaje presidencial al exterior, deben indicar los lugares, motivos y fechas del viaje.

- Las proposiciones de ley o de resolución legislativa que presenten los congresistas, deberán estar firmadas al menos por uno de ellos o por el vocero de un grupo parlamentario, además las proposiciones de ley o de resolución legislativa que presenten los congresistas no pueden contener propuestas de ceración ni de aumento de gasto público. Esta regla no afecta el derecho de los congresistas de hacer proposiciones en ese sentido durante el debate de la Ley anual de Presupuesto.
- Las propuestas sobre amnistía, deberán contener la lista de los beneficiados o las características del régimen penitenciario de la generalidad de personas a las que beneficia la amnistía.

11.1.2. La discusión y aprobación

Esta etapa se manifiesta en los actos de debatir y eventualmente consentir la incorporación de la propuesta legislativa al ordenamiento jurídico. El reglamento del Congreso de la República señala que no se puede debatir ninguna proposición de ley que no contenga dictamen de la comisión encargada de su estudio, salvo que exista dispensa proveniente de la mitad más uno de los representantes presentes en el congreso, previa fundamentación, por escrito del congresista o los congresistas que soliciten la dispensa. En el sentido estricto la aprobación deviene en la obtención del número de votos necesarios para consolidar el proceso de formación de una ley. Para que proceda al acto de aprobación ordinaria se requiere el voto favorable de la mitad más uno de los congresistas que se encuentran en condición de hábiles y presentes al momento del sufragio.

Ahora bien, existen propuestas legislativas que requieren una probación extraordinaria, la cual consiste en alcanzar una votación favorable calificada, estos casos son los siguientes:

- Las leyes de reforma de la Constitución se aprueban con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de congresistas (sesenta y uno), para luego ser sometido a Referéndum, o en su defecto, deberán ser aprobadas en dos periodos de sesiones sucesivas, con el voto favorable de un número superior a los dos tercios del número legal de congresistas (ochenta y uno), la ley aprobada por cualquiera de las formas señaladas no pueden ser observadas por el presidente de la República.
- Las leyes orgánicas se aprueban o modifican con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de congresistas.
- La ley anual de presupuesto, la ley de Endeudamiento y la ley de equilibrio Financiero deben ser sustentadas por el presidente del Consejo de Ministros y el ministro de Economía y Finanzas dentro de las 48 horas de su presentación al congreso. Esta sustentación debe centrarse fundamentalmente en las prioridades del gasto y en las fuentes de financiamiento, la presentación es seguida de un debate, con intervención de los voceros de los grupos parlamentarios por un periodo no mayor de 20 minutos cada uno. Concluido el debate los referidos proyectos son publicados en el Diario Oficial el Peruano y derivados a la Comisión de Presupuesto, la cual los analizará en sesiones públicas. El presidente de la Comisión de Presupuesto

sustentará el dictamen de la misma, este necesariamente deberá precisar con claridad las prioridades asignadas al gasto público, tanto en términos generales como en lo específico para cada sector.

- Las leyes sobre créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, deben tramitarse de manera semejante a la ley anual de Presupuesto. Durante el receso parlamentario los aprobará la comisión Permanente con el voto favorable de por lo menos los tres quintos del número legal de sus miembros.
- La ley de la cuenta General de la República debe ser revisada y dictaminada dentro de los 90 días útiles siguientes a su presentación. Una vez revisada y dictaminada por la comisión respectiva, el Pleno del Congreso se pronunciará dentro de los 30 días útiles siguientes; de lo contrario, se enviará el dictamen de la comisión revisora al presidente de la República para que promulgue la Ley de la Cuenta General mediante decreto legislativo.
- Las Leyes de legislación delegada, deberán ser aprobadas tomándose en cuenta las limitaciones establecidas en el segundo párrafo del inciso 4 del artículo 101, y en el segundo párrafo del artículo 104 de la Constitución, en ese sentido, deberá indicarse la materia específica de la delegación y el plazo de ejercicio de la misma. Es Oportuno señalar que, en caso de que una proposición de ley fuese rechazada, el presidente del Congreso deberá ordenar su archivamiento, no pudiéndose volver a presentar esta o

cualquier otra que verse sobre idéntica materia, hasta el siguiente periodo anual de sesiones.

11.1.3. El sancionamiento

Acto formal mediante el cual el presidente del Congreso y uno de los vicepresidentes de la Junta Directiva del mismo firman la autógrafa del texto normativo. Esta autógrafa debe ser remitida al Presidente de la República para su promulgación dentro del plazo de 15 días útiles. En puridad, la sanción representa el acto de integración técnica mediante el cual se perfecciona y consagra de manera definitiva, la aprobación otorgada por el Congreso a los alcances de lo que en su momento fue un proyecto de ley. En efecto, con dicho acto se certifica que el contenido de la autógrafa corresponde a la voluntad del Parlamento y que tal decisión ha devenido en una ley.

11.1.4. La promulgación y la publicación

La promulgación es definida como una proclamación solemne y ajustada a una formula ritual, mediante la cual se formaliza la incorporación de una ley al ordenamiento jurídico. En ese contexto, implica el acto de disponer que se haga conocer a la ciudadanía el contenido y fecha de vigencia de la nueva ley.

En rigor, consiste en el reconocimiento formal extendido por el presidente de la República, en el sentido de que la ley aprobada y sancionada no ofrece ningún tipo de observación de su parte, por ende, implica la declaración de que en el futuro inmediato deberá ser acatada y obedecida como una norma del Estado. Para tal efecto, ordenará se haga de conocimiento general mediante su publicación en el diario oficial El Peruano. Como puede colegirse de lo expuesto, la promulgación contiene tres aspectos sucesivos y centrales:

- Reconocimiento de la decisión adoptada por el congreso de la República.
- Mandato de publicación del nuevo texto legal.
- Mandato de acatamiento ciudadano.

El artículo 108º de la Constitución señala que la ley aprobada debe ser enviada al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de 15 días. En caso de no promulgación presidencial, dicha acción le corresponde al presidente del Congreso, o al de la Comisión Permanente, según corresponda. Debe advertirse que en caso de que el presidente de la República tuviese que hacer observaciones sobre el todo o una parte de la ley aprobada, estas deberán ser presentadas al Congreso en el término anteriormente señalado de 15 días útiles, dichas observaciones se tramitarán como cualquier proposición. Finalmente las citadas observaciones deben ser alcanzadas por escrito, fundamentándose cada una de ellas de la manera más puntual posible. La insistencia en la aprobación requiere del voto favorable de más de la mitad del número legal de los miembros del Congreso (61 representantes) en esencia, la observación presidencial consiste en la facultad que tiene el presidente de la República para suspender la vigencia de una ley, oponiéndose a su promulgación. Ello trae como consecuencia que el Congreso se obligue a un reexamen y a una nueva discusión sobre los alcances del texto aprobado.

Se manifiesta conceptualmente como mecanismo de control democrático contra los errores y abusos del Congreso en el ámbito de la formación de leyes, amén de representar un elemento moderador de carácter técnico que evita la

precipitación legislativa. Debe recordarse que por ser la ley el instrumento básico de la acción del órgano ejecutivo, debiera ser, dentro de lo posible, el resultado de una armoniosa colaboración entre el órgano Legislativo y aquel que la hace cumplir. En suma, la observación presidencial permite eventualmente la subsanación del gazapo legislativo, y se acredita como un instrumento de control político inter órgano. Este derecho de observación o veto suspensivo, se produce cuando el presidente de la República presenta una disconformidad fundamentada sobre los alcances del proyecto, por ende, requiere al Congreso a una nueva deliberación. Cabe señalar que nuestra Constitución no admite la denominada observación o veto anulativo, mediante lo cual se puede dejar sin efecto y valor legal alguno lo aprobado por el Congreso, ergo se anula la voluntad legislativa. La observación o veto suspensivo puede formularse contra una parte o la totalidad del texto aprobado por el congreso.

Las observaciones pueden ser clasificadas en razón de la argumentación expuesta por el presidente de la República de la siguiente manera:

- **Observaciones Normativas;** están referidas a supuestos vicios formales en la elaboración de la ley, o a vicios materiales referidos a contradicciones concretas o implícitas con la Constitución.
- **Observaciones técnicas;** están referidas a vicios de incongruencia o concordancia con algún instituto, régimen o sistema jurídico-administrativo, el cual se ve afectado por la dación de la ley.

- **Observaciones políticas;** están referidas contradicciones a la política general de gobierno o a la denominada razón de Estado.

Efectuada la nueva deliberación o reconsideración por el presidente de la República, el Congreso puede promulgarla por se siempre que voten a favor de la insistencia de su aprobación, la mitad más uno del numero legal de miembros del Congreso (61 representantes).

11.1.5. La publicación

Consiste en el procedimiento específico y concreto de poner en conocimiento de la ciudadanía la existencia de una nueva disposición legal. Este procedimiento es consecuencia de una decisión expresa del Presidente de la República o en su defecto del Presidente del Congreso. La publicación representa un acto esencial para acreditar la existencia y obligatoriedad del cumplimiento de una ley. La publicidad que alude el artículo 51º de la Constitución, se refiere al conocimiento y a la divulgación general de las leyes como actos esenciales para acreditar su existencia y obligatorio cumplimiento.

El mandato constitucional de la publicidad implica una acción que tiene por objeto notificar a la ciudadanía de la existencia de una norma, mediante el empleo de un medio que permita difundirla. El medio de difusión para las leyes, los decretos legislativos y los decretos dictados por el órgano ejecutivo es el diario oficial el Peruano (artículo 109º de la Constitución), el medio de difusión para las ordenanzas municipales, los edictos y los decretos de Alcaldía expedidos por las Municipalidades de la provincia de Lima, del Departamento de Lima, será el diario oficial el Peruano.

En el caso de las municipalidades de la capital de un distrito judicial, la publicación se hará en el diario encargado de las publicaciones judiciales. En los casos de circunscripciones municipales que no sean capital de Distrito judicial, la publicación se hará mediante bandos públicos y carteles impresos fijados en lugares visibles y en los locales municipales, cabe advertir que en el caso de las resoluciones supremas o ministeriales (Órgano Ejecutivo), el medio de difusión puede ser la simple notificación, o hasta la publicación en el diario oficial el Peruano.

Ahora bien, tal como lo señalara el Tribunal Constitucional en el caso Alberto Borea Odriá y más de cinco mil ciudadanos contra “El documento del 93” (Expediente N° 0016-2003-AI/TC) aun cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal una vez que ha sido aprobada y sancionada por el Congreso de la República.

Asimismo, en el caso Colegio de Biólogos y Colegios de Arquitectos del Perú contra la Ordenanza Municipal N° 006-2006-MPP (Expediente N° 0021-2003-AI/TC) señala que, “En efecto, tal como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 51, in fine, y del artículo 109° de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no determina su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestad legislativa”.

11.1.6. Vigencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109° de la Constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, salvo que existiera disposición contraria de la misma ley que posterga

su vigencia en todo o en parte. La constitución de 1979 establecía que la vigencia de la ley corría a partir del decimosexto día ulterior a su publicación. En los hechos, establecía un prudencial periodo de *vacatio legis*-tiempo existente entre la publicación y la vigencia de una ley- con el serio objetivo de que los funcionarios estatales y la ciudadanía pudiesen informarse adecuadamente sobre los alcances de la norma legal y adoptar las medidas necesarias para su cabal acatamiento.

12. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

12.1. Garantías y procesos Constitucionales

Parafraseando a Matheus⁸⁴ las garantías son vinculadas al ámbito del proceso constitucional y a los derechos fundamentales de las personas, los cuales son necesarios para la protección de los mismos y se refiere a la protección de los mismos a nivel internacional, compromisos básicos que los Estados se comprometen cumplirlos: “El artículo octavo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reiterado en el artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y segundo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es menester tener en cuenta que las garantías Constitucionales son diferentes a los procesos Constitucionales porque a decir de Matheus⁸⁵ los procesos constitucionales son las herramientas o instrumentos para que se hagan efectivas las garantías Constitucionales; es decir, los procesos constitucionales son los mecanismos que permiten rapidez, sencillez y vialidad a las garantías Constitucionales. Los procesos Constitucionales están expuestos en el art. 139 de la Constitución Política del Perú y refiere a 22 garantías procesales.

⁸⁴ Matheus López Carlos (2012). Las garantías del Proceso Civil en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. p. 69

⁸⁵ Matheus López Carlos (2012). Ob cit. Pág. 68

12.2. Garantías constitucionales en el Perú

La Constitución del Perú en el art. 200 como Acción de Habeas Corpus que protege el derecho a la libertad; acción de amparo que procede contra hecho u omisión de autoridad o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución; acción de habeas data contra hecho u omisión de autoridad o persona que vulnera o amenaza los derechos a la información y la protección frente a informaciones que afecten la intimidad personal y familiar; acción de cumplimiento contra autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; asimismo nuestro ordenamiento constitucional contempla como garantías constitucionales la acción de inconstitucional y la acción popular.

12.2.1. Antecedentes de las garantías Constitucionales

Los operadores judiciales italianos fueron los que más han avanzado en las garantías constitucionales, fundamentaron la teoría de las garantías para lograr la efectividad de las disposiciones constitucionales y la protección de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales y judiciales; posteriormente los Estados se han preocupado por incluir en sus constituciones a las garantías constitucionales, como en nuestra Carta Magna que contempla los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, proceso de cumplimiento, proceso de inconstitucionalidad, acción popular, Matheaus⁸⁶ como procesos sumarios, idóneos, eficaces y para obtener una pronta protección de los derechos fundamentales, cumpliendo con lo previsto en el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

⁸⁶ Matheus López Carlos (2012). Ob. cit. Pág. 71.

12.2.2. Las garantías constitucionales

En la Constitución Política del Perú⁸⁷, considera que son acciones de garantías Constitucionales a amparo, habeas corpus, habeas data, proceso de cumplimiento, proceso de inconstitucionalidad, acción popular.

a. La Acción de Hábeas Corpus

Procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. (Constitución Política del Perú, art. 200 inc. 1).

Baca (2015)⁸⁸, considera que la finalidad de esta garantía es reponer al estado anterior a la violación o amenaza de violación de la libertad individual (Ley N° 23506, arto 1); por lo que protege los derechos constitucionales, y en cuanto protege derechos reconocidos en la norma constitucional y se procede en base al Título II es la libertad individual y sus derechos conexos (artículo 200.1 CP).

Es componente básico de la libertad individual, el artículo 2.24 CP.

Este derecho de la persona viene igualmente reconocido en el artículo 7.1 CADH, que dispone que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

La acción de hábeas corpus puede ser interpuesta por la propia persona perjudicada o cualquier otra en su nombre, sin necesidad de poder, papel sellado, boleta

⁸⁷ Constitución Política del Perú (1993). Título V, art. 200.

⁸⁸ Baca Chistama Vilma Lucila (2015). Las garantías Constitucionales. Pág.1-2

de litigante, derecho de pago, firma de letrado o formalidad alguna (Ley N° 23506, art. 13); se interpone contra cualquier autoridad, funcionario o persona; si bien las personas naturales y jurídicas son emplazadas directamente, la defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público la asume el procurador público que corresponda.

La competencia para conocer de la acción de hábeas corpus es el Juez Especializado en lo Penal.

b. La acción de Amparo

Procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. (Constitución Política del Perú, art. 200 inc. 2).

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.

Se refiere a derechos fundamentales como la igualdad, discriminación por origen, raza, sexo, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, idioma, o de cualquier otra índole, relacionado con el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú y se refieren a la igualdad ante la ley.

Baca (2015)⁸⁹, considera que “la demanda constitucional sólo puede ser interpuesta por la persona natural o persona jurídica afectadas en su derecho constitucional, ya sea él mismo o a través de su representante”. Esto implica que se basa en la auténtica titularidad del derecho en que se sustenta la pretensión (*legitimatio ad causam*).

La acción de amparo se interpone contra cualquier autoridad, funcionario o persona o de cualquier funcionario o servidor público la asume el procurador público que corresponda.

Esa competencia de los Jueces Especializados en lo Civil, Jueces de Trabajo del lugar donde se afectó el derecho o donde se está generando la amenaza, o donde tiene su domicilio el afectado o amenazado, o donde tiene su domicilio el autor de la infracción o amenaza, a elección del demandante. En aquellos lugares donde no hubiese Juzgados Especializados, es competente para conocer de la acción de amparo el Juez Mixto.

c. La acción de Hábeas Data

Que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución. (Constitución Política del Perú, art. 200 inc. 3). Se refiere entonces al derecho de información y cuando no se cumple se procede a esta garantía; por lo que es una garantía constitucional que procede contra el

⁸⁹ Baca Chistama Vilma Lucila (2015). Ob. cit. Pág. 1.

hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza el derecho a solicitar y recibir, sin expresión de causa, la información de cualquier entidad pública, en el plazo legal y asumiendo el costo que suponga el pedido.

Derecho que también está contemplado en la Ley N° 26301, art. 1), exceptuándose las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

No procede Acción de Habeas Data contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza el derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, que afecten la intimidad personal y familiar; derecho contemplado en el inc. 6) del art. 2 de la Constitución (Const., art. 200 inc. 3).

Es importante indicar que, de acuerdo a la Ley N° 26470, modificatoria del inc. 3 del art. 200 de la Constitución de 1993-, quedó expresamente establecido que se halla fuera del ámbito de la acción de hábeas data la protección de los derechos al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias, ya la rectificación de informaciones inexactas y agravios; derechos contemplados en el inc. 7 del art. 2 de la Constitución, ya que la protección de estos derechos se solicita por la vía de la acción de amparo, lo cual es ratificado por la Ley N° 26775 modificada por la Ley N° 26847 (Ver Capítulo II, Acción de Amparo).

Cuando se trata de una violación se requiere verificación del acto (u omisión) de un tercero (autoridad, funcionario o persona) y que se produzca, además, un efectivo atentado contra los derechos a la información. Cuando se trata de una amenaza de violación se requiere que esta (por acción u omisión) aparezca como cierta y de inminente realización (Ley N° 25398, art. 4).

Son titulares de esta acción el afectado o su representante, o el representante de la entidad afectada. En casos de imposibilidad podrá ejercer la acción cualquier tercero sin necesidad de poder expreso, con cargo a ratificación posterior del afectado, una vez que se halle en posibilidad de hacerla (Ley N° 23506, art. 26 párrs. 1° y 2°).

- La competencia para conocer la acción de hábeas data corresponde, a elección del demandante, al Juez Especializado en lo Civil:
- Del lugar en donde tiene su domicilio el demandante.
- Del lugar donde se encuentran ubicados los archivos mecánicos, telemáticos, magnéticos, informáticos o similares.
- Del lugar que corresponda al domicilio del demandado, sea esta persona natural o jurídica, pública o privada (Ley N° 26301, art. 1 párr. 1°).

Si la afectación de derechos se origina en archivos judiciales, sean jurisdiccionales, funcionales o administrativos, cualquiera sea la forma o medio en que estos estén almacenados, guardados o contenidos, conocerá de la demanda la Sala Civil de

turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que encargará el trámite a un Juez Especializado en lo Civil. El fallo en primera instancia, en este caso, será pronunciado por la Sala Civil que conoce de la demanda. Este mismo precepto regirá para los archivos funcionales o administrativos del Ministerio Público (Ley N° 26301, arto 1 párr. 2°).

d. La Acción de Inconstitucionalidad

Que 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. (Constitución Política del Perú, art. 200 inc. 4).

Es la garantía constitucional que procede interponerla contra las normas que tienen rango de ley, cuando estas contravienen la Constitución en la forma o en el fondo (Const., art. 200 inc. 4 y Ley N° 26435, art. 20), con la finalidad de que, en tal caso, la norma inconstitucional quede sin efecto para el futuro (irretroactivamente) y con alcances generales, garantizando de este modo la primacía de la Constitución.

Esta garantía constitucional está regulada en la Constitución de 1993, arts. 200 inc. 4), antepenúltima párrafo, 202 inc. 1), 203 y 204.

Ley N° 26435 (10/01/95) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, arts. 2, 4, 20 a 40; 53 a 63, 3° y 7°.

Es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, en instancia única, por lo que la sentencia recaída en

este proceso tiene autoridad de cosa juzgada y contra ella no cabe recurso alguno.

e. La Acción Popular

Que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. (Constitución Política del Perú, art. 200 inc. 5). Esto implica que se refiere a normas de menor jerarquía, cualquiera sea la autoridad que lo emane y tiene por finalidad hacer efectivo la constitucionalidad; Ley N° 24968, art. 1), por lo que la norma impugnada quedará sin efecto para el futuro (irretroactivamente) y con alcances generales (Ley N° 24968, arts. 1, 2 y 22).

Las leyes que lo regulan, a parte de la Constitución son:

- Ley N° 24968 (22/12/88) Ley Procesal de la Acción Popular, art. 1 y ss.
- D.L. N° 25433 (17/04/92) Ley que deroga el art. 7 de la Ley Procesal de la Acción Popular, arto 2.

Algunas normas que pueden resultar inconstitucionales, (Const., artículo 200 inc. 5, y Ley N° 24968, art. 1):

- Los reglamentos.
- Las normas administrativas.
- Las resoluciones de carácter general.
- Los decretos de carácter general.

La acción popular puede ser interpuesta por las siguientes personas (Ley N° 24968, art. 4):

- Los ciudadanos peruanos en ejercicio pleno de sus derechos.
- Los ciudadanos extranjeros residentes en el Perú.
- Las personas jurídicas constituidas o establecidas en el Perú, a través de sus representantes legales.
- El Ministerio Público.

El defensor del pueblo está facultado, para interponer la acción popular en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de cualquier persona (Ley N° 26520, art. 9 inc. 2).

La competencia para conocer la acción popular corresponde exclusivamente al Poder Judicial (Ley N° 24968, arto 10):

- Cuando la norma impugnada es de carácter regional o local, es competente la Sala de turno que corresponde, por razón de la materia, de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor.
- En los demás casos es competente la Sala de la Corte Superior de Lima que corresponda. Así, por ejemplo, son competentes para conocer la acción popular en materia laboral las Salas Laborales.

Garantías Constitucionales en el caso de los Tratados y Declaraciones internacionales:

- En la Declaración Universal de Los derechos Humanos se lee “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 2.1); y que todas las personas “son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (artículo 7).
- En la Convención Americana de Derechos Humanos “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (artículo 24).
- En el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 26).

f. La acción de Cumplimiento

Que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. (Constitución Política del Perú, art. 200 inc. 6).

Ley N° 26301, art. 1 y ss.), la finalidad es que la autoridad o funcionario cumpla con lo dispuesto en el precepto legal o administrativo, ya que en el fondo lo que protege esta acción es el derecho genérico a la vigencia del orden jurídico, el mismo que siempre ha de ir acompañado de un derecho específico cuya inobservancia es la que se reclama.

A parte de la Constitución, regulan esta Garantía:

- Ley N° 26301 (3/05/94) Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, arts. 4, 5 y 7.
- Ley N° 26545 (13/11/95) Ley que deroga el inc. b) del art. 5 de la Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento.

Es competencia de la elección del demandante, al Juez Especializado en lo Civil:

- Del lugar en donde tiene su domicilio el demandante.
- Del lugar que corresponda al domicilio del demandado, sea esta persona natural o jurídica, pública o privada.

CAPÍTULO VIII

TRABAJO DE CAMPO

XII. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

13.1. Sentencias a expedientes de inconstitucionalidad

La defensa extraordinaria de la legalidad y de la defensa de los derechos fundamentales, en nuestro país se realiza en base al sistema de Control Constitucional Reparador y se aprecia que, en el 2008 se presentaron casos de sentencia de inconstitucionalidad. Cabe manifestar que El Tribunal Constitucional no sólo garantiza el Ordenamiento Jurídico interno o la jerarquía de las Leyes; también tiene acción directa sobre la sociedad al proteger los derechos y el control de la constitucionalidad, por medio de la argumentación jurídica interpretativa.

Las sentencias institucionales, expresan decisiones trascendentes y relevantes para el Estado y la Sociedad. Es decir, va más allá del interés que puedan tener las partes. Pues pretenden trascender en el futuro de todos los integrantes de la sociedad. Predeterminan la política general de gobierno a dichos fallos.

En la tipología se encuentran las sentencias de especie y sentencias de principio.

La primera de éstas, el juez constitucional únicamente tendrá una labor, declarativa, en la medida que su única función es aplicar una determinada norma constitucional o algún precepto vinculada a ella.

En las sentencias de principios, el órgano constitucional interpretará el alcance y sentido de las normas constitucionales,

llenando así las lagunas que no pudo prever el legislador, generando, de esta manera, precedentes vinculantes de cumplimiento obligatorio en casos posteriores.

Sentencia N° 01

Expediente:

EXP. N. ° 00002-2008-PI/TC, presentado en el año 2008.

Asunto:

Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N°. 29166, que aprueba normas complementarias a la Ley N°. 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional. Publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2007, mediante la cual se establece las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

Fallo:

El Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, resuelve declarar Fundada, en parte, la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:

- **Inconstitucional** la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7° de la Ley N° 29166, que establece que “en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal”, incorporando la regla del Fundamento N° 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.
- **Inconstitucional** la frase “capacidad del enemigo” e incorporar en su reemplazo el término “capacidad del grupo hostil” al artículo 10° de la Ley N° 29166.

Sugiere:

Exhortar al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle las situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden actuar para mantener el orden interno en situaciones no declaradas bajo estado de emergencia enmarcados en la lucha contra el narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, de acuerdo con los lineamientos establecidos en los Fundamentos N° 51 y 52 de esta sentencia.

Sentencia N° 02

Expediente:

Expediente N° 006-2008-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra los artículos 1° y 2° de la Ordenanza Regional N° 022-2007-GRP, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Puno.

Fallo:

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **ha resuelto:**

- **Declarar Infundada** la excepción deducida por el Gobierno Regional de Puno.
- **Declarar Fundada** la demanda de inconstitucional y en consecuencia, **Inconstitucionales** los artículos 1° y 2° de la Ordenanza Regional N° 022-2008 de la Región Puno.
- **Declarar Inconstitucionales** los demás artículos de dicha Ordenanza por conexidad.

Sentencia N° 03

Expediente:

Expediente N° 00008-2008-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Ángel Agustín Salazar Piscoya y doña Sandrita Najar Kokally, en representación de 10 388 ciudadanos, contra los artículos 3º, 11º inciso d), 12º, 17º, 29º segundo párrafo, 40º, 41º, 51º, 53º, 54º, 63º, 65º inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.

Fallo

El Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha Resuelto:**

- **Declarar Infundada la** demanda.
- De conformidad con los fundamentos 134 y 135 supra, interprétese el penúltimo párrafo del artículo 65º de la Ley N°. 29062 en el sentido de que entre las entidades públicas a las que puede retornar, después de 5 años, el docente destituido por las causales previstas en los literales a), d), e), f), g) y h) del artículo 36º de la misma ley, no se encuentran las que prestan servicio público docente. Este criterio de interpretación tiene alcance general y resulta vinculante para todos los poderes públicos, de conformidad con los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional.

Sentencia N° 04**Expediente:**

Expediente N° 00010-2008-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Ministerio de la Producción contra la Ordenanza Regional N° 0017-2005-GORE-ICA, emitida por el Gobierno Regional de Ica, por vulnerar lo dispuesto en la Constitución respecto a las competencias de los Gobiernos Regionales.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **ha resuelto:**

Declarar **Infundada** la demanda.

Sentencia N° 05**Expediente**

Expediente N° 00011-2008-PI/TC, Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ministerio de la Producción, en representación del Presidente de la República, contra los artículos 1°, 2°, 5° y 6° de la Ordenanza Regional N° 007-2004-CR/GOB.REG.TACNA emitida por el Gobierno Regional de Tacna, por vulnerar lo dispuesto en la Constitución relacionado a competencias de los Gobiernos Regionales.

Fallo

El Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha Resuelto:**

Declarar **Infundada** la demanda.

Sentencia N° 06

Expediente

Expediente Nos. 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú y más de 5,000 ciudadanos contra los Decretos Legislativos N°s 1027, 1047 y 1084, publicados en el diario oficial El Peruano el 22, 26 y 28 de junio de 2008, respectivamente.

Fallo

Por los fundamentos anteriormente expuestos, considero que corresponde declarar **Fundada** la demanda de inconstitucionalidad de autos, por haberse acreditado vicios de forma (exceso respecto de la materia delegada) y vicios de fondo (vulneración de los derechos a la libertad de empresa, libre competencia, igualdad y libertad de trabajo); y, en consecuencia, **Inconstitucionales** los Decretos Legislativos N.°s 1027, 1047 y 1084.

Sentencia N° 07

Expediente

EXP. N° 00006-2009-PI/TC, LIMA, FISCALÍA DE LA NACIÓN

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación, doña Gladys Margot Echaíz Ramos, contra diversos artículos de la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial.

Fallo

En tal sentido considero que la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada:

- **Infundada** en el extremo referido al cuestionamiento de los incisos 5) y 8) del artículo 40° de la Ley de la Carrera Judicial, puesto que considero que la prohibición establecida en los mencionados dispositivos es legítima en atención a la singular labor que realizan los jueces, sin embargo debe entenderse que la prohibición de variación del “lugar donde ejerce el cargo” no se asimila al concepto de distrito judicial. Además respecto al dispositivo señalado en el inciso 12) del artículo 48° del mismo cuerpo normativo, debe entenderse como falta grave el no señalar como domicilio el lugar en el que va a desempeñar la función pública, salvo excepciones, las que deben ser también desarrolladas normativamente por la Corte Suprema de Justicia.
- Respecto al inciso 16) del artículo 47° de la Ley cuestionada considero que debe declararse **Inconstitucional** la frase “desde el punto de vista jurídico”, por las razones expuestas en la sentencia y realizar la **Interpretación** de las palabras improcedentes y manifiestamente ofensivas como condiciones concurrentes, conforme lo expresan los votos de los Magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda y Eto Cruz.
- **Infundada** respecto a los incisos 5) y 6) del artículo 47° de la Ley de la Carrera Judicial, conforme lo expresado en el fundamento 9 del presente voto.
- **Fundada** respecto al cuestionamiento de los artículos 87° y 88°, debiendo ser expulsados del ordenamiento jurídico, conforme a lo expresado en el fundamento 10 del presente voto.
- **Infundada** la demanda en lo demás que contiene.

Sentencia N° 08**Expediente**

Expediente N° 00008-2009-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lambayeque, contra el Decreto Legislativo N° 1051 (artículos 1° y 2°), publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de junio de 2008, que modifica los numerales 30.1, 30.2, 30.5, 30.6, 30.7 y 30.8 del artículo 30° y el artículo 31° de la Ley N° 27185, Ley General de Transporte Terrestre.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Infundada** la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lambayeque.

Sentencia N° 09**Expediente**

Expediente N° **00013-2009-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y un congresistas de la República, representados por don Jaime G. Álvarez Jinés, contra el artículo 25° del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N° 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **ha**

Resuelto:

- Declarar **Fundada** la demanda de inconstitucionalidad de autos; en consecuencia inconstitucional por la forma y por el fondo la frase “previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso” contenida en el segundo párrafo del artículo 25º del Reglamento del Congreso de la República.
- Recomendar que el Congreso de la República regule el plazo máximo de suspensión temporal y la tramitación preferencial, exclusiva y rápida del proceso penal en el que se encuentran comprendidos los altos funcionarios a que se refiere el artículo 99º de la Constitución Política del Perú, conforme a lo expresado en el fundamento 59 de la presente sentencia.

Sentencia N° 10

Expediente

Expediente N° **0019-2009-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao, debidamente representado por su Decano, Doctor Jorge Antonio Guizado Salcedo, contra diversos artículos de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

- Declarar **Fundada** en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la expresión “en materias jurídicas” del artículo 40, inciso 3), de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, quedando subsistente la disposición con el siguiente contenido: “Está prohibido a los jueces: 3. aceptar cargos remunerados dentro de las instituciones públicas o privadas, a excepción del ejercicio de la docencia universitaria”.
- Declarar **Improcedente**, por sustracción de la materia, la demanda de inconstitucionalidad relacionada con los artículos 34, inciso 15), 40, incisos 5) y 8), y 47, incisos 6) y 16), de la Ley 29277, y su Segunda Disposición Complementaria Modificatoria.
- Declarar **Infundada** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene; debiéndose interpretar el artículo 40, inciso 4), de la Ley 29277, en los términos expuestos en el Fundamento N°. 43 de esta sentencia.

Sentencia N° 11

Expediente

Expediente N° 00034-2009-PI/TC, Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Ministerio de Justicia en representación del Poder Ejecutivo, contra el artículo 1º de la Ordenanza Municipal N° 029-GPH que dispone el cambio de denominación de Municipalidad Provincial de Huaraz a la de Gobierno Provincial de Huaraz.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Fundada** la demanda, y en consecuencia, inconstitucional el artículo 1º de la Ordenanza Municipal N° 029-GPH, de fecha 28 de octubre de 2003.

Sentencia N° 12

Expediente

Expediente N° **00004-2010-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por cincuenta y ocho ciudadanos, representados por don Santiago Freddy Merino Bringas, contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y Primera Disposición Complementaria de la Ordenanza Municipal N° 165-2009-MDPH; y los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Municipal N° 175-2009-MDPH.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú **ha resuelto:**

- Declarar **Fundada** en parte la demanda; en consecuencia **Inconstitucionales** los artículos séptimo y octavo de la Ordenanza N° 182-2010-MDPH, los artículos 4º, 5º, 6º y Primera Disposición Complementaria de la Ordenanza Municipal N° 165-2009-MDPH, así como el artículo 1º de la Ordenanza Municipal N.º 175-2009-MDPH.
- Declarar que debe interpretarse en conjunto los artículos primero y cuarto de la Ordenanza N° 182-2010-MDPH, en el sentido de que al no existir sanción económica, el pintado voluntario a cambio de beneficios tributarios sí resulta una medida compatible con la Norma Fundamental.

- Declarar que los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad de autos son aquellos contenidos en el fundamento 38 de la presente.
- Declarar **Infundada** la demanda en lo demás que contiene.
- Declarar que tanto las municipalidades y en general las instituciones públicas y privadas, tienen el deber de promover dentro su organización y en el respectivo ámbito ciudadano, sistemas de comunicación sobre los efectos del cambio climático en el Perú y en sus correspondientes ámbitos de competencia, así como sistemas de educación sobre la responsabilidad socio-ambiental y las medidas de ecoeficiencia a nivel personal, familiar e institucional, que se pudieran implementar para fomentar un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Sentencia N° 13

Expediente

Expediente N° **00007-2010-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo, debidamente representado por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas, don Walter Augusto CastilloYataco, contra la Ordenanza Municipal N° 014-2009-MPS, emitida por la Municipalidad Provincial de Sechura, que prohíbe dentro del ámbito de la Bahía de Sechura y frente a la franja marino costera del macizo de Illescas se desarrollen acciones de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales con la finalidad de preservar toda clase de especies hidrobiológicas y marinas.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha Resuelto:**

Declarar **Fundada** la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Poder Ejecutivo. En consecuencia, inconstitucional la Ordenanza Municipal N° 014-2009-MPS, emitida por la Municipalidad Provincial de Sechura, departamento de Piura, publicada en el diario La República el 30 de mayo de 2009.

Sentencia N° 14**Expediente**

Expediente N° 00008-2010-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Municipal N° 04-2008-MPF-H/A expedida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, Departamento de Ayacucho, que declara como zona intangible toda la jurisdicción territorial de la Provincia de Fajardo, y en consecuencia, prohíbe las licencias para la exploración y explotación minera en la zona.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha Resuelto:**

Declarar **Fundada** la demanda, y en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza Municipal N° 04-2008-MPF-H/A, del 2 de abril de 2008, emitida por la Municipalidad Provincial de Fajardo, del Departamento de Ayacucho.

Sentencia N° 15

Expediente

Expediente N° 0012-2010-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N° 28704, que establecen que el indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, no son aplicables a las personas que hayan sido condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha Resuelto:**

- Declarar **Infundada** la demanda.
- De conformidad con los fundamentos 80 a 83 supra, la concesión de la libertad al penado en aplicación de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, semilibertad o liberación condicional, se encuentra condicionada a que el juez penal, tras la respectiva valoración, tenga la convicción de que el referido penado se encuentra rehabilitado, y, consecuentemente, no constituye una amenaza para la seguridad de la población. En caso de duda, en observancia del artículo 44º de la Constitución, el juez está constitucionalmente prohibido de conceder la libertad. En estos casos no opera el principio favor libertatis, por no ser de aplicación a personas

condenadas a pena privativa de libertad a través de una sentencia firme si aún no se ha cumplido la totalidad del quantum de la pena impuesta.

Sentencia N° 16

Expediente

Expediente N° 00013-2010-PI/TC, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Joseph Gabriel Campos Torres, en representación de 5472 ciudadanos, contra un extremo del artículo 1º de la Ley N° 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, emitida por el Congreso de la República y publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 23 de julio de 2004.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

- Declarar **Infundada** la demanda de inconstitucionalidad.
- Interpretar el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el sentido que este Colegiado puede sesionar tanto en su sede de Arequipa, como en la sede de Lima, como ha quedado expuesto en el fundamento 13; y, también puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.
- Declarar que de conformidad con lo expuesto en fundamento 15, las decisiones jurisdiccionales recaídas en el Exp. N° 2008-07193, seguido ante el 11º Juzgado Civil de

Arequipa y, en segunda instancia, ante la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, carecen de efectos jurídicos

- Declarar que aunque la sede del Tribunal Constitucional en la ciudad de Arequipa está en funcionamiento, corresponde disponer que, no obstante las limitaciones presupuestarias enunciadas, este Colegiado adoptará las medidas pertinentes para optimizar su implementación y mejorar la atención tanto de los litigantes y sus abogados, como de la colectividad en su conjunto, teniendo en cuenta para ello, la carga procesal correspondiente a la denominada Macro Región Sur, en donde se encuentran ubicados los Distritos Judiciales de Arequipa, Cusco, Madre de Dios, Moquegua, Puno y Tacna.

Sentencia N° 17

Expediente

Expediente N° **00019-2010-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra el artículo 3 de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

- Declarar **Infundada** la demanda contra el artículo 3 de la Ley 29277.

- Declarar **Improcedente** la demanda en lo referente al Proyecto de Reglamento publicado por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Sentencia N° 18

Expediente

Expediente N° **00020-2010-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Cajatambo, debidamente representada por su Alcalde, don Miguel Ángel Carlos Castillo, contra la Ley N° 28325, publicada el 11 de agosto de 2004 en el diario oficial El Peruano.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Infundada** la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

Sentencia N° 19

Expediente

Expediente N° **0024-2010-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas, contra el Decreto Legislativo N° 1097, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 1 de septiembre de 2010. El presente Decreto Legislativo tiene por objeto adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, a todos

los Distritos Judiciales del país, con la finalidad de establecer un marco regulatorio uniforme respecto de los delitos que implican violación de derechos humanos.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Fundada, en parte**, la demanda de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, inconstitucionales las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo N° 1097:

- Artículo 3.2, literal a)
- La frase “que en el caso del personal militar y policial será el instituto armado o policial al que pertenece” del artículo 3.2, literal b)
- Artículo 3.4
- Artículo 4.2
- Artículo 6.2
- Artículo 6.3
- Artículo 6.4
- Primera Disposición Complementaria Final.
- Segunda Disposición Complementaria Final.
- Tercera Disposición Complementaria Final.

Declarar, de conformidad con los Fundamentos Jurídicos Nos. 70 a 72 supra, la inconstitucionalidad, por conexidad, de la declaración contenida en el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N° 27998. De conformidad con los Fundamentos Jurídicos Nos. 74 a 76 supra, la interpretación de este Tribunal que determina la referida inconstitucionalidad, en

virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82° del Código Procesal Constitucional, resulta vinculante para todos los poderes públicos, motivo por el cual estos se encuentran impedidos de aplicar el referido precepto jurídico en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes.

De conformidad con el artículo 81° y 82° del Código Procesal Constitucional, esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas, son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales.

Sentencia N° 20

Expediente

Expediente N° **00025-2010-PI/TC**, presentado por el Tribunal Constitucional.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, emitida por el Gobierno Regional de Ayacucho. Con fecha 10 de febrero de 2011, la Oficina Regional de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional de Ayacucho contesta la demanda solicitando que ésta se desestime, expresando que el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2010-ED vulnera el derecho al acceso al empleo público en condiciones de igualdad. Refiere, igualmente, que dicho precepto reglamentario transgrede el principio de legalidad, al no tener rango legal, además de ser irrazonable y desproporcionado.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Fundada** la demanda interpuesta contra la Ordenanza Regional N° 004-2010-GRA/CR, emitida por el Gobierno Regional de Ayacucho; en consecuencia, declara inconstitucionales sus artículos 1º y 2º.

Sentencia N° 21

Expediente

Expediente N° 00025-2010-PI/TC, Yonhy Lescano Ancieta Apoderado de Congresistas de la República

Asunto

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por don Yonhy Lescano Ancieta y otros congresistas de la República, que en conjunto superan el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, contra el Decreto de Urgencia N° 061-2010, emitido por el Poder Ejecutivo y publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 5 de septiembre de 2010, que determina los alcances del numeral 54.1 del artículo 54º y del numeral 66.7 del artículo 66º de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

- Declarar **Fundada** la demanda inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el Decreto de Urgencia N° 061-2010.
- Declarar que puesto que la presente sentencia no se pronuncia sobre el texto del numeral 54.1 del artículo 54º y el texto del numeral 66.7 del artículo 66º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, y que éstos no fueron modificados por el Decreto de Urgencia N° 061-2010, ellos

subsisten en los términos que aparecieron publicados en el diario oficial “El Peruano” el 2 de septiembre de 2010, conforme al fundamentos 16, supra.

Sentencia N° 22

Expediente

Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional, Expediente N° 00030-2010-PI/TC

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Nazca contra la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 29022, Ley para la expansión de infraestructura en telecomunicaciones, que establece un plazo para que las empresas operadoras de telecomunicaciones que hayan instalado infraestructura con anterioridad a la vigencia de la referida ley, la adecuen a su contenido normativo.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Infundada** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 29022.

Declarar que cualquier afectación en concreto del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida u otros derechos de los ciudadanos, como consecuencia de la actividad de las empresas de telecomunicaciones, justifica que los ciudadanos tengan habilitada la vía de procesos constitucionales como el amparo para la defensa de los mismos.

Sentencia N° 23

Expediente

EXP. N° 0033-2010-PI/TC, LIMA 25% del Número Legal de Congresistas.

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 10 de abril de 2012

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas contra los artículos 17 y 21 de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de abril de 2009.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Infundada** la demanda de inconstitucionalidad.

Interpretar el artículo 21 de la Ley N° 29344 en el sentido de que las enfermedades de alto costo de atención que no están incluidas en el PEAS son financiadas para la población bajo el régimen subsidiado y semicontributivo con el Fondo Intangible Solidario de Salud (FISSAL), conforme a lo establecido en el fundamento 44 de esta sentencia.

Sentencia N° 24

Expediente

Exp. N° 00007-2011-PI/TC, La Libertad, 751 ciudadanos, representados por Segundo Alberto Aguirre Calderón.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 751 ciudadanos contra la Ordenanza Municipal N° 11-2007-MPCH de la Municipalidad Provincial de Chepén, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 30 de septiembre de 2010. Que dispone la adecuación de la Municipalidad del Centro Poblado de Santa Rosa (distrito de Pueblo Nuevo) a la Ley N° 27972 (en adelante, Ley Orgánica de Municipalidades).

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Infundada** la demanda.

Sentencia N° 25**Expediente**

EXP. N° 00012-2011-PI/T, Lima. Más de 5,000 Ciudadanos.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 2º de la Ley N° 29423 y los Decretos Legislativos Nos. 982, 984 y 985, que establecen medidas relacionadas con la política penitenciaria en materia de terrorismo así como el régimen carcelario de las personas involucradas con organizaciones criminales.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

Declarar **Infundada** la demanda.

Sentencia N° 26**Expediente**

EXP. N° 00020-2011-PI/TC. Arequipa. Colegio de Abogados de Arequipa

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el artículo 1º de la Ley N° 29475, en cuanto modifica el artículo 7.2 de la Ley N° 28583, Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, así como, por conexión, contra el artículo 46 del Decreto Supremo N° 014-2011-MTC, Reglamento de la Ley N° 28583.

Fallo

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha Resuelto**

Declarar **Infundada** la demanda.

Sentencia N° 27**Expediente**

Pleno Jurisdiccional. Expediente 0013-2012-PI/TC.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas de la República contra el artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **ha resuelto:**

Declarar **infundada** la demanda de inconstitucionalidad. Adicionalmente, en coherencia con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, **Interpretar** el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, en el sentido de que tal afiliación compulsiva es válida siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido por el artículo 2 de la Ley 29903, en el extremo que incorpora el artículo 7-E del Decreto Supremo 054-97-EF, según información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión que debe ser brindada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Sentencia N° 28

Expediente

EXP. N° 00011–2012–PI/TC. Lima, Gobierno Regional de Moquegua.

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Martín Alberto Vizcarra Cornejo, en su calidad de Presidente del Gobierno Regional de Moquegua, contra la Ordenanza Regional N° 022-2011-GRP-CRP emitida por el Gobierno Regional de Puno, de fecha 6 de diciembre de 2011, y publicada en el diario oficial El Peruano el 6 de mayo de 2012, que declara de

necesidad e interés regional la priorización de la demarcación territorial en zonas de conflicto territorial en la Región Puno.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha Resuelto:**

Declarar **Fundada** en parte la demanda; en consecuencia, **Inconstitucional** los artículos segundo y tercero de la Ordenanza Regional N° 022-2011-GRP-CRP.

Declarar **Infundada** la demanda en lo demás que contiene.

Sentencia N° 29

Expediente

EXP. N° 15-2013-PI/TC. Lima. Congresistas de la República

Asunto

Demanda de Inconstitucionalidad del artículo 78.9 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, expulsando del ordenamiento jurídico la frase: “multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria.

Fallo

Declarar **fundada en parte** la demanda y, en consecuencia, **Inconstitucional** el artículo 78.9 de la Ley 29248, modificado por el Decreto Legislativo 1146, expulsando del ordenamiento jurídico la frase: “multa del cincuenta por ciento (50%) de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente a la fecha en que se hace efectivo el pago. Asimismo, y en tanto no se cancele la multa correspondiente, se aplicará”.

Asimismo, con los votos de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz, se **Exhorta** “al legislador para que en el plazo más breve regule un mecanismo

alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos del documento nacional de identidad derive en una condena de muerte civil”.

Sentencia N° 30

Expediente

EXP. N° 00012-2014-PI/TC. Ciudadanos Congreso de la República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público.

Fallo

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, **Ha**

Resuelto:

- Declarar **Fundada** en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Séptuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114; en consecuencia, **Inconstitucional** el siguiente texto “(...) hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren (...)”. El texto del primer párrafo de la referida disposición quedaría de la siguiente manera: Septuagésima Segunda. Dispónese que la devolución a que se refiere la Ley 29625, comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, de acuerdo con la información del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, siendo los beneficiarios aquellos que se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios que elabore la Comisión a que se refiere la Ley 29625, excluyendo a quienes, directa o

indirectamente, se hubieran beneficiado con los recursos a que se refiere el Decreto Ley 22591, y sus modificatorias.

- Declarar **Infundada** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo que cuestiona la disposición impugnada por cuestiones de forma.
- Declarar **Infundada** la demanda en el extremo en que se cuestiona que la devolución de los aportes sólo abarca la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores, excluyendo los aportes de los empleadores y del Estado.

13.2. **Análisis e interpretación de los fallos expuestos**

La sentencia que estima fundada la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, reglamento o disposición de carácter general, solamente podrá declararse con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros que forman el tribunal. Si la inconstitucionalidad fuese total, la ley, reglamento o disposición con carácter general quedará sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial (efectos definitivos). Sin embargo, cuando se hubiere acordado la suspensión provisional, los efectos del fallo se retrotraerán a la fecha en que se publicó la suspensión.

En las 29 sentencias del Tribunal Constitucional seleccionadas, se observa ser cosa juzgada constitucional, porque cumple con los procedimientos de una comprobación por parte del Tribunal Constitucional que imparte justicia y emite su casuística, acorde a los principios y normas consideradas en la Constitución. También

se observa que cumplen con los requisitos⁹⁰ para que los casos expuestos sean considerados cosa juzgada:

- El fallo en las 29 sentencias corresponde a un órgano jurisdiccional constitucional que es el Tribunal Constitucional del Perú.
- Se aprecia que ha operado el principio de preclusión sobre la capacidad de impugnar cada una de las sentencias seleccionadas.
- En el análisis se observa que el Tribunal Constitucional emite un pronunciamiento de fondo de las normas con rango de ley.
- En la observación, análisis, comparación y abstracción permite expresar que obedece a un proceso fiel y tributaria a los precedentes vinculantes, normatividad e interpretaciones doctrinarias del Tribunal.
- La conclusión que se emite es objetiva y en la sentencia y se aprecian los argumentos de la tutela procesal efectiva.

El análisis que se realiza de las 29 sentencias permite expresar que, el Tribunal Constitucional cumple un rol preponderante y genera efectos de Cosa Juzgada, en cada una de las sentencias que emite, rol que puede cumplirse, considero con mayor certeza y menor gasto al Estado y a los ciudadanos si se realiza, en base al sistema que propone el modelo preventivo y generaría aspectos básicos de los efectos de cosa juzgada, tales como:

- El pleno respeto a los principios, valores y derechos constitucionales de los ciudadanos y funcionarios autorizados para emitir demanda de inconstitucionalidad.

⁹⁰ Sánchez Sánchez Wilson (2013). La inejecución de las sentencias del tribunal constitucional: problema y soluciones. Pág. 41.

- Se nota que recurren a la jurisprudencia y precedente vinculantes para los casos juzgados.
- La inimpugnabilidad e imposibilidad de ulterior revisión o reexamen judicial porque es el mandato Constitucional.
- La inmutabilidad e imposibilidad de ulterior modificación.
- La inexorabilidad del cumplimiento de los efectos jurídicos expresados en cada uno de los fallos.

En las 29 sentencias se aprecia también que, son tratadas como acciones de protección y no como recursos porque no es la revisión de una sentencia, sino una medida frente a una amenaza para una sociedad, respecto al legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, expresados en la Constitución; por lo que se analiza que estas movilizaciones o denuncias de inconstitucionalidad en pro de la Constitucionalidad, reúnen características básicas (Puyol y García)⁹¹, citan a Maturana y es concordante con la observación y análisis de los resultados expuestos, por lo que permite concretar argumentos en base a las siguientes características:

- En los 29 expedientes de las sentencias del Tribunal Constitucional se observa que se han presentado una acción constitucional y no un recurso.
- Las 29 denuncias poseen una acción cautelar.
- Solo están dirigidas al Tribunal Constitucional porque reconocen su facultad, autonomía e inapelabilidad.
- Los petitorios y los fallos se basan en la acción de protección y de las garantías Constitucionales.
- Se deduce que los efectos posibilitan su interposición no sólo por el afectado, sino que en su nombre, para cualquier

⁹¹ Puyol Crespo Jaime y García Pereira Ignacio (2007). La legitimación activa en las acciones constitucionales, y de modo especial en la acción de protección. Pág. 3 – 37

ciudadano, órgano del Estado, organización u otra institución.

- Su fallo es inquisitivo y se traduce en cosa juzgada.
- Evita la amenaza y puede generar mayor bienestar y práctica de convivencia justa y democrática.

Se observa en las 29 sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional su rol protagónico en la Constitucionalidad de las Leyes y su ordenamiento es valioso, porque su rol no solo es la justicia constitucional, en base a las características y principios de la Constitución Política y promover la defensa del principio de la supremacía constitucional y de la legalidad, sino también por el continuo desarrollo de la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos para una convivencia justa, democrática y de respeto a los derechos fundamentales; por lo que se advierte también que el Tribunal Constitucional cumple su rol, para el caso de las normas con rango de ley, en base al modelo concentrado Reparado o Remedial y lo considero que no es una intervención oportuna porque, como se aprecia en las 29 sentencias, los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional se realizan después de un año de interpuesta la demanda de inconstitucionalidad y durante ese lapso las leyes ya tienen vigencia y por tanto, pueden generar daños en el respeto a los derechos fundamentales de las personas y de las instituciones. De esta manera, como aprecia Sánchez⁹² “el Tribunal Constitucional asuma un activo control de constitucionalidad, no solo como legislador negativo, sino también como un auténtico promotor del respeto de los derechos fundamentales, precisando el contenido y límite de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación”.

⁹² Sánchez Sánchez Wilson (2013). Ob cit. 45.

En las 29 sentencias objeto de análisis se observa que las sentencias no solo se limitan al contenido de la norma, sino a la forma en relación a la Constitución; ambos procesos de revisión y contrastación se pueden realizar de manera preventiva para que aún no genere impacto en la sociedad, cuando el acto del control de la Constitucionalidad de las normas con rango de ley se realiza de manera Remedial; con ambos procesos la Constitución goza de supremacía, pero con el control preventivo la norma no ha ejercido y por tanto, no ha generado daño alguno o la posibilidad de generar daño, en relación a los derechos fundamentales. “Ello implica que el resto del ordenamiento no puede vulnerar lo señalado en la misma, ni por la forma, ni por el fondo. Caso contrario, nos encontramos ante un supuesto de inconstitucionalidad”⁹³.

En las 29 sentencias del Tribunal Constitucional, objeto del presente estudio, se aprecia que se procesa si existe validez de las normas con rango de ley en comparación con la Constitución Política del Perú. Acción que el Tribunal Constitucional lo realiza a posteriori para verificar si lo contradicen en su forma y en su espíritu; de manera que, el mismo rol puede cumplirlo cuando la norma está en la fase de proyecto y solo falta la promulgación, aplicando para ello el control preventivo. Pérez y Pericola⁹⁴ En sentido estricto, el control de constitucionalidad consiste en cotejar la norma o acto impugnados con la norma suprema y, en caso de constatar su incompatibilidad formal, desplazar a los primeros a cuyo efecto se los declara inconstitucionales. En suma, siempre se ejerce control cuando se efectúa la operación de comparación o confrontación normativa, ya sea que su

⁹³ Amaro Caldas Heral Roger (2011). La aplicación del control difuso en la administración Pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad. Pág. 69.

⁹⁴ Pérez Ballester Ana Clara Pericola María Alejandra (S.a.). Las garantías constitucionales del proceso penal en el sistema jurisdiccional de control difuso. Pág. 2

resultado sea dejar de lado la norma impugnada por contradecir la Constitución del Estado o confirmar su armonía con ésta.

También las 29 sentencias, en su conjunto, las sentencias del Tribunal Constitucional lo hacen velando por el principio de la supremacía de la Constitución, lo cual implica que el ordenamiento jurídico solo es posible si se ubica a la constitución por encima de las demás leyes y de esa manera el sistema jurídico nacional mantiene fundamento, orden y la adecuada organización para la administración de la justicia.

Es menester considerar que, en las 29 sentencias del Tribunal Constitucional existe el marcado interés por el reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales de las personas, por lo que destaca el rol que cumple el Tribunal Constitucional porque vincula a la observancia, el cumplimiento y respeto de los derechos reconocidos en la Constitución para la convivencia democrática; por lo que se confirma lo expresado por Amaro⁹⁵, al hacer suyas las ideas de Quiroga (2009): “La justicia Constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado Democrático de Derecho a la exigencia de Asegurar una tutela efectiva de los Derechos Fundamentales”; esta es una de las apreciaciones fundamentales del valor del Tribunal Constitucional y de la importancia para una convivencia justa y cada vez más democrática.

Las 29 sentencias que se han considerado en la presente investigación han sido atendidas, por El Tribunal Constitucional de manera Remedial, es decir la participación de la Sala Constitucional en la resolución de asuntos de constitucionalidad de la ley, en un carácter a priori; por lo que considero que las razones jurídicas, a todas luces deja un análisis del inconveniente que el Tribunal Constitucional participe en el proceso político de la

⁹⁵ Amaro Caldas Heral Roger (2011). Ob cit Pág. 82.

formación de las leyes de manera oportuna, puesto que esto vulnera la independencia de criterio del órgano legislativo y sirve para influir indebidamente su voluntad política, en el caso de los gobiernos regionales y de las municipalidades, principalmente.

Se aprecia también en las 29 demandas seleccionadas que el recurso de inconstitucionalidad, se constituye en una especie de filtro en sí mismo, para el análisis de la constitucionalidad de las normas con rango de Ley, pero se realiza por demanda de terceras personas que, dejando de realizar sus labores o funciones, se ven interrumpidas porque tienen que atender a la necesidad de defender la vulneración de los derechos fundamentales, constitucionalmente constituidos. Cuando en verdad esta acción lo puede realizar el Tribunal Constitucional modificando su actuar de ser Reparados Remedial a un sistema de control preventivo, es decir antes que la norma con rango de ley, sea publicada en el Diario Oficial el Peruano y empiece a regir. Esto permitiría evitar las vías de procedimiento de quienes Constitucionalmente están autorizados para demandar los casos de inconstitucionalidad, conllevaría además que los funcionarios del Tribunal Constitucional tengan que ser los primeros en aplicar verdadera y vivamente los preceptos constitucionales a las normas, pero antes de su vigencia y acción normativa.

Que una norma con rango de ley sea revisada o controlada, en base a la primacía de la Constitución y por un tribunal superior que no ha planteado ni ha legislado, y que dicha revisión comprenda todos aquellos argumentos en los que se sustenta para ver la posibilidad de su continuidad o la expulsión del sistema de leyes o si fuese mediante el Control Reparador la modificación en los aspectos que van contra la Constitucionalidad. En los casos expuestos se aprecia la declaración de sentencias de inconstitucionalidad y la norma con rango de ley pasa a ser expulsadas, mientras que en otros casos la sentencia falla que no

existe inconstitucionalidad en todos los extremos de la norma con rango de ley, por lo que, continúa siendo vigente y regula la convivencia social; en otras normas las sentencias declaran fundadas en parte la inconstitucionalidad y pueden ser superadas. Es en base a estas formas de acción que el Tribunal Constitucional cumple su función, en el caso nuestro de ser un Sistema Concentrado Remedial, en este caso “la Constitución es la que otorga validez al sistema jurídico y en norma fundamental descansa todo el sistema jurídico”⁹⁶.

También cabe destacar que el Tribunal Constitucional del Perú no tiene la oportunidad jurídica de participar, de manera oportuna en la verificación de la Constitucionalidad de las normas, porque se aprecia que las sentencias, en todos los casos expuestos han sido fallados después de un año de haber sido interpuesta la demanda de inconstitucionalidad, en muchos de los casos es tardía porque en ese lapso la norma con rango de ley, aun pudiendo ser inconstitucional, ya está generando su efecto en las instituciones y en la sociedad, en general; por lo que amerita darle mayor precisión jurídica a la participación del Tribunal Constitucional, mediante el Sistema de Control Preventivo.

La primacía Constitucional configura una jurisdicción con mecanismos de control que permitan la Constitucionalidad de las normas con rango de ley; además, la mayoría de estos recursos de inconstitucionalidad se han planteados con amplios márgenes de legitimación para su acceso, y, a pesar del juzgamiento y sentencia del Tribunal Constitucional para decláralo que no atenta contra la primacía de la Constitución, por aplicarse el mecanismo del Control Reparador existe un daño para la población que siente la necesidad de movilizarse para sacar las firmas o de los

⁹⁶ Amaro Caldas Heral Roger (2011). La aplicación del control difuso en la administración Pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad. Pág. 55.

representantes de las entidades públicas que se ven en la imperiosa necesidad de preocuparse por solicitar inconstitucionalidad de las normas con rango de ley ya publicadas y dejan de lado otras funciones. Esta mayor legitimación se hace con un afán verdaderamente garantista, por lo que el Tribunal Constitucional se ve obligado opinar y dejar sin efecto una Ley o en su defecto reafirmar que guarda concordancia con la Constitución y que no se ha generado atentado a la Constitucionalidad democrática, función que lo pueden cumplir antes de la promulgación y publicación de las normas con rango de ley, sirviendo como filtro oportuno para no generar daños en los ciudadanos; para ello se puede hacer uso del Sistema de Control Preventivo.

Se aprecia también en las 29 sentencias la participación en pleno de los Miembros del Tribunal Constitucional, por lo que se practica el Sistema de Control Concentrado, en abstracto porque no necesariamente puede darse en hechos concretos y es erga omnes para los casos de las normas con rango de ley, es de manera directa el análisis, observación y comparación de la norma con la Constitución, este precepto bajo el principio de la legalidad de la Constitución y de sus principios.

Se aprecia también en las 29 sentencias analizadas el marcado interés de la sociedad organizada o de los representantes y funcionarios el interés que las leyes se basen en la Constitucionalidad o que todas las normas dependen directa o indirectamente de la Constitución, acción que le otorga validez y confiabilidad; de manera que una violación de la legalidad es, por relación intrínseca violación indirecta a la constitucionalidad, por tanto se necesita leyes in finis a la Constitución. En los casos de sentencias infundados o fundados de Constitucionalidad, la trasgresión de los principios formales o del contenido establecidas

por la Constitución se genera una inconstitucionalidad inmediata. De este modo se sustenta la garantía de la Constitucionalidad.

Cabe mencionar también que, en la mayoría de los 29 casos analizados las sentencias de inconstitucionalidad son más encubiertos y son el resultado del análisis de la Constitución Política y del ordenamiento jurídico para que finalmente el Tribunal Constitucional determine la inconstitucionalidad o no.

El control preventivo permite una mayor flexibilidad a los magistrados constitucionales de profundizar más agudamente en los conflictos que se entrañan en la aplicación de la Constitución Política, antes de la vigencia y funcionamiento de algunas normas, atendiendo siempre a la defensa y la supremacía de la Constitución, esperando que el filtro de constitucionalidad que permite el sistema de control reparador no provoquen problemas en las instituciones, funcionarios y en la ciudadanía; sino que sirva como uno de los mecanismos básicos para que las normas con rango de ley, oportunamente sean corregidos por los legisladores y no se publiquen normas que están atentando a la Constitución, es decir a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional no solo garantiza la Constitucionalidad de las normas con rango de Ley, se ha notado en las sentencias que cumple un rol político y opina en decisiones jurídicas con este nivel con resultados políticos dentro de sus competencias. La instauración de una jurisdicción constitucional implica que ésta tenga potestades con efectos “políticos” porque la Constitución Política del Perú, es una Ley fundamental que configura ser la primigenia sobre la elaboración de normas de inferior rango, las decisiones del órgano encargado de defender este texto supremo siempre tendrán incidencia política necesariamente. No llevan razón a los Congresistas, considerar el peso político de las

decisiones del Tribunal Constitucional argumento que si bien es cierto que la Sala atiende por definición discusiones políticas, pues de lo que se encarga es de resolver la rama del derecho más política que existe apegadas al derecho de las garantías fundamentales de los ciudadanos, y no de oportunidad política, ni mucho menos de libre creación legislativa, como se aprecia en los fallos que interponen los Presidentes de la República ante las ordenanzas regionales o municipales. De esta manera se demuestra que el Tribunal Constitucional en su competencia prima el peso jurídico político que, si se aplica el Sistema de Control Reparador permite oportunidades claras para que los legisladores tengan en cuenta la discusión si los proyectos de ley o cualquier decisión resolutive con rango de ley no esté siendo formulada en función a la Constitucionalidad y al irrestricto respeto a las normas fundamentales protegidas por la Constitución.

Se observa que necesariamente, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen incidencia política. La aplicación del derecho contenido en la Constitución, y la defensa constante de los derechos fundamentales que protege son demandadas mayormente por los ciudadanos, así lo demandan evidentemente; pero también se aprecia que la jurisdicción constitucional necesita llevar el hilo actualizado de la realidad político-social y económica que caracteriza a nuestro país, puesto que la naturaleza política de las decisiones del Tribunal Constitucional así lo demandan; por lo que considero que la independencia o las explicaciones que se dan de la independencia del Tribunal Constitucional en la práctica no funciona así, más que todo cuando se aplica el Sistema de Control Reparador y el fallo del Tribunal Constitucional es inapelable y necesita de un Sistema de Control Preventivo para que se juzgue con mayor oportunidad la Constitucionalidad de las normas con rango de ley y de esta manera haya mayor oportunidad de debate en los funcionarios que están proponiendo

la norma con rango de ley y en las decisiones, muchas veces políticas del Tribunal Constitucional y aprecio que los intentos de separación de la jurisdicción constitucional de la política, son medidas que más bien tienden a la desnaturalización del Tribunal Constitucional y es mejor darle sentido más oportuno mediante el cambio de Sistema de Control de Constitucionalidad de las normas con rango de ley de ser Remedial a ser Preventivo, por las razones expuestas.

13.3. Discusión de los resultados

En los 29 fallos por parte del Tribunal Constitucional se aprecia también que la observación y el análisis se realiza teniendo en cuenta la protección, como una acción de amparo que permitan tutelar los derechos y principios fundamentales que se expresan en la Constitución, mediante la legitimación represiva – reparadora que actúa a favor no solo de los poderes del Estado, sino también de los ciudadanos. Al respecto Puyol y García (2007)⁹⁷, consideran que el Tribunal Constitucional, cuando actúa de manera represiva permite que “Es en esta última sede donde las personas pueden acceder a los tribunales constitucionales, con el propósito de ver satisfechas sus pretensiones”. También se nota que eso es cierto, pero si se aplica el modelo reparador se considera que los ciudadanos y los órganos del Estado no tendrán necesidad de recurrir al estamento Constitucional porque de manera oportuna ya actuó como filtro en cada una de las normas con rango de ley promulgadas y publicada en el Diario Oficial el Peruano. En este caso, es decir con el modelo reparador el derecho no le otorga a determinados ciudadanos ni a determinados órganos del Estado; sino a todos, como un interés de la jurisdicción que acciona para que cualquier ciudadano lo invoque. El modelo preventivo evitaría que una norma con rango

⁹⁷ Puyol Crespo Jaime y García Pereira Ignacio (2007). La legitimación activa en las acciones constitucionales, y de modo especial en la acción de protección. Pág. 25

de ley una vez publicada sea denunciada, por un supuesto de inconstitucionalidad, por determinadas personas y otro sector que no esté en las condiciones se abstendrá de hacerlo porque la justicia, al igual que la salud, no está a su alcance. “De los seis países que cuentan con Tribunal Constitucional en Sudamérica, solo Bolivia y Chile ejercen directamente un control concreto sobre la constitucionalidad de las leyes. En nuestro país este control se ejerce por vía preventiva y represiva, por vía de control abstracto y concreto y a través de acciones directas y juicios incidentales”⁹⁸.

13.4. Debate sistema de control previo o control reparador de la constitucionalidad

Al respecto López (2013)⁹⁹, menciona a Figueruelo Burrieza quien comenta que en España, con la problemática similar de amparos masivos en el Tribunal Constitucional que para una mejor solución de los asuntos no son suficientes y se precisan remedios legales que eviten que el recurso de inconstitucionalidad se convierta en una instancia ordinaria que provoca el bloqueo de la institución (en nuestro caso del Tribunal Constitucional).

Las reformas del manejo de las funciones del Tribunal Constitucional deberán efectuarse con el mayor consenso social y de las fuerzas políticas, procurando conseguir la modificación de la tutela del rango constitucional, sobre la aplicación y respeto de los derechos garantizados constitucionalmente de ser Remedial a un sistema Preventivo porque, por regla general es mejor prevenir antes que remediar.

La constitucionalidad o la supremacía de la Constitución tiene por objetivo, como lo argumentan Puyol y García¹⁰⁰ “impedir el

⁹⁸ Puyol Crespo Jaime y García Pereira Ignacio (2007). Ob cit. Pág. 22 -23

⁹⁹ López Jiménez Alonso (2013). Nuevas aproximaciones al derecho contencioso constitucional en Costa Rica: Modificación al modelo actual de control de constitucionalidad. Pág. 187.

¹⁰⁰ Puyol Crespo Jaime y García Pereira Ignacio (2007). Ob cit Pág. 104

nacimiento de una norma que se contrapone a la Constitución, en la etapa preventiva de control o bien excluir del ordenamiento jurídico las normas vigentes que fundadamente sean consideradas como contrarias a la Constitución. Actúa, por ende, tanto a priori como a posteriori”. Se aprecia la necesidad de intervención del Tribunal Constitucional, como un ente o instrumento de control que evita crear normas que contradicen a la Constitución y a los derechos fundamentales que allí se sustentan. Que en el caso de Chile¹⁰¹ en el art. 93 expresan que “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1° Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación; 7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior. De modo que, el accionar constitucional en Chile se expresa antes y después, respecto al después lo sustentan con la acción de inaplicabilidad de una norma con rango de ley y “Forma parte del control represivo de constitucionalidad y tiene por función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso resulte contraria a la Constitución y sus fines”¹⁰².

También acota a este análisis los aportes de Villaverde(2014)¹⁰³, quien considera que “el control previo podría ser una posible técnica de enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley, sin que ello suponga mutar en política la naturaleza jurisdiccional del TC, de su función y de sus decisiones” y luego agrega que “llama

¹⁰¹ Puyol Crespo Jaime y García Pereira Ignacio (2007). Ob cit Pág. 105

¹⁰² Puyol Crespo Jaime y García Pereira Ignacio (2007). Ob cit Pág. 105

¹⁰³ Villaverde Menéndez Ignacio (2014). El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico. P. 25.

a la reflexión el hecho de que en los sistemas constitucionales que han previsto desde sus inicios una jurisdicción constitucional como clave de bóveda de su Estado constitucional no se regula generalmente una fórmula de control previo (y donde se ha hecho, o se ha eliminado o resulta sumamente problemática y en desuso, o limitada al conflicto competencial en sistemas federales); y solo allí donde no se quiso que existiese, la fórmula que termina por instaurarse es justamente la de control previo (Francia es el ejemplo conspicuo)". A pesar del escepticismo del autor, en sus expresiones considera que el control previo de la constitucionalidad puede ser un proceso mucho más adecuado para la garantía de los derechos fundamentales.

Posteriormente Villaverde (2014)¹⁰⁴, considera que "una desventaja del control previo de constitucionalidad estriba en justamente su inevitable carácter "abstracto" (yo prefiero decir hipotético). Al TC se le sometería una norma *in fieri* (porque aún no lo es) que debe confrontar con la Constitucionalidad de manera hipotética, pues carece del referente que podría ofrecerle que el origen de la controversia estuviese en una aplicación concreta de la ley recurrida (así sucede con la cuestión de inconstitucionalidad), o el que le proporcionaría la experiencia de la aplicación en el tiempo de la norma legal hasta el momento de la resolución del recurso (caso del recurso de inconstitucionalidad)". Este inconveniente impactaría sobre el alcance del control de la constitucionalidad que permitiría al Tribunal Constitucional actuar por función y no por una demanda de inconstitucionalidad, este ente rector del cuidado de la constitucionalidad. Textualmente lo refiere "que el TC debiera sujetarse a un riguroso control de evidencia, de manera que su pronunciamiento de inconstitucionalidad tendría que producirse

¹⁰⁴ Villaverde Menéndez Ignacio (2014). Ob. cit. P. 28.

únicamente en el caso de que la tacha fuese in *ictu oculi*, so pena de convertirse, si su juicio va más allá, en un actor del proceso de decisión legislativa, en un “grupo” parlamentario más, incorporando, por activa o pasiva, contenidos al texto de la casi ley”¹⁰⁵. Al respecto considero que la idea expuesta por Villaverde no es tan cierta porque el Tribunal Constitucional, cumple su rol cuando la norma con rango de Ley está en proyecto, es decir formulada y su función es, en el caso peruano y según la normatividad la encargada de ser filtro, es decir de controlar que las normas seas efectivas, es decir que no contravengan el mandato constitucional de la república. En el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, se lee que es Atribución exclusiva Artículo 6 “En ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones ante el Tribunal Constitucional en los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica. El Tribunal declara de oficio su falta de competencia o de atribuciones” 106; además atendería al sentido común que se tiene del Tribunal Constitucional como órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución.

Bastante más ventajoso desde el punto de vista de la economía jurídica, se analiza que es el sistema de control reparador porque permite a los magistrados del Tribunal Constitucional, salvar la vigencia de otras disposiciones que se verían afectadas de haberse declarado la inconstitucionalidad de la norma en vía remedial; los cambios de paradigmas siempre son importantes; pero amerita modificaciones que van con la costumbre y la manera de hacer las cosas ya por conocimiento o por rutina.

¹⁰⁵ Villaverde Menéndez Ignacio (2014). Ob. cit. loc. cit.

¹⁰⁶ Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (2004). Art. 5.

Nogueira (2003)¹⁰⁷, considera que la supremacía de la Constitución necesita de garantías que la efectivicen frente a los conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política y que estas garantías se pueden realizar atendiendo las necesidades de cada Estado; se refiere con ello si se aplica el sistema difuso o el sistema concentrado, pero en el campo más explícito si el control es a priori o a posteriori para que le den el verdadero sentido y la fuerza normativa de la Constitución.

Luego refiriéndose al modelo Nogueira¹⁰⁸, aprecia que “En el modelo de control concentrado de constitucionalidad lo contencioso constitucional se distingue de lo contencioso ordinario, pudiendo ser un control preventivo o a priori o un control represivo o reparador” como una competencia independiente y lo importante es que el Tribunal Constitucional cumpla su rol; pero es importante el análisis con cuál de los modelos se contribuye mejor a la práctica de la Constitucionalidad de un Estado ¿Si con el sistema de Control Preventivo o con el Sistema de Control Reparador?, teniendo en cuenta que de ser preventivo el Tribunal Constitucional actuaría de oficio y no estaría siendo objeto de juzgar una norma con rango de ley después que está aprobada, ha podido generar daños en los derechos fundamentales para que, a encargo de demanda de ciertas personas y funcionarios autorizados pase a revisión y como se ha visto en los 29 casos del trabajo de campo se aprecia que las sentencias se realizan para el año siguiente, es decir mínimamente una norma ya está rigiendo durante un año; porque el fallo o sentencia, los efectos de cosa juzgada y de efectos erga omnes, anulando el precepto legal y expulsándolo del orden jurídico constitucional ya tiene efectos

¹⁰⁷ Nogueira Alcalá Humberto (2003). Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI. Pág. 1

¹⁰⁸ Nogueira Alcalá Humberto (2003). Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI. Pág. 1

ex nunc, vale decir, anula el precepto legal e impide que este produzca efectos desde el momento del fallo y hacia el futuro, no teniendo el fallo efecto retroactivo, por tanto si ejerció para alguien el daño ya está ocasionado.

Bonilla (2007)¹⁰⁹, cita a Mejicanos para considerar que “La declaración de inconstitucionalidad presupone la existencia de una norma y por tanto la conducta del agente no puede ser calificada de arbitraria o ilegal, aunque no ajustándose la norma a la Constitución, puede ser declarada inconstitucional. En cambio, el amparo se da contra hechos ilegales, o sea no amparados en ley o arbitrarios, es decir, haciendo una interpretación caprichosa de la ella”. Considero que, se busca que las normas no sean inconstitucionales y por tanto, no necesariamente tendrá que estar en vigencia para que recién actúe el Tribunal Constitucional, por lo que evitar es mejor que tratar después que ya nos afecta.

13.5. Propuesta del Sistema de Control Constitucional Preventivo

Adoptar un sistema de Control Constitucional Preventivo en el Perú, en la cual va permitir depurar cualquier proyecto de norma que sea incompatible con la constitución, significa trabajar de manera minuciosa y detallada la técnica jurídica que se lleva a cabo desde que se proyecta, elabora, aprueba y se publica la normas; es decir nuestra atención debe estar orientada al proceso de nacimiento de cualquier proyecto de norma ya sea su origen en el Parlamento o el Ejecutivo. Razón por la cual es necesario hacer y realizar un desarrollo en la formación de las leyes dentro del sistema jurídico peruano, el mismo que debe estar orientado a un “deber ser”; teniendo como base lo propuesto e indicado por nuestra Constitución, como a continuación se detalla:

¹⁰⁹ Pablo Andrés Bonilla Hernández (2007). Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado. Pág. 353

- **Primero;** determinar quién de las entidades gubernamentales tiene la **Iniciativa legislativa**, para proponer proyectos de normas y de acuerdo a previsto en nuestra Constitución¹¹⁰, y del Reglamento del Congreso.
- **Segundo;** una vez realizado el proyecto de ley, debe entrar en la etapa de discusión, y que se debe manifestar en los actos de debatir y eventualmente consentir la incorporación de la propuesta legislativa a nuestro ordenamiento.
- **Tercero;** una vez de la discusión del proyecto de la ley, se procede a realizar la aprobación correspondiente del mismo, y que ésta para tal debe de tener una aprobación favorable de la mitad más uno de los congresistas que se encuentran en condición de hábiles y presentes al momento del sufragio.
- **Cuarto;** aprobado el proyecto de ley se procede a realizar el sancionamiento, consistente en el acto formal por el cual el presidente del Congreso y uno de los vicepresidentes de la Junta Directiva del mismo firman la autógrafa del texto normativo
- **Quinto;** aprobada el proyecto de ley, se eleva esta propuesta ya no al ejecutivo para su promulgación, sino se eleva a manera de consulta ante el Tribunal Constitucional quien es el órgano competente para determinar si el proyecto aprobado por el Parlamento goza de constitucionalidad o no, esto a fin de evitar futuros amenazas y violaciones a derechos fundamentales, y que su consulta debe ser requisito sine quanon, para el desarrollo y

¹¹⁰ Constitución Política, artículo 107º “El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.”

formación en su fase de nacimiento de cualquier proyecto de normas en el sistema jurídico peruano, y que la consulta realizada debe ser vinculante para el ejecutivo, para que éste no pueda realizar observación de ninguna índole y gozar así de certera presunción de **constitucionalidad**.

- **Sexto;** hecho esta consulta y resuelta por el máximo intérprete de la constitución se le remitirá al ejecutivo para su respectiva Promulgación; definida esta como una proclamación solemne y ajustada a una formula ritual, mediante el cual se formaliza la incorporación de una ley al Ordenamiento Jurídico.
- **Séptimo;** y finalmente promulgada se procederá a publicarse en el Diario Oficial el Peruano, norma de la cual entrara en vigencia al día siguiente de su publicación.

CONCLUSIONES

Se ha demostrado en el proceso de la presente investigación que el Tribunal Constitucional del Perú aplica el sistema de Control Reparador y tiene una amplia agenda para atender la demanda de inconstitucionalidad por los ciudadanos o funcionarios de los órganos del Estado facultados constitucionalmente para hacerlo; proceso que se sustenta en esta investigación que puede ser mejorado si el Tribunal Constitucional regula su rol en base al sistema de Control Preventivo, mecanismo que sirve como filtro antelado para que se juzgue la Constitucionalidad democrática de las normas con rango de ley y se evite, con ello, la pérdida de tiempo en los ciudadanos y funcionarios que se ven obligados a movilizar sus energías, tiempo y economía para interponer las demandas de inconstitucionalidad y luego una larga espera para la sentencia.

Los casos de inconstitucionalidad presentados y atendidos mediante el sistema de control reparador o remedial son abundantes, así lo demuestra algunos que han sido seleccionados para la presente investigación, por las cuales mediante los procesos de inconstitucionalidad han sido expulsados de nuestro ordenamiento jurídico, no solamente normas vigentes durante su controversia; sino también normas que han sido objeto de derogación, pero que sin embargo, sus efectos han resultados incompatibles con el orden constitucional y quienes han tenido la imperiosa necesidad demandar ante el Tribunal Constitucional, los funcionarios de los órganos del Estado y los ciudadanos organizados se han visto perjudicados porque tienen que esperar por años la sentencia, proceso que ocasiona y les está ocasionando daños sociales que repercuten en la convivencia justa y democrática y, deja juzgamiento poco positivo de la efectiva garantía y protección de los derechos fundamentales.

Es pertinente la aplicación del Sistema de Control Preventivo, pese a que en la actualidad las necesidades de legislar se han incrementado porque así lo amerita las demandas y necesidades del país, por tanto, genera sobrecarga al Tribunal Constitucional para servir como filtro de la Constitucionalidad de las

normas con rango de ley; pero se evita que la abundante legislación promulguen leyes que afectan los derechos fundamentales y la primacía de la constitucionalidad y ante tal situación sean los ciudadanos y los funcionarios de los organismos del Estado que esperan un procedo oportuno y una sentencia justa los afectados quienes después de años de espera recién les resuelvan acorde a los fundamentos y principios de la Constitución y que, en muchos casos tuvieron razón, pero el daño ya sucedió y la reparación civil es remota; es pertinente evaluar que, con el modelo de Control Constitucional Preventivo se evitará que la administración de justicia tenga que correr un largo camino de juicio constitucional y se puedan dar salidas legales eficientes y acorde a la Constitución.

Es responsabilidad política para que se analice la importancia del Tribunal Constitucional, como ente responsable de la Constitucionalidad de las leyes y se otorguen los mecanismos legales, necesarios para que ejerza el Sistema de Control Constitucional Concentrado Preventivo y en base a este modelo, el Tribunal Constitucional tenga la oportunidad de actuar oportunamente, para que las leyes con rango de ley se promulguen en base a los principios y características de la Constitución Política y se evite el ejercicio de normas que pueden ser inconstitucionales y generen daños en los ciudadanos que aspiran atención justa y oportuna.

En los resultados expuestos, se observa que el Tribunal Constitucional, no evita la creación de nuevas leyes, de manera eficiente y oportuna porque actúa después que estas normas con rango de ley entran en vigencia; en tal sentido sus efectos son necesarios pero no son oportunos y en ese sentido falla la eficiencia en lo que concierne a la aplicación de las acciones constitucionales que aseguren a los ciudadanos, órganos del Estado y demás instituciones la protección del Estado de Derecho. Ante esta situación también se observa que los legisladores y funcionarios políticos realizan interpretaciones antojadizas que, al ser concretadas afectan a la mayoría de los ciudadanos y se ha cuestionado y argumentado que se necesita la oportuna intervención del Tribunal Constitucional antes que las leyes se pongan en vigencia.

Los fallos del Tribunal Constitucional son unidireccionales, cosa juzgada y por tanto inapelables, vincula a todos los órganos del Estado y a la sociedad vinculan erga omnes; por lo que generan un efecto directo en la sociedad que lo percibe y favorece porque permite la protección de constitucionalidad de las leyes, lo cual implica la efectiva defensa de los derechos fundamentales, la búsqueda de una convivencia justa y democrática.

RECOMENDACIONES

En nuestro país la constitucionalidad de las leyes se basa en la presunción que quienes legislan son los congresistas quienes tienen el poder democrático porque son elegidos por el pueblo y deben estar sujetas a un análisis riguroso de constitucionalidad para garantizar que el poder emana del pueblo y se traduce en las leyes que necesariamente persiguen la justicia, la paz, el desarrollo y la democracia; en este sentido, el rol del Tribunal Constitucional debe ser mediante la aplicación del sistema de control preventivo para que, de manera oportuna las normas con rango de ley se condicionen al principio de la constitucionalidad de las leyes y a los principios de la constitucionalidad expuestos por la teoría principialista, tales como la afirmación del vínculo entre derecho y moral, la normatividad y la visión conflictualista.

Ante la abundancia de casos de inconstitucionalidad atendidos mediante el sistema de control reparador o remedial es necesario que se aplique el sistema de Control Constitucional Preventivo para que se evite la vigencia de una norma con rango de ley que puede atentar los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los funcionarios de los órganos del Estado quienes se han visto perjudicados porque tienen que esperar por años la sentencia, proceso que ocasiona y les está ocasionando daños sociales que repercuten en la convivencia justa y democrática y, deja juzgamiento poco positivo de la efectiva garantía y protección de los derechos fundamentales que es el sustento teórico de la teoría garantista que impulsa y asegura los derechos fundamentales de las personas, en un Estado de Derecho, planteado por Luigi Ferrajoli.

En base a los sustentos y aspectos teóricos se considera absolutamente necesario que se cumpla el Principio de Supremacía Constitucional acción que genera seguridad jurídica a la sociedad e instituciones en su conjunto; para ello es pertinente que el Tribunal Constitucional tenga en cuenta procedimientos que validen o evalúen el dictado de las normas con rango de Ley antes de su publicación que, en el caso peruano se considera después de haberse aprobado y publicado, en especial, cuando los ciudadanos, organizaciones o

instituciones demandan inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley; procedimiento que afecta la eficiencia y eficacia del Tribunal Constitucional expresado en la pérdida de la productividad del país, del cumplimiento de funciones públicas y privadas y, en el caso del Estado la pérdida económica para solventar funciones de los administradores de la justicia por casos que pueden prevenirse.

Para que el Tribunal Constitucional garantice el respeto a los derechos fundamentales expuestos en la Constitución se sugiere un mecanismo más oportuno para filtrar o limitar pretensiones preventivas, cuyo propósito sea evitar que proyectos de ley partidocráticas se transformen en normas con rango de ley para el logro de fines de determinadas ideologías y partidos políticos. Acción que es necesario tenerlo en cuenta porque esto se observa en determinadas leyes que no los contempla nuestra Carta Magna, pero que se traduce en intereses de un determinado interés político y no de las aspiraciones democráticas del país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ✓ Acuña Chávez Araceli Tesis (2014). Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano. Disponible en file:///C:/Users/GAVIDIA/Downloads/ACUNA_CHAVEZ_ARACELI_FUNCIONES_COMPETENCIAS%20(2).pdf.
- ✓ Allan R. y Carias Brewer (S.a). El control concentrado de la Constitucionalidad de las leyes. Disponible en <https://es.scribd.com/document/23345371/El-Control-Concentrado-de-La-Constitucionalidad-de-Las-Leyes-Estudio-de-Derecho-Comparado>.
- ✓ Álvarez Miranda Ernesto (2013). Derecho Constitucional General. Fondo editorial de la Universidad San Martín de Porres, Disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/2ciclo/derecho_constitucional_I/Dr_Alvarez/materiales/Materiales_Version_Final_EAM.pdf
- ✓ Amaro Caldas Heral Roger (2015). Tesis. La aplicación del control difuso en la administración Pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad. Disponible en http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1138/1/Amaro_ch.pdf.
- ✓ Apesteguia Uriburu Máximo (S. a). Control de Constitucionalidad. Disponible en <http://studylib.es/doc/369477/control-de-constitucionalidad-dr.-m%C3%A1ximo-apesteguia>.
- ✓ Arias Koga Luis (2015). “El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho”. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.
- ✓ Baca Chistama Vilma Lucila (2015). Las garantías Constitucionales. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos105/lasgarantiasconstitucionales/lasgarantias-constitucionales2.shtml>
- ✓ Bonilla Hernández Pablo Andrés (2007). Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado. Disponible en

file:///D:/GAVIDIA%202017/TESIS%20LEYES%20SANTA%20CRUZ/AN
TECEDENTES%20DE%20ESTUDIO/41212.pdf

- ✓ Cancino Concha Felipe Hernán y Correa Angul Harold Fabián (2011). EL Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de la Ley N° 20.050. Universidad de Chile. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111481/deCancino_felipe.pdf;sequence=1
- ✓ Cárdenas Poveda Margarita y Suárez Osma Ingrid (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado Colombiano. Revista Vol. 13, núm. 26 (2014) <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/954/1007>
- ✓ Carpio Marcos Edgard (2005). El control judicial de constitucionalidad de las leyes y el Código Procesal Constitucional. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/260784089_El_control_judicial_de_constitucionalidad_de_las_leyes_y_el_Codigo_Procesal_Constitucional
- ✓ Castillo Calle Manuel Arnaldo (s. a.). Control Constitucional El sistema difuso de constitucionalidad Disponible en http://www.derechocambiosocial.com/revista025/control_constitucional.pdf.
- ✓ Correa Noriega Patrocinio L. (S. a.). El constitucionalismo moderno. Disponible en http://files.uladech.edu.pe/docente/06507071/DERECHO_CONSTITUCIONAL/SESION_10/LECTURA%20CENTRAL%20X.pdf
- ✓ Eto Cruz Gerardo (2014). Treinta años de jurisdicción Constitucional en el Perú. Disponible en http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/libro_30_anos_tomo1.pdf
- ✓ Figueroa Gutarra Edwin Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿hacia nuevos horizontes en el derecho? Disponible en <https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacion-constitucional/>.

- ✓ García Belaúnde Domingo (2003). La Constitución y su dinámica. Edit. Palestra, Lima.
- ✓ García Toma Víctor (2005), Teoría del Estado y Derecho Constitucional", primera edición, Lima — Perú.
- ✓ Hans Kelsen (2005). La garantía jurisdiccional de la constitución. Universidad Autónoma de México, 1a edición, México.
- ✓ Highton Elena I. (2012). Tesis: Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad Disponible en http://www.academia.edu/11588143/Sistemas_concentrado_y_difuso_de_control_de_constitucionalidad http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2013/09/24_Eunomia5_Gaviria_Rincón_final.pdf
- ✓ Landa Arroyo, César. 1995. Del tribunal de garantías al tribunal constitucional. El caso Peruano. En Pensamiento Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Graduados, Lima.
- ✓ Lifante Vidal Isabel (S. a.). La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de los casos. Disponible en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2014/diploargulH/lecturas/Dworkin%20Isabel.pdf>.
- ✓ López Jiménez Alonso (2013). Tesis “Nuevas aproximaciones al derecho contencioso constitucional en Costa Rica: modificación al modelo actual de control de constitucionalidad”. Disponible en http://iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t13nuevas_aproximaciones_al_derecho_contencioso_constitucional_en_costa_rica.pdf
- ✓ Luigi Ferrajoli (2011). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Entre_juspositivismo_y_jusnaturalismo_LF.pdf.
- ✓ Matheaus López Carlos y Rueda Fernández Silvia Consuelo (2012). Las garantías del proceso civil en el contexto del estado constitucional de derecho. Lima, Perú. Disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2012/Garantias%20del%20Proceso%20Civil%20-%20Silvia%20Rueda%20-%20Doct.pdf.

- ✓ Milton César Gabinetti (2010). Monografía **Introducción al Derecho Procesal Constitucional**. Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos81/introduccion-derecho-procesal-constitucional/introduccion-derecho-procesal-constitucional2.shtml>

- ✓ Morales Saravia Francisco (2014). El Tribunal Constitucional del Perú: organización y funcionamiento. Fondo Edit. Academia de la Magistratura. (Disponible en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_constitucional/el_tribunal_constitucional_peru.pdf)

- ✓ Navarro Reyes Mariana (2008). Artículo. Estructura Legislativa del Perú. Disponible en <http://estructuralegislativa.blogspot.pe/>.

- ✓ Neil Erwin Avila Huamán (S. a). **Tipos De Sentencia Constitucional En El Perú**. Disponible en <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=823>.

- ✓ Nogueira Alcalá Humberto (2003). Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122003000200003#autor1

- ✓ Nogueira Humberto (2013). Derecho Constitucional. Revista de Derecho (Valdivia) ISSN: 0716-9132 revider@uach.cl Universidad Austral de Chile Chile. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/1737/173729775016.pdf>.

- ✓ Omar García Palacio (2011). Curso de Derecho Constitucional. Disponible <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2011/09/Curso-de-derecho-constitucional.pdf>

- ✓ Ortecho Villena Víctor J. (s. a.). Procesos constitucionales y su Jurisdicción. Editorial Rodhas S.A.C., Lima – Perú.

- ✓ Pablo Andrés Bonilla Hernández (2007). Tesis Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado. Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/41212.pdf>.

- ✓ Pérez Ballester Ana Clara y Perícola, María Alejandra (2010). Las garantías constitucionales del proceso penal en el sistema jurisdiccional de control difuso. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/perezballester.pdf>
- ✓ Prieto Sanchís Luis (2013). El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica, (2013) Trotta, Madrid.}
- ✓ Puyol Cresp Jaime y García Pereyra Ignacio (2007). Tesis La Legitimación Activa en las Acciones Constitucionales, y de Modo Especial en la Acción de Protección. Universidad de Chile, Facultad de derecho, Departamento de Derecho Público.
- ✓ Quiroga León, Aníbal (2005). Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional", Editores ARA, Lima.
- ✓ Ramiro Ávila Santamaría (2009) Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. En línea <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf>.
- ✓ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Edic. Vigésimo tercera. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>
- ✓ Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC.
- ✓ Rubio Llorente Francisco (1988). "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 22. Enero-abril
- ✓ Sánchez Sánchez Wilson (2013). La inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional: problema y soluciones. Disponible en file:///C:/Users/GAVIDIA/Downloads/SANCHEZ_SANCHEZ_WILSON_IN_EJECUCION_SENTENCIAS.pdf
- ✓ Santana Yuniór (2014). **Los tratados internacionales y su control preventivo en el nuevo orden constitucional**. Observatorio Judicial Dominicano. Disponible en <http://ojd.org.do/index.php/documentacion-const/resenas-bibliograficas/132-resenas-bibliograficas/analisis>

- ✓ Serna Miranda Julio César (S. a.) Monografía. El control difuso como método de control constitucional. Disponible en <http://m.monografias.com/trabajos76/control-difuso-metodo-control-constitucional/control-difuso-metodo-control-constitucional.shtml>.
- ✓ Sistemas de Control de Constitucionalidad (2013). Disponible en <http://derecho911.blogspot.pe/2013/07/sistemas-de-control-de.html>.
- ✓ Tarache Pidiache Jaiver (2012). Tipos de sentencias de la Corte Constitucional. Disponible en <http://jaivertarache.blogspot.pe/2012/09/tipos-de-sentencia-de-la-corte.html>
- ✓ Tribunal Constitucional (10-11-2015). Sentencia del Tribunal Constitucional. Caso de la ley universitaria. Disponible en <http://cde.peru21.pe/doc/0/0/3/3/4/334385.pdf>
- ✓ Valdivia Rodríguez Carlos Manuel (2013). El neoconstitucionalismo y desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Disponible en <http://carlosmanuelvaldiviarod.blogspot.pe/2013/03/el-neoconstitucionalismo-y-desarrollo.html>.
- ✓ Valenzuela Villalobos Williams (2013). Derecho Constitucional, Tomo I Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXVI, núm. 2, diciembre, 2013, pp. 305-308 Universidad Austral de Chile Valdivia, Chile. Disponible en <file:///D:/GAVIDIA%202017/TESIS%20LEYES%20SANTA%20CRUZ/ANTECEDENTES%20DE%20ESTUDIO/173729775016.pdf>.
- ✓ Villaverde Menéndez Ignacio (2014). El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/viewFile/291304/379723>.
- ✓ Yamila Erika (s. a). El fallo Rodríguez y el control de constitucionalidad Disponible en <https://es.scribd.com/document/238585389/El-Fallo-Rodriguez-y-El-Control-de-Constitucionalidad>.

ANEXOS

ANEXO Nº 01
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

EXP. Nº 00002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA

Del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 9 de setiembre de 2009

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA C/. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 29166, que aprueba normas complementarias a la Ley Nº 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de setiembre de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Mesía Ramírez y Calle Hayen, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y un Congresistas de la República, actuando como apoderado don Daniel Abugattás Majluf, contra la segunda parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley Nº 29166, publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2007, mediante la cual se establece las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

**II. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD LEY Nº. 29166
LEY QUE ESTABLECE REGLAS DE EMPLEO DE LA FUERZA
POR PARTE DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL
TERRITORIO NACIONAL**

III. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Argumentos de la demanda

Los recurrentes manifiestan en el texto de la demanda (fojas 1 a 17), que las cuestionadas disposiciones violan los artículos 137º y 165º de la Constitución, referidos al control y el manejo del orden interno, toda vez que la Carta Política establece un espacio de acción claramente restringido a las Fuerzas Armadas. Por tanto, la presente ley viola dicho mandato constitucional (fojas 5).

Aducen que de acuerdo con el artículo 137º de la Constitución, las Fuerzas Armadas únicamente pueden asumir el control del orden interno cuando se haya dado una declaratoria del estado de emergencia y que dicha intervención solamente puede ser autorizada por el Presidente de la República. El hecho que el primer párrafo del artículo 7 de la Ley Nº 29166 faculte a las Fuerzas Armadas para que intervengan en el control del orden interno en zonas no declaradas en zonas de emergencia genera una infracción directa a la Constitución (fojas 6).

Complementariamente al petitorio, los demandantes sostienen que la Constitución Política faculta de forma exclusiva a la Policía Nacional del Perú a garantizar, mantener y restablecer el orden interno, de acuerdo con el artículo 166º de la Carta. Por ende, la ampliación de facultades a las Fuerzas Armadas en desmedro de la Policía Nacional por parte de una ley constituye una violación directa a la Carta Política.

Sobre la facultad que tienen las Fuerzas Armadas para el uso de la fuerza letal previsto en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley Nº. 29166, los demandantes consideran que viola los artículos 1º y 2º, numeral 1) de la Carta, conforme a la dignidad de la persona y el respeto al derecho a la vida, los cuales constituyen el fin supremo del Estado. En este sentido, sostienen que es contrario al fin mismo del Estado que las propias entidades encargadas de velar por la protección y seguridad de los ciudadanos puedan hacer uso de la fuerza letal cuando: a) se esté cumpliendo la misión asignada; b) se actúe en legítima defensa; o c) se enfrente a un acto hostil (fojas 12). Por esta razón, solicitan al Tribunal Constitucional que se declare la inconstitucionalidad de esta disposición por constituirse en una violación directa a la Constitución.

En el desarrollo del proceso, el 28 de noviembre de 2008 la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Instituto de Defensa Legal presentaron de forma conjunta un *amicus curiae* (fojas 71).

Contestación de la demanda

El 8 de enero de 2009, el Congreso de la República radica ante el Tribunal Constitucional a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, el escrito de contestación de la demanda, solicitando que se declare infundada la totalidad de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Nacionalista (fojas 34 a 62).

Con respecto a la presunta inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 7 de la Ley Nº. 29166 frente a los artículos 137º y 165º de la Constitución, sostiene que a partir de una lectura sistemática de las

normas se debe diferenciar entre la posibilidad de que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno bajo un estado de emergencia y la labor de apoyo a la Policía Nacional en zonas no declaradas en estado de emergencia (fojas 38).

De forma complementaria argumenta que la legislación peruana ha regulado otras situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en zonas no declaradas en estado de emergencia, como ocurre en el caso de la Ley N°. 28222, la cual permite la actuación de las Fuerzas Armadas ante casos de terrorismo u otros que atenten gravemente contra el orden interno que sean de similar gravedad (fojas 38). Asimismo, hace referencia a la Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú, Decreto Legislativo N°. 438, la cual le encarga la seguridad y vigilancia de Puertos y Muelles (fojas 39).

Con respecto a la posibilidad de que las Fuerzas Armadas hagan uso de la fuerza letal, de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N°. 29166, argumenta que la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas Armadas está permitido siempre y cuando estas no sea empleada de forma arbitraria, sobre la base de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, el Reglamento de la Ley N°. 29166, publicado mediante el Decreto Supremo N°. 012-2008-DE-CCFFAA regula las situaciones bajo las cuales se puede hacer uso de la fuerza letal. En este sentido, se determina que la fuerza letal: i) no está dirigida per se a causar la muerte, puesto que es solo una probabilidad; y ii) que esta acción es el último recurso que tiene el personal militar (fojas 51).

En resumen, concluye que una interpretación sistemática de la Ley N°. 29166 y su respectivo Reglamento lleva a que el empleo de la fuerza letal se rige por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad y bajo el criterio de ser el último recurso en los casos y situaciones planteadas expresamente en los artículos 5º y 6º del Reglamento (fojas 52).

Audiencia Pública

La audiencia pública se realizó en la sede del Tribunal Constitucional el 13 de febrero de 2009 en la cual las partes se reafirmaron en los argumentos presentados en sus respectivos escritos.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

- Delimitación de la controversia.
- Las Fuerzas Armadas y la Constitución.
- Las Fuerzas Armadas y la preservación del orden interno en estados de excepción.
- La Ley N°. 29166 y la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia.

- La Ley N°. 29166 y el apoyo de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia
- El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
- La Ley N°. 29166 y el uso de la fuerza letal
- El principio de obligatoriedad y el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
- El concepto de enemigo en la Ley N°. 29166
- La Ley N°. 29166 y el fuero competente

V. FUNDAMENTOS

Delimitación de la controversia

Teniendo en cuenta el objeto de la presente demanda, este Tribunal Constitucional considera necesario analizar la constitucionalidad de las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, tanto en el marco de lo sostenido en la demanda presentada por los demandantes como en otras disposiciones contempladas en la Ley N°. 29166.

Los artículos 44º y 165º de la Constitución Política autorizan el uso de la fuerza para el mantenimiento de la seguridad y el orden interno. Sin embargo, todo empleo de las armas, incluyendo el uso de la fuerza debe enmarcarse bajo los principios constitucionales de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad, siendo estos aplicados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al establecer que “en situaciones en que la seguridad del Estado o de los ciudadanos se ve amenazada por la violencia, el Estado tiene el derecho y la obligación de brindar protección contra las amenazas y para ello puede utilizar la fuerza letal en ciertas situaciones. Ello incluye, por ejemplo, el uso de la fuerza letal por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos estrictamente inevitables para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves o mantener por otros medios la ley y el orden cuando sea estrictamente necesario y proporcionado”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Washington: OEA/Ser. L/11.116,2002, numeral 87).

En primer lugar, lo que debe ser objeto de examen es bajo qué circunstancias y en qué condiciones es posible la participación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno.

En segundo lugar, se debe determinar si la prerrogativa de usar la fuerza letal en las situaciones contempladas en el artículo 7º de la Ley N°. 29166 es constitucional.

Finalmente, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 78º del Código Procesal Constitucional, este Tribunal deberá examinar la

constitucionalidad de otras disposiciones de la Ley N°.29166 que no han sido objeto de la demanda de inconstitucionalidad, específicamente: (i) el artículo 5º, relativo a los principios rectores para el uso de la fuerza; (ii) el artículo 10º, sobre la adecuación de las reglas; y (iii) el artículo 13º, referido al fuero competente para conocer de las acciones del personal militar.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:

INCONSTITUCIONAL la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N°. 29166, que establece que “en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal”, incorporando la regla del Fundamento N°. 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.

INCONSTITUCIONAL la frase “capacidad del enemigo” e incorporar en su reemplazo el término “capacidad del grupo hostil” al artículo 10º de la Ley N.º 29166.

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la primera parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N°. 29166, se dispone que la parte “cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia” se aplique únicamente previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución.

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N°. 29166, conforme a los Fundamentos N°s 50 y 51 de esta sentencia y quedado redactado de la siguiente manera: “o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza (...)”.

Declarar **INFUNDADA** el artículo 5º, párrafo e) de la Ley N° 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N°s 69, 70 y 71 de esta sentencia.

Declarar **INFUNDADA** el artículo 13º de la Ley N°. 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N°s 86 y 87 de esta sentencia.

EXHORTAR al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle el artículo 137º de la Constitución relativo al estado de emergencia y al estado de sitio, de acuerdo con el Fundamento N°. 31 de esta sentencia.

EXHORTAR al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle las situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden actuar para mantener el orden interno en situaciones no declaradas bajo estado de emergencia enmarcados en la lucha contra el narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, de acuerdo con los lineamientos establecidos en los Fundamentos N°. 51 y 52 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

ANEXO Nº 02**SENTENCIA Nº 02****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****PLENO JURISDICCIONAL 006-2008-PI/TC****SENTENCIA****Síntesis**

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional Nº 022-2007-GRP, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Puno.

Magistrados firmantes:

LANDA ARROYO

MESIA RAMIREZ

VERGARA GOTELLI

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

ALVAREZ MIRANDA

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra:

Los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional 022-2007 del Gobierno Regional de Puno y por conexidad los demás artículos.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.

Demandante : Presidente de la República.

Normas sometidas a control : Artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional Nº 022, emitida por el Gobierno Regional de Puno

Normas constitucionales, presuntamente vulneradas: Artículos 21 y 192

III. TEXTO DE LA NORMA CUESTIONADA

Ordenanza Regional Nº 022-2007 emitida por el Gobierno Regional de Puno:

IV. ANTECEDENTES**Fundamentación jurídica de la demanda y hechos relevantes**

Con fecha 19 de marzo de 2008, el demandante interpuso demanda de inconstitucionalidad solicitando, como pretensión principal, se expulse del ordenamiento jurídico Peruano los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional Nº. 022-2008 emitida por el Gobierno Regional de Puno. Agrega a

su pedido, como pretensión accesorio declarar inconstitucionales los demás artículos de la cuestionada Ordenanza en razón de su conexidad.

Al efecto dice que la Ordenanza Regional fue aprobada por el Consejo Regional de Puno en sesión ordinaria del día 06 de noviembre de 2007, promulgada por el Presidente del Gobierno Regional de Puno el 04 de noviembre del mismo año, y publicada en el boletín de normas legales del diario oficial “El Peruano” el 28 de febrero de 2008.

En cuanto a la vía procedimental señala que si bien es cierto que la Ordenanza Regional excede su competencia e invade la del Gobierno Nacional y por tanto el proceso competencial sería el correspondiente, también lo es que en el presente caso corresponde el proceso de inconstitucionalidad porque lo que se cuestiona es una competencia atribuida en una Ordenanza, que tiene rango de ley, pues así lo señala el artículo 110 del Código Procesal Constitucional que estatuye que Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.

Agrega que las competencias (exclusivas, compartidas y delegables) de los Gobiernos Regionales están expresamente señaladas en el artículo 192 de la Constitución Política, en los artículos 9 y 10 de la Ley 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, y en los artículos 35 y 36 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, no estableciéndose en ninguna de ellas que sea competencia del Gobierno Regional declarar patrimonio cultural, regional, etnobotánico, etc. a la planta de coca, ni mucho menos reconocer zonas de cultivo de la referida planta según los términos que utiliza la Ordenanza cuestionada. Refiere que las normas antes señaladas forman parte del bloque de constitucionalidad que debe ser respetado por toda Ordenanza y que la emisión de la norma en cuestión rompe el bloque de constitucionalidad constituyendo, en consecuencia, una infracción indirecta de la Constitución Política del Perú.

El recurrente sostiene también que el Estado Peruano es uno e indivisible, que se organiza según el principio de separación de poderes y que no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él, y como tal no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste. Sostiene por ello que debe entenderse que el diseño de las políticas nacionales y sectoriales es competencia exclusiva del Gobierno Nacional, de allí que se ha diseñado en las normas correspondientes cuáles son las competencias de los Gobiernos Regionales precisándose las competencias no asignadas a las Regiones corresponden al Gobierno Nacional.

Respecto al artículo primero de la Ordenanza en cuestión el actor sostiene que ésta ha violado el principio de Supremacía Constitucional y taxatividad, primero porque el artículo 21 de la Constitución Política del Perú y el II del Título Preliminar de la Ley N° 28296, “Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación” señalan que ninguna de estas normas encargan dicha competencia al Gobierno Regional; y, segundo porque las competencias

asignadas por la Constitución Política, la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales tampoco regulan que el Gobierno Regional tenga la facultad de declarar patrimonio cultural a algún bien material o inmaterial. En ese sentido añade que el inciso “i” del artículo 47 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala como función específica de éstos “... conservar y proteger el patrimonio cultural... así como promover la declaración por los organismos competentes de los bienes culturales no reconocidos que se encuentren en la región...”, facultad que recae específicamente en el Instituto Nacional de Cultura, Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, según sea el caso, instituciones que conforman el Gobierno Central y no el Regional.

En cuanto al segundo artículo de la norma sometida a control constitucional el demandante señala que esta disposición ha legalizado como zonas de cultivo de coca a todos los valles que están dentro de la circunscripción de su región. Afirma asimismo que el artículo 26 de la Convención Única sobre estupefacientes (firmada por el Estado Peruano en Nueva York el 30 de marzo de 1961) precisa que los Estados Parte de la Convención que permitan el cultivo del arbusto de coca deben establecer uno o más organismos oficiales con facultad para la designación de zonas de cultivo. Refiere también que siguiendo las recomendaciones de la Convención se ha creado un organismo que diseña la política nacional antidrogas y limita las áreas de cultivo de coca. Esto es posible porque el artículo 8 de la Constitución Política del Perú señala que la facultad de reprimir el narcotráfico corresponde al Gobierno Nacional y el artículo 2º del Decreto Legislativo 824, “Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas”, modificado por ley 27629, dispone que DEVIDA es el organismo encargado de diseñar y conducir la política nacional de lucha contra el consumo de drogas; afirma en consecuencia que la facultad de reconocer zonas de cultivo de coca tampoco es facultad del Gobierno Regional.

Sostiene el actor que los artículos tercero y cuarto de la norma cuestionada son inconstitucionales porque los únicos entes que pueden otorgar licencia para la industrialización y comercialización de la hoja de coca son el Ministerio de Agricultura y la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) según lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto Ley 22095 y porque además la creación del Instituto de Investigación es potestad del Gobierno Central.

Fundamenta que el artículo sexto de la Ordenanza se equivoca cuando afirma que no existe una política nacional para la protección de la hoja de coca y que su erradicación supone muerte biológica del arbusto; el recurrente sostiene al efecto que el Gobierno ha implementado una política nacional que consiste en la erradicación de cultivos de coca promoviendo la siembra de productos alternativos y que la erradicación biológica está prohibida por el D.S. 004-2000-AG. Considera que esta situación provoca un estado de desinformación de la población que conllevaría a un grave problema de inestabilidad social si se repitiera en otras regiones del país.

Expone que el artículo séptimo al buscar la derogatoria del Decreto Ley 22095 persigue dejar sin efecto una norma que prohíbe la formación de nuevos

cultivos y que de ser así se promovería en realidad la elaboración de drogas. Solicitar el retiro de la hoja de coca de la lista de estupefacientes de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, como requiere la Ordenanza, sería igualmente promover el tráfico ilícito de drogas.

Añade a su demanda el hecho de que el Tribunal Constitucional ya ha emitido sentencia, que constituye cosa juzgada, recaída en el expediente acumulado 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC declarando fundada la demanda de inconstitucionalidad contra Ordenanzas emitidas por los Gobiernos Regionales de Cuzco y Huánuco que declararon patrimonio cultural de la nación al arbusto de coca. Sostiene igualmente que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad suponen ley negativa, y son vinculantes a todos los sectores de la población, es decir tienen efectos generales y en consecuencia acarrear la prohibición de emitir una norma igual a la que ha sido declarada inconstitucional. Solicita por ello que el Tribunal adopte medidas eficaces para evitar que esta se vuelva una práctica usual entre los Gobiernos Regionales y se sancione drásticamente al infractor de la Constitución. Considera así que esta nueva ordenanza viola los artículos 201 y 204 de la Constitución Política del Perú pues ha a vuelto declarar patrimonio cultural a la hoja de coca, desafiando abiertamente la disposición del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional disposiciones legales iguales y anteriores.

Finalmente sostiene que la Ordenanza Regional es parte de una estrategia de ruptura del orden constitucional que destruiría la Política Nacional antidrogas y terminaría por favorecer al narcotráfico. Así anexa a su demanda informes emitidos por DEVIDA y ENACO que dicen que solo el 0.75% de la coca producida en las cuencas del Inambari y Tambopata es destinada al uso industrial de ENACO en tanto que el 99.25% restante va destinado al narcotráfico que en la zona ha generado violencia y muerte.

Contestación de la demanda

El Presidente del Gobierno Regional de Puno, don Pablo Fuentes Guzmán y el Consejero Delegado del Consejo Regional del Gobierno Regional de Puno, don Juan Sacachipana Sacachipana contestan la demanda solicitando sea declara infundada en base a lo siguiente:

Respecto al exceso o invasión de competencia señalan que esto no es así porque los principios de dinamicidad y subsidiaridad estatuidos en los incisos b) y f) del artículo 4º de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, permiten la progresión de las Competencias. Sostienen que dichos principios están en concordancia con los incisos 5 y 10 del artículo 192 de la Constitución. Por todo ello dicen que la Ordenanza Regional 022-2007 se encuentra dentro de la “Competencia Atípica”, porque está en consecuencia se encontraría dentro del marco del ordenamiento jurídico.

Señalan igualmente que el Ministerio de Agricultura tiene como competencia regular la política de desarrollo agrario de la Región a través de la Dirección Regional Agraria de Puno fijando los índices de producción, consumo, comercialización, fijación de precios, áreas cultivadas, fijación de fines lícitos, etc. de los productos agrícolas incluida la hoja de coca. Consideran

que la referida competencia de la Dirección Regional Agraria es compartida con el Gobierno Regional de Puno de acuerdo al Plan Anual de Transferencia de Competencia. Agregan que no existen normas que prohíban al Gobierno Regional de Puno regular los aspectos del Sector Agrario de su Región y por ende el Consejo Regional (máximo órgano de la Región) puede producir normas jurídicas primarias y secundarias regionales a favor del productor agrario como lo ha hecho con la Ordenanza 022-2007 que regula el tema de la hoja de coca. Por ello afirman que la competencia asumida es constitucional y así lo prevé el artículo 192 inc. 5, 10 de la Constitución Política del Perú en concordancia con el artículo 1, 2, 3 de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesina.

Sostienen que la Ley, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (28296), no regula expresamente la facultad de declarar a la hoja de coca patrimonio cultural de la Nación pero que, en cambio, los artículos 1, 2, 3 y 4 inc. h) de la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, la Ley 28495, Ley de protección al acceso a la diversidad biológica del Perú, la Ley 28216 que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos así como el artículo 2 inc. b), 11 de la Ley 27811, Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura, si regulan esa facultad a favor del Gobierno Regional. Entienden por esto que existe conflicto entre las normas antes señaladas por lo que resulta necesaria la aplicación de los incisos 2, 13, 15, 16, 19 22 y 24 del artículo 2 de la Constitución, así como los artículos 3, 7, 38, 51, 88, 89 y los incisos 5 y 10 del artículo 192 de nuestra Constitución.

Sobre la afectación a los principios de unidad, lealtad, taxatividad y cláusula de residualidad expresan que el actor interpreta erróneamente la Ordenanza en cuestión porque ésta no tiene la intención de afectar la soberanía ni desintegrar la estructura del Estado.

En cuanto a lo expuesto sobre el tema de la regulación normativa regional opuesta a políticas nacionales afirman que la Ordenanza no está contra la Política Nacional anti narcótica sino que postula promover espacios de inclusión cultural, económico y social porque consideran que existe ausencia significativa del Estado en la Región que promueva políticas razonables y eficaces garantizando el desarrollo económico de la Región. Por ello solicitan se profundice el proceso de descentralización y se aperturen mecanismos de participación política de la ciudadanía en las decisiones del Estado.

Los recurrentes señalan también que de conformidad con el artículo 45 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, es competencia del Gobierno Nacional definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, correspondiéndoles a los gobiernos regionales definir, normar, dirigir y gestionar sus políticas regionales en concordancia con las políticas nacionales, significando entonces que en dicho extremo existiría competencia compartida, es decir competencia permisiva para el diseño de políticas en la actividad agropecuaria del sector Agricultura, incluyendo la Hoja de Coca, de manera que la Ordenanza Regional cuestionada es parte

de la política de desarrollo agropecuario de la región Puno, diseñada por la Dirección Regional Agraria Puno, que no se contrapone a las decisiones de políticas del Estado.

Sostiene por tanto que la Ordenanza Regional cuestionada es válida por estar acorde a la Constitución, puesto que se trata de norma jurídica regional que regula un asunto de interés regional, siendo aplicable los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 24656, es decir está de acuerdo al modelo de interpretación jurídica y al método sociológico en la interpretación constitucional.

Finalmente señalan que el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N°. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulado) que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra las Ordenanzas Regionales sobre la Hoja de Coca emitidas por los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, no es igual al del caso presente porque tiene como premisa menor un supuesto de hecho relevante diferente al caso de la Ordenanza Regional del Gobierno Regional de Puno. Afirman por todo ello que con esta demanda se pretende restringir el derecho fundamental de los pueblos indígenas, especialmente el derecho esencial protegido a favor de las comunidades campesinas y sus miembros, por lo que debe aplicarse lo estatuido en el artículo 2 inc. b), artículo 11, de la Ley 27811, en concordancia con el artículo 1. 2, 3 y 4 inc. h) de la Ley 24656, y artículo 192, incisos 5 y 10, de la Constitución Política del Perú, correspondiendo implementar políticas de desarrollo económico, cultural y social acorde a las particularidades que expresa una propia identidad cultural del sur andino concretamente en la ceja de Selva de la región de Puno.

V. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS EN ESTA MATERIA CONSTITUCIONAL

De lo expuesto en el escrito de la demanda de inconstitucionalidad y su contestación se extrae que los puntos controvertidos en materia constitucional son:

- Determinar en quien recae la competencia para declarar patrimonio de la nación a la hoja de coca.
- Determinar en quien recae la competencia para declarar zonas de cultivo de la coca.
- Determinar si la competencia asumida por el Gobierno Regional de Puno es excesiva.
- Determinar si existe violación a los principios de unidad, lealtad, taxatividad, cláusula de residualidad y tutela y control.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la excepción deducida por el Gobierno Regional de Puno.

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos; y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 1º y 2º de la Ordenanza Regional N°. 022-2008 de la Región Puno.

Declarar **INCONSTITUCIONALES** los demás artículos de dicha Ordenanza por conexidad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
MESIA RAMIREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ALVAREZ MIRANDA

ANEXO Nº 03

PLENO JURISDICCIONAL 00010-2008-PI/TC

ENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ministerio de la Producción (demandante) c. Presidente del Gobierno Regional de Ica (demandado)

Sentencia del 27 de abril de 2010

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ministerio de la Producción contra la Ordenanza Regional Nº. 0017-2005-GORE-ICA, emitida por el Gobierno Regional de Ica.

Magistrados presentes:

MESÍA RAMÍREZ

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima (Arequipa), a los 27 días del mes de abril de 2010, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Calle Hayen, que se agrega.

ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Ministerio de la Producción contra la Ordenanza Regional Nº. 0017-2005-GORE-ICA, emitida por el Gobierno Regional de Ica, por vulnerar lo dispuesto en la Constitución respecto a las competencias de los Gobiernos Regionales.

Petitorio

Se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional Nº. 0017-2005-GORE-ICA, su fecha 31 de agosto de 2005, publicada el 28 de setiembre de 2005.

NORMA SUJETA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Ordenanza Regional Nº. 0017-2005-GORE-ICA, cuyo texto es el siguiente:

Artículo Primero.- Del Objeto de la Norma

Declara en EMERGENCIA al Sector Pesquería Artesanal, dentro del ámbito territorial del Gobierno Regional de Ica.

Artículo Segundo.- De la Conformidad de la Comisión Multisectorial

Créase la Comisión Multisectorial de solución a la problemática de la Pesca Artesanal de la Región Ica.

Artículo Tercero.- De la Composición de la Comisión Multisectorial

ANTECEDENTES

Argumentos de la demanda

La causa petendi en que se sustenta el petitum radica en que si bien la Constitución consagra que los gobiernos regionales, en los asuntos de su competencia, gozan de autonomía política, económica y administrativa, en ningún caso pueden desconocer las políticas y planes nacionales, tan es así que, de acuerdo con la cláusula de residualidad, las competencias que no les han sido asignadas, corresponden al Gobierno Nacional.

En ese sentido, considera que el referido Gobierno Regional, al emitir la citada ordenanza, ha excedido las competencias que le han sido otorgadas a los gobiernos regionales, toda vez que en los incisos 7) y 10) del artículo 195 de la Constitución se establece que éstas deben adecuarse a los intereses de perspectiva nacional recogidas, en políticas sectoriales, de competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

Señala además que la mencionada ordenanza contraviene lo dispuesto por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, al desprenderse que dicha entidad no cuenta con la potestad normativa en materia pesquera debido a que, por aplicación del principio de taxatividad, los gobiernos regionales son competentes solo para aquello que les haya sido expresamente atribuido por la Constitución y sus leyes orgánicas. Por ende, los gobiernos regionales carecen del poder de normar en materia pesquera, siendo dicha titularidad únicamente del Gobierno Nacional.

Contestación de la demanda

El Gobierno Regional de Ica contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por no haber señalado la actora la norma constitucional expresa que se habría infringido al haberse expedido la Ordenanza Regional N°. 0017-2005-GORE-ICA, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 28 de septiembre de 2005, tal como lo señala el artículo 75º del Código Procesal Constitucional.

Asimismo, refiere que la finalidad de la ordenanza cuestionada en el presente proceso es la de sentar un precedente respecto de la problemática de la pesca artesanal en el ámbito regional, en atención a la temática expuesta por los dirigentes de organizaciones sociales de pescadores artesanales, y que por ello se declaró en emergencia el sector pesquería artesanal dentro del ámbito territorial del Gobierno Regional de Ica, así como se creó un comité multisectorial de solución a la problemática de la pesca artesanal.

Refiere que en el caso señalado no existe infracción contra la jerarquía normativa ni directa ni indirectamente y, además, que el propósito de declarar en emergencia la pesca artesanal no genera ningún tipo de incompatibilidad formal ni mucho menos material con la Constitución.

FUNDAMENTOS

Petitorio

De autos fluye que los argumentos del Ministerio demandante se sintetizan en los siguientes cuestionamientos:

Dado que el Gobierno Regional de Ica, al emitir la Ordenanza Regional N°. 0017-2005-GORE-ICA, declara en emergencia al sector Pesquería Artesanal dentro del ámbito territorial en el cual se circunscribe, así como también crea el Comité Multisectorial de solución a la problemática de la pesca artesanal, dicha ordenanza resulta inconstitucional al legislar en materia pesquera pese a que la competencia exclusiva le corresponde al Gobierno Central.

Lo dispuesto por el Gobierno Regional de Ica se contrapone a lo establecido por la Constitución, la ley de bases de descentralización y la ley de organización y funciones del Ministerio de la Producción.

Estando a ello, resulta necesario determinar si la Ordenanza cuestionada fue emitida en el marco de las facultades otorgadas por la Constitución o la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, o si, por el contrario, el Gobierno Regional demandado se excedió en el ejercicio tales facultades, menoscabando atribuciones propias del Poder Ejecutivo.

Cuestiones previas

Si bien desde una perspectiva estrictamente formal, la demanda en este proceso apela a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad –toda vez que se trata de enjuiciar la supuesta inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N°. 0017-2005-GORE-ICA la que, por cierto, tiene rango de ley–, no se puede omitir el hecho que, desde la perspectiva material, se trata de un conflicto de competencias de naturaleza positiva por cuanto tanto el demandante como el demandado reclaman su competencia.

En efecto, el demandante alega que:

>Las competencias de los gobiernos regionales están determinadas en el artículo 192º de la Constitución; sin embargo, dicha norma, en sus incisos 7) y 10), establece que éstas deben adecuarse, además de los intereses de perspectiva nacional recogidas en políticas sectoriales, de competencia exclusiva del Gobierno nacional, (...).

Dependiendo del tipo de materias que regulen, y particularmente de la clase de competencia de que se trate (exclusiva, compartida o delegada), las Ordenanzas Regionales, además de estar sometidas a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente a la Ley de Bases de la Descentralización y a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, deben adecuarse a otras normas dictadas por el Gobierno Nacional, las que integrarían el bloque de constitucionalidad (...).

Las ordenanzas regionales no pueden transgredir principios, atribuciones y competencias establecidas por el conjunto normativo de fuente constitucional; con lo cual, el desarrollo legislativo regional queda limitado a un parámetro constitucional y legal del cual emana su autonomía política, administrativa y económica. (...)”.

Por su parte, el demandado indica que:

La finalidad de la Ordenanza Regional N°. 0017-2005-GORE-ICA es dejar un precedente respecto a la problemática de la pesca artesanal en el ámbito regional(...)”.

Por ello resulta pertinente traer a colación lo prescrito por el artículo 110° del Código Procesal Constitucional, en el sentido que “[s]i el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.” Siendo ello así, es pertinente, para la resolución de la presente demanda de inconstitucionalidad, la aplicación del test de la competencia, no sin antes precisar algunas cuestiones generales atinentes al caso.

En tal sentido, la creación de la “Comisión Multisectorial de solución a la problemática de la pesca artesanal de la región Ica” a través de la Ordenanza Regional N°. 0017-2005-GORE-ICA, se encuentra dentro de las facultades atribuidas al Gobierno Regional de Ica mediante el Decreto Supremo N°. 038-2004-PCM, por el cual se le transfiere funciones específicas indicadas en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales que, en dicho momento, se encontraban a cargo de los sectores del Gobierno Nacional, y que, para el caso en específico, provenían del Ministerio de la Producción.

En consecuencia, este Tribunal Constitucional estima que el citado Gobierno Regional no ha excedido las competencias que le han sido otorgadas por la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, conforme ha sido desarrollado en los fundamentos supra.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

ANEXO Nº 4

EXP. Nº. 00006-2009-PI/TC LIMA FISCAL DE LA NACIÓN

**SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

DEL 22 DE MARZO DE 2010

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

**FISCAL DE LA NACIÓN, DOÑA GLADYS MARGOT ECHAÍZ
RAMOS, C/. DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA LEY Nº. 29277, LEY DE
LA CARRERA JUDICIAL**

SÍNTESIS

Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 34º, inciso 15); 40º, incisos 5) y 8); 48º, inciso 12); 47º, incisos 5), 6) y 16); 87º; 88º; 103º y 104º de la Ley Nº. 29277, Ley de la Carrera Judicial.

Magistrados firmantes

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de marzo de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Álvarez Miranda, que se agregan.

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación, doña Gladys Margot Echaíz Ramos, contra diversos artículos de la Ley Nº. 29277, Ley de la Carrera Judicial.

DATOS GENERALES

Violación constitucional invocada

El proceso constitucional de inconstitucionalidad presentado es promovido por la Fiscal de la Nación, facultada por el artículo 203º de la Constitución, y

dirigido contra el Congreso de la República. Intervienen como partícipes el Poder Judicial y el Consejo Nacional de la Magistratura – CNM.

El acto lesivo cuestionado lo habría producido la promulgación de la Ley Nº. 29277, Ley de la Carrera Judicial, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de noviembre de 2008.

NORMAS CUESTIONADAS

Ley Nº. 29277, Ley de Carrera Judicial

ANTECEDENTES

Argumentos de la demanda

En cuanto al artículo 34º, inciso 15) de la Ley, señala que es inconstitucional porque obliga a los jueces a residir en el distrito judicial donde ejercen el cargo, y que la inobservancia constituye falta muy grave (artículo 48º, inciso 12 de la norma impugnada), e implica una vulneración del derecho de toda persona, reconocido por el artículo 2º, inciso 11) de la Constitución, de elegir el lugar de residencia con libertad, y así ejerza la función judicial.

Con referencia al artículo 47º, incisos 5) y 6) de la Ley, alega que es inconstitucional, por limitar arbitrariamente las libertades comunicativas de los jueces con relación a los procesos en curso. Explica que la restricción del inciso 5) está referida a un ámbito sumamente abierto, sin ninguna tipificación, por lo que resulta una restricción arbitraria. Y que el inciso 6) del artículo 47º no se condice con el principio de publicidad del proceso e impide la realización social e individual de los derechos a la expresión e información.

Expresa que la frase incorporada en la Ley de Carrera Judicial en el inciso 16) de su artículo 47º, al no mostrar parámetro o límite para establecer una conducta como infracción, vulnera los principios básicos de la potestad sancionadora del Estado aplicables al régimen de control disciplinario de los magistrados del Poder Judicial, sobre todo en lo referido al principio de legalidad y también al de tipicidad recogidos en el literal d del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución.

A su entender, resultan inconstitucionales los artículos 103º y 104º de la Ley. En cuanto a la conformación de la Comisión de Evaluación de Desempeño de jueces, aduce que es cuestionable la validez de una ‘evaluación parcial del desempeño’ a cargo de una comisión adscrita al CNM, integrada por tres de sus miembros y presidida por uno de ellos, al no otorgarle la Constitución tal atribución. No se trataría de una ‘ratificación parcial’, sino de una atribución nueva no prevista por la Constitución. Opina que no es posible que esté a cargo del Consejo la elaboración del cuadro de méritos, al tratarse de un ámbito propio de la administración de la carrera judicial, lo cual corresponde exclusivamente al Poder Judicial. Otorgarle tal atribución implicaría la injerencia de un organismo ajeno al Poder Judicial en las facultades de su gobierno y administración que a éste le corresponde, lo cual vulnera su independencia externa.

Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 28 de mayo de 2009, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que ésta sea declarada infundada, por cuanto no contraviene la Constitución. Los fundamentos que sustentan su posición son los siguientes:

Respecto de los artículos 87º y 88º de la Ley de Carrera Judicial, alega que ambos están de acuerdo con el principio implícito de idoneidad de la magistratura, el cual resulta de gran importancia, si se tiene en cuenta las funciones que debe cumplir el Poder Judicial.

Aduce que la parte demandante señala erróneamente que el inciso 5) del artículo 47º de la Ley establece una restricción absoluta y arbitraria a las libertades comunicativas de los jueces, y que, por el contrario, establece una legítima limitación conforme a la Constitución.

Refiere que a través del artículo 47º, inciso 6 de la Ley se estaría proscribiendo que el juez haga comentarios, es decir, emita juicios o consideraciones sobre aspectos procesales o de fondo de un proceso en curso, prohibición que se relaciona lógicamente y naturalmente con uno de los principales deberes de los jueces, que es impartir justicia con imparcialidad y respeto al debido proceso.

Sobre la presunta inconstitucionalidad de la evaluación parcial del desempeño [artículos 102º y 103º de la Ley de Carrera Judicial], señala que esta evaluación guarda relación directa con la función de ratificación asignada al CNM, sobre todo tomando en cuenta su regulación; además, enfatiza que el Tribunal Constitucional ha admitido las funciones inmanentes (poderes implícitos). Considera que tampoco se ha afectado el principio de división funcional del poder y la autonomía e independencia del Poder Judicial, sobre todo su independencia externa, pues la evaluación no representa un mecanismo de sujeción ni de presión sobre los jueces, ni está encaminada a ejercer influencias sobre ellos.

FUNDAMENTOS

Los magistrados de este Tribunal en el presente caso, declinando en algunos casos sus posiciones personales, en la resolución de la controversia han optado por asumir una posición institucional sin fisuras, a fin de transmitir un mensaje de unidad que se impone como necesario dada la trascendencia del tema en discusión: el sistema de justicia en el país. Se emite pues una votación conjunta para expresar un espíritu mancomunado de análisis constitucional de la materia sometida a control. Para ello, y para tener una mayor amplitud de criterio, no sólo ha tomado en cuenta los alegatos escritos de las partes y partícipes, sino, basándose en el principio de inmediación procesal, también los alegatos orales expresados en la audiencia pública por la Fiscal de la Nación, su abogado y el Presidente de la Corte Suprema, por un lado; y por el Procurador Público del Congreso de la República y el abogado del Consejo Nacional de la Magistratura, por el otro, y a los cuales se hará referencia a lo largo de esta sentencia.

CUESTIONES INICIALES

Antes de ingresar al análisis sobre el control de la actividad del juez, este Colegiado considera pertinente dejar sentados algunos aspectos generales del proceso constitucional planteado.

Sobre la falta de legitimidad activa del Presidente del Poder Judicial

Es llamativo el hecho que la demanda haya sido interpuesta por la Fiscal de la Nación, persona con legitimación procesal [artículo 200º, inciso 4) de la Constitución y artículo 99º del Código Procesal Constitucional], pero no por un interés directo en plantearla, sino porque recibió un requerimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República para realizarlo [Oficio N°. 10778-2008-SG-CS-Poder Judicial, de fecha 24 de diciembre de 2008]. Aun cuando un accionante no debe explicar su interés para plantear su demanda, la propia Fiscal de la Nación juzga apropiado mencionar que acude a esta judicatura constitucional en vista que el Presidente del Poder Judicial no posee la legitimidad que ella sí tiene [Punto I de la Demanda; y Alegato de su abogado en Audiencia Pública, del 11 de agosto del 2009], aunque indirectamente le preocupa la discusión existente de una próxima Ley de Carrera Fiscal. Al respecto, a este Colegiado le parece sugestiva la posición que tiene el Poder Judicial en un proceso de inconstitucionalidad. Es lógico que este Poder del Estado, por las consecuencias directas de la ley cuestionada, tenga el obvio, y justo por lo demás, interés de participar en el proceso a cargo de la alta investidura de este Tribunal Constitucional (incluso lo cataloga como ‘magnífico tribunal’ [Alegato del Presidente de la Corte Suprema en Audiencia Pública, del 11 de agosto del 2009]), pero la realidad es que sólo puede hacerlo por haber sido admitida su calidad de partícipe [Resolución del Tribunal del 5 de mayo de 2009].

En cuanto a ello este Colegiado, si bien es consciente que es el Poder Constituyente el órgano que define las atribuciones, competencias, facultades y derechos que configuran nuestro Estado, y es jurídicamente válido que haya determinado las personas con legitimidad extraordinaria para accionar en los procesos de inconstitucionalidad, estima que bien pudo haber incluido al Presidente de la Corte Suprema de la República, en tanto funcionario de la más alta investidura del Poder Judicial, tal como lo hace con los otros poderes del Estado, máxime si la emisión de alguna norma con rango legal le podría afectar.

Revisado el Diario de Debates del CCD (Debate Constitucional de 1993), se observa que durante el periodo de labores para la aprobación del texto constitucional vigente, con fecha 12 de agosto de 1993, en la sesión matinal, se sometieron a debate los artículos 219º al 225º del Título V, Garantías Constitucionales del proyecto sustitutorio contenido en el dictamen en mayoría de la Comisión de Constitución y Reglamento, el cual establecía en el artículo 220º que como la Sala Constitucional de la Corte Suprema era el órgano de control de la Constitución, tenía la facultad para conocer la acción de inconstitucionalidad, por lo que a la vez no podía ostentar la legitimidad extraordinaria para obrar activamente en una inconstitucionalidad. Con posterioridad, también en el diario de debates del CCD, se observa que la

Comisión de Constitución y Reglamento estimó conveniente descartar tal propuesta y retomar el planteamiento de crear un órgano constitucional ad hoc para el control de constitucionalidad, como es el Tribunal Constitucional, y asuma las atribuciones propuestas originariamente a la Corte Suprema. Se eliminó la facultad de resolver la inconstitucionalidad a la Sala Constitucional, pero no se varió el tema de sujetos legitimados para plantearla. De lo señalado queda claro que si con la Constitución vigente, el Poder Judicial ya no es el órgano titular del control concentrado, no existe razón para quitarle la legitimidad para obrar.

Por más que es notoria la decisión del Congreso Constituyente Democrático – CCD de no otorgarles a los presidentes del Poder Judicial la calidad de legitimados activos, toda vez que en la Constitución de 1979 sí la tenían [artículo 299º, inciso 2)], por la función constitucional que cumplen y por su rol en la tutela de los derechos fundamentales, incluso a través del control difuso, sería más coherente con el principio democrático aplicado al proceso que sí lo tenga. Esta decisión constituyente ha traído serias consecuencias puesto que, en casos como el planteado, en una norma que lo afecta directamente, el Presidente del Poder Judicial debe recurrir a uno de los sujetos legitimados, como es la Fiscal de la Nación.

Han pasado más de 15 años desde que la Constitución de 1993 mantiene la vigencia de dicha omisión, la que debe ser salvada precisamente a partir de la Ley de Carrera Judicial pues el error constituyente termina debilitando de alguna manera la independencia del Poder Judicial. Ante ello, es ineludible que pueda habilitarse su capacidad para presentar demandas de inconstitucionalidad, y así no recurran a otros órganos estatales para que lo hagan o se tengan que presentar como partícipes, cuando bien podrían haber accionado directamente. Esta cuestión, visible en el caso concreto que se está resolviendo, debe ser analizada por el Congreso de la República, en tanto Poder Constituyente derivado, reformando la Constitución de acuerdo a su artículo 206º. Al respecto, es válido mencionar que se ha presentado el Proyecto de Ley N° 2320/2007-CR, Proyecto de Ley de Reforma Constitucional que modifica el artículo 203º de la Constitución y el artículo 99º del Código Procesal Constitucional, que concede legitimidad activa al Poder Judicial, a través de su Presidente, en el proceso de inconstitucionalidad.

Sobre la validez de una ley de carrera judicial

Este Colegiado comparte con las partes del proceso, incluso con los partícipes, el hecho que la existencia de una ley que regule la carrera judicial es beneficiosa para el sistema de administración de justicia en el país (para el Procurador Público del Congreso de la República busca la “idoneidad de la magistratura” [Alegato en la Audiencia Pública, del 11 de agosto de 2009]; para la Fiscal de la Nación garantiza el estatuto del juez [Punto II de la Demanda]). En tal sentido, la Ley de Carrera Judicial coadyuva decisivamente para la reforma real del sistema, de acuerdo con los planteamientos formulados en su momento por la CERIAJUS [Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, de 2004], máxime si hoy en día, el Poder Judicial es una institución aún muy cuestionada por la población, pese a los intentos para

su afianzamiento democrático y funcional, pues sólo el 17% de la población muestra confianza en su actuación [Encuesta Nacional Urbana, realizada por el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de octubre de 2009].

Contar con jueces idóneos es un requisito indispensable para la configuración de un verdadero Estado social y democrático de derecho. El valor justicia subyace al modelo constitucional imperante en el país, por lo cual la población debe resolver sus conflictos y controversias a través de mecanismos jurisdiccionales que creen seguridad jurídica y cuya finalidad concreta sea la búsqueda de la paz social. En dicha búsqueda está la ley cuestionada *prima facie*, pese a los supuestos errores puntuales que serán materia de análisis en los siguientes fundamentos.

FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:

Con relación a la **obligación de los jueces de residir en el lugar en que ejercen su cargo**:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto de los artículos 34°, inciso 15), 40°, incisos 5) y 8) y 48°, inciso 12) de la Ley N.° 29277, Ley de Carrera Judicial; e **INTERPRETAR**, de conformidad a los fundamentos 26 y 27, *supra*, que el concepto 'lugar donde se ejerce el cargo' previsto en el artículo 40°, incisos 5) y 6), no se asimila al de distrito judicial (concepto desarrollado en el artículo 34°, inciso 5)], menos aún en el caso de conurbación, ni impide que el juez pueda tener más de un domicilio que goce de tutela constitucional, además que la prohibición de ausentarse del lugar donde ejerce su cargo sólo será válida en los horarios en que está laborando el juez, ya de manera regular o excepcional, como cuando está de turno. Asimismo, la falta grave prevista en el artículo 48°, inciso 12) de la Ley de Carrera Judicial sólo existirá en tanto y en cuanto el juez no fije como uno de sus domicilios el lugar donde ejerce su función jurisdiccional.

Con relación al **ejercicio de las libertades de información y de expresión de los jueces**:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto de los artículos 47°, incisos 5) y 6) de la Ley N.° 29277, Ley de Carrera Judicial, e **INTERPRETAR**, de conformidad al fundamento 43, *supra*, que la discreción prevista en el artículo 47°, inciso 5), entendida como parte del derecho a la información, no se aplica para los procesos ya concluidos, para los ámbitos de mero trámite del proceso, ni para los procesos no dirigidos por el juez; y que la prohibición de comentarios recogida en el artículo 47°, inciso 6), entendida como límite a la libertad de expresión, no se aplica para los procesos ya concluidos, ni para los procesos no dirigidos por el juez, ni tiene conexión

alguna con otro en el cual éste intervenga. Cuando se hace referencia a procesos concluidos es que estos tienen autoridad de cosa juzgada, es decir, únicamente cuando se pueda atentar contra la moral, orden público, seguridad nacional y el derecho a la vida privada de las partes, siempre que dichos límites se enmarquen en el interés de la justicia.

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto del artículo 47º, inciso 16) de la Ley N.º 29277, Ley de Carrera Judicial en lo relativo a la frase “desde el punto de vista del razonamiento jurídico”, de conformidad al fundamento 49, supra, por afectar el principio de tipicidad previsto en el artículo 2º, inciso 24), acápite “d” de la Constitución, quedando subsistente el inciso de la siguiente manera: “Utilizar en resoluciones judiciales expresiones improcedentes o manifiestamente ofensivas”, e **INTERPRETAR**, de conformidad al fundamento 50, supra, que las palabras “improcedentes” y “manifiestamente ofensivas”, que especifican las expresiones prohibidas para las resoluciones judiciales, son condiciones concurrentes.

Con relación a la **evaluación permanente a los jueces por parte de una Comisión de Evaluación del Desempeño**:

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad respecto de los artículos 87º, 88º, 103º y 104º de la Ley N.º 29277, Ley de Carrera Judicial e **INCONSTITUCIONALES** dichos dispositivos, de conformidad al fundamento 69, supra, por afectar la autonomía y las facultades de gobierno y de administración del Poder Judicial, previstos en el artículo 143º de la Constitución y porque la existencia de la Comisión de Evaluación del Desempeño no tiene sustento en las atribuciones asignadas al Consejo Nacional de la Magistratura ni al Poder Judicial, según los artículos 154º y 143º de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

ANEXO Nº 5**EXP. Nº. 00008-2009-PI/TC****SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL****DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****DE 14 DE SETIEMBRE DE 2010****PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD****Colegio de Abogados de Lambayeque (demandante) contra el Poder Ejecutivo (demandado)****Asunto:**

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lambayeque, contra el Decreto Legislativo Nº 1051 (artículos 1º y 2º), publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de junio de 2008, que modifica los numerales 30.1, 30.2, 30.5, 30.6, 30.7 y 30.8 del artículo 30º y el artículo 31º de la Ley Nº 27185, Ley General de Transporte Terrestre.

VERGARA GOTELLI**BEAUMONT CALLIRGOS****CALLE HAYEN****ETO CRUZ****ÁLVAREZ MIRANDA****URVIOLA HANI****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 14 días del mes de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Decreto Legislativo Nº 1051 (artículos 1º y 2º), publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de junio de 2008, que modifica los numerales 30.1, 30.2, 30.5, 30.6, 30.7 y 30.8 del artículo 30º y el artículo 31º de la Ley Nº 27185, Ley General de Transporte Terrestre; cuyo texto es el siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEY Nº 27181, LEY GENERAL DE TRANSPORTE Y TRÁNSITO TERRESTRE

Artículo 1.- Modificación de los numerales 30.1, 30.2, 30.5, 30.6, 30.7 y 30.8 del artículo 30 y artículo 31 de la Ley Nº 27181

Modifíquese los numerales 30.1, 30.2, 30.5, 30.6, 30.7 y 30.8 del artículo 30 y el artículo 31 de la Ley N° 27181, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

“Artículo 30.- Del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito

30.1 Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza de seguros vigente del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT o certificados contra accidentes de tránsito - CAT, que contengan términos equivalentes, condiciones semejantes o mayores coberturas ofertadas que el SOAT vigente, en cuyo caso las asociaciones de fondos regionales o provinciales contra accidentes de tránsito - AFOCAT entregarán el certificado; y además el distintivo que acredita la vigencia del mismo, y serán destinados exclusivamente a vehículos de transporte provincial de personas, urbano e interurbano, incluyendo el transporte especial de personas en mototaxis que presten servicios al interior de la región o provincia, que sólo tendrán validez dentro de la respectiva circunscripción de funcionamiento.

Estos fondos y las asociaciones de fondos regionales o provinciales contra accidentes de tránsito serán regulados, supervisados, fiscalizados y controlados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, de conformidad con las atribuciones establecidas en el artículo 345 y siguientes de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y en el Reglamento de requerimientos patrimoniales de las empresas de seguros y reaseguros, aprobado por Resolución SBS N° 1124-2006, siempre que no contravenga la naturaleza jurídica de las AFOCAT.

Los gobiernos locales y/o regionales, a solicitud de las AFOCAT y con conocimiento previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, podrán autorizar a las AFOCAT a suscribir convenios para ampliar el ámbito de aplicación del certificado contra accidentes de tránsito en territorios continuos.

DATOS GENERALES

Norma sometida a control: Decreto Legislativo N° 1051 (artículos 1° y 2°), publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de junio de 2008, que modifica los numerales 30.1, 30.2, 30.5, 30.6, 30.7 y 30.8 del artículo 30° y el artículo 31° de la Ley N° 27185, Ley General de Transporte Terrestre

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 25 de marzo de 2009, el Colegio de Abogados de Lambayeque interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 1051. El demandante afirma que dicha disposición es inconstitucional por la forma debido a tres razones, básicamente:

Se habría producido el quebrantamiento del procedimiento previsto en la Constitución para su aprobación, pues no fue aprobado previamente por la

respectiva comisión dictaminadora, tal como lo exige el artículo 105º de la Constitución;

Se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente del derecho, pues un decreto legislativo como el impugnado no puede modificar una ley orgánica, en este caso, la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre aprobada por Ley N° 27181, e implícitamente la Ley del Sistema Financiero y de Seguros, Ley N° 26702, en consecuencia no pueden delegarse las materias que son indelegables tal como lo es la aprobación (y por tanto su modificación) de leyes orgánicas, pues se estaría afectando el artículo 101 de la Constitución (según 50 de la demanda);

Contestación de la demanda

Con fecha 22 de diciembre de 2009, el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contesta la demanda. En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo N° 1051 señala que dentro de la expresión “modernización del Estado”, el Poder Ejecutivo estuvo facultado para definir políticas públicas y mejorar el servicio de emisión de los Certificados contra Accidentes de Tránsito. En ese sentido, no puede considerarse que el Decreto Legislativo impugnado contravenga la Constitución, dado que las facultades delegadas sí comprendían la materia regulada por dicho Decreto. En relación con la supuesta inconstitucionalidad material, argumenta que no se vulnera el derecho a la igualdad por cuanto la regulación establecida por el Decreto Legislativo N° 1051 tiene como finalidad mejorar la actividad que las AFOCAT realizan en beneficio de los usuarios. En lo que se refiere a la probable violación del derecho a la libertad de asociación, el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones afirma que la disposición cuestionada no vulnera la naturaleza jurídica de las AFOCAT en tanto asociaciones; por el contrario, establece una mejor regulación que impide que su calidad de personas jurídicas sin fines de lucro se distorsione. De ahí que considere legítimo que sea la SBSAPFP y no el Ministerio de Transportes y Comunicaciones la que tenga la facultad de fiscalización y sanción, dado que este último por su propia naturaleza no puede tener facultades para controlar empresas y asociaciones que tienen su actividad dentro del mercado de seguros.

FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad y consiguiente derogación de los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo N° 1051, los mismos que modifican los numerales 30.1, 30.2, 30.5, 30.6, 30.7 y 30.8 del artículo 30º y el artículo 31º de la Ley N° 27181 y que facultan a la SBSAPFP a ejercer potestad sancionadora contra las Asociaciones de Fondos Regionales o Provinciales contra Accidentes de Tránsito (en adelante AFOCAT).

Sobre la supuesta inconstitucionalidad material del Decreto Legislativo N° 1051

Un primer argumento de fondo que esgrime el demandante es que el Decreto Legislativo N° 1051 (artículos 1° y 2°) es inconstitucional porque vulneraría el derecho a la igualdad (artículo 2° inciso 2 de la Constitución), al establecer un trato similar a quienes en realidad presentan situaciones totalmente diferentes. Así, según el demandante, mientras que las empresas de seguros, por sus propios fines y objetivos, persiguen el lucro y las ganancias, las AFOCAT son personas jurídicas sin fines de lucro, si bien prestan servicios efectivos a favor de sus asociados y de las víctimas en caso de siniestros, además que se forman y se constituyen conforme a las reglas establecidas en el Código Civil vigente.

Ahora bien, analizado estrictamente los argumentos que el demandante vierte en su escrito de petición de inconstitucionalidad, puede decirse que el argumento de fondo por el cual el demandante considera inconstitucional el Decreto Legislativo N° 1051 es que se le reconoce a la SBSAPFP la facultad para regular, supervisar, fiscalizar y controlar a las AFOCAT siempre que no contravenga la naturaleza jurídica de las mismas, además de reconocerle la potestad sancionadora para que las AFOCAT cumplan con pagar oportunamente las indemnizaciones correspondientes. Según el demandante, ésta es una facultad del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lambayeque.

Publíquese y notifíquese.

SS.
URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA