

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



Título

**¿SON LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS, NORMATIVAS DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL UNA RESPUESTA ADECUADA
RESPECTO DE LEYES DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO?**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA
JURISDICCIONAL**

AUTOR

Javier Francisco Valdárrago Zuzunaga

ASESOR

Juan Manuel Sosa Sacio

Agosto de 2020

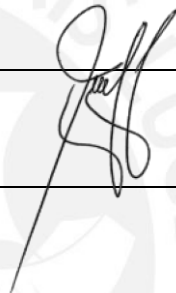
Declaración jurada de autenticidad

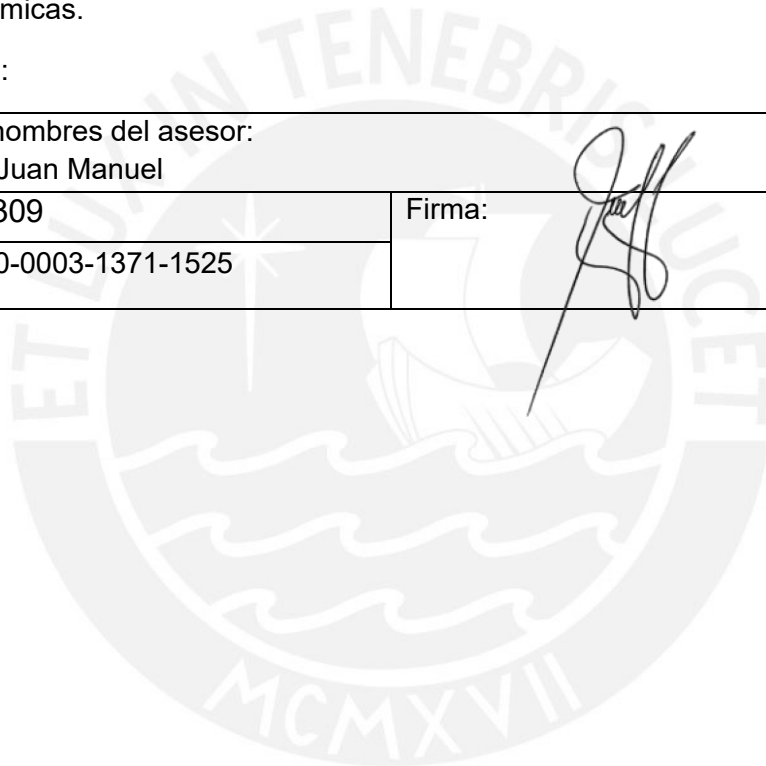
Yo, Juan Manuel Sosa Sacio, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo titulado “¿Son las sentencias interpretativas y manipulativas del tribunal constitucional una respuesta adecuada a la falta de claridad o ambigüedad en leyes de derecho sustantivo penal?”, del autor Javier Francisco Valdárrego Zuzunaga.

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte emitido por el software Turnitin el 30/03/2021.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

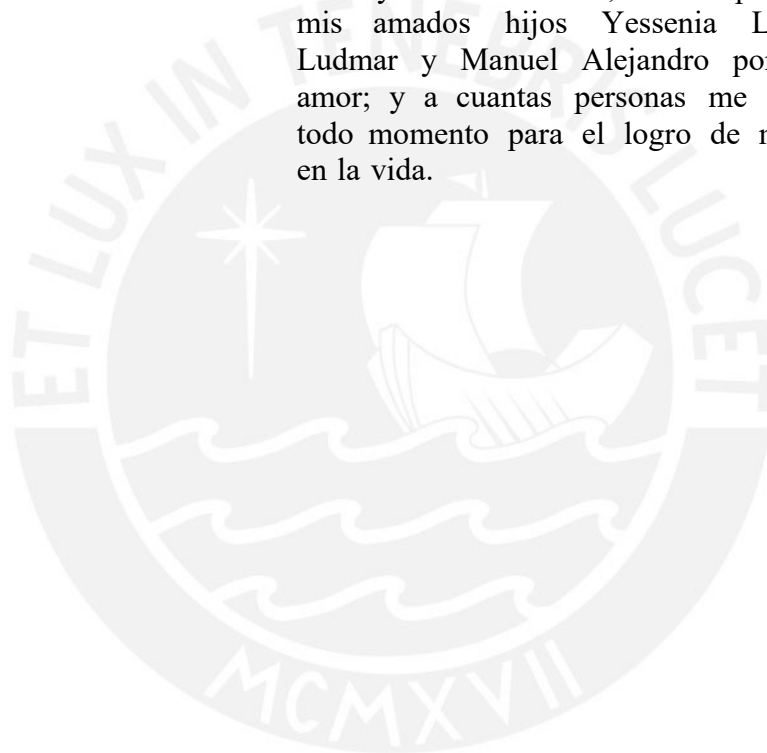
Lugar y fecha:

Apellidos y nombres del asesor: Sosa Sacio Juan Manuel		
DNI: 40690309	Firma:	
ORCID: 0000-0003-1371-1525		



DEDICATORIA.

A Dios, por su inmenso amor; a mis queridos padres Octavio y María Luisa (+), por su amor y sus enseñanzas; a mi esposa Ludmar y mis amados hijos Yessenia Luisa, María Ludmar y Manuel Alejandro por todo su amor; y a cuantas personas me apoyaron en todo momento para el logro de mis objetivos en la vida.





AGRADECIMIENTO

A mis queridos profesores del pregrado en la facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres - Lima; de la maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú; y especialmente al profesor Juan Manuel Sosa Saco, quien con tanta voluntad me ha asesorado en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

RESUMEN

En este trabajo se analiza como problema central la importancia que las sentencias interpretativas normativas (manipulativas) emitidas por el Tribunal Constitucional tienen en nuestro sistema de justicia como respuesta a la inconstitucionalidad, falta de claridad y ambigüedad que en ocasiones afectan a las leyes de Derecho sustantivo penal; como es sabido, en el Perú tenemos el sistema de control constitucional mixto, esto es el concentrado a cargo del Colegiado y el difuso a cargo de la justicia ordinaria; en ambos casos es la Constitución como norma jurídica suprema la que tiene primacía en el sistema de justicia; por ello, hemos iniciado la presente investigación analizando el desarrollo del constitucionalismo en el mundo a través de los dos grandes sistemas el *Common Law* y el Europeo continental que se dio en el mundo occidental a fines del siglo XVIII, esto es a partir de las revoluciones de 1787 y 1789 (Estados Unidos de Norteamérica y Francia respectivamente); Para ello hemos utilizado el sistema inductivo, habiendo para el efecto seleccionado y analizado tres sentencias denominadas de principio dictadas por nuestro Tribunal Constitucional entre los años 2002 a 2011; como resultado del presente trabajo de investigación, hemos podido demostrar que las citadas sentencias son una respuesta adecuada a dicha problemática, también se ha demostrado que a través de ellas se hacen tangibles y efectivos los derechos fundamentales de las personas, así como permiten unificar criterios jurisprudenciales tanto en la justicia constitucional como en la justicia ordinaria, con ello se afianza la democracia en nuestro país.

ÍNDICE GENERAL

Página

¿SON LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL UNA RESPUESTA ADECUADA RESPECTO DE LEYES DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO?

Introducción.....8

Capítulo I

1.1. La Constitución como norma jurídica suprema..... 11

1.1.1. Origen del constitucionalismo en el mundo 13

1.1.2. El aporte del *Common Law* al Constitucionalismo.....16

1.1.2.1. El constitucionalismo en los EE. UU. de Norteamérica18

1.1.2.2. El célebre caso *Marbury vs Madison* con el que por primera vez se ejerce el control judicial de las leyes por el Poder Judicial..... 19

1.1.3. El aporte del sistema europeo continental al Constitucionalismo... 20

1.1.4. El constitucionalismo en el Perú... 22

1.2. El tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional y democrático de Derecho 26

1.2.1. Estado legislativo de Derecho..... 27

1.2.2. Estado constitucional y democrático de Derecho28

1.2.2.1. El Constitucionalismo y la Convención Americana de DD.
HH 32

1.3. Los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes.....33

1.3.1. Control difuso 34

1.3.2. Control concentrado..... 35

1.3.3. Fusión de ambos sistemas, en particular en el Perú36

Capítulo II

2.1. La importante y trascendental tarea del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y la ley.....37

2.1.1. La interpretación jurídica y la interpretación constitucional.....37

2.1.2. Delimitación interpretativa de la Constitución...42

2.1.2.1. Interpretación inmutable de la Constitución...42

2.1.2.2. Interpretación evolutiva de la Constitución...43

2.2. ¿El juez constitucional, descubridor o creador de Derecho? 44

2.3. El problema de la inconstitucionalidad, falta de claridad en leyes sustantiva penales emitidas por el Legislador que son objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional..... 48

2.3.1. La inconstitucionalidad de la ley.....48

2.3.1.1. El proceso de acción popular	50
2.3.2. Legitimación activa en los procesos de inconstitucionalidad.....	50
2.3.3. Plazo para interponer una demanda de Inconstitucionalidad... ..	51
2.4. La falta de claridad, ambigüedad de las que en ocasiones adolecen las leyes penales y las lagunas jurídicas que se presentan en el sistema	51
2.4.1. ¿Cuándo una norma adolece de falta de claridad?.....	51
2.4.2. El vicio de ambigüedad o vaguedad de las normas.....	52
2.4.3. ¿Cuándo se presentan las lagunas jurídicas?.....	54
2.5. Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad de las leyes	56
2.5.1. Facultades del Tribunal Constitucional para emitir sentencias interpretativas, normativas (manipulativas).....	56
2.5.2. Límites del Tribunal Constitucional en la emisión de las sentencias interpretativas.....	60
2.6. Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y Concejo Nacional de la Magistratura, susceptibles de ser revisadas en sede judicial	65
Capítulo III	
3.1. Principios constitucionales que el Tribunal Constitucional debe observar al momento de dictar sus sentencias.....	66
3.1.1. Principio de presunción de constitucionalidad de la ley.....	68
3.1.2. Principio de unidad de la Constitución	69
3.1.3. Principio de concordancia práctica.....	70
3.1.4. Principio de corrección funcional.....	72
3.1.5. Principio de función integradora.....	73
3.1.6. Principio de fuerza normativa de la Constitución.....	74
3.1.7. Principios de observancia obligatoria en leyes penales	74
3.1.7.1. Principio de legalidad	75
3.1.7.2. Principio de reserva de la ley en materia penal	78
3.2. Concepto de disposición y norma	79
3.3. Tipos de sentencias en la jurisprudencia constitucional.....	81
3.3.1. Sentencias de especie	81
3.3.2. Sentencias de principio... ..	82
3.4. Sentencias interpretativas, normativas (manipulativas), dictadas por el Tribunal Constitucional	83
3.4.1. Sentencias estimativas o de acogimiento.....	85
3.4.2. Sentencias de simple anulación... ..	86
3.4.3. Sentencias interpretativas propiamente dichas.....	86
3.4.4. Sentencias interpretativas manipulativas	87
3.4.4.1. Sentencias reductoras.....	88
3.4.4.2. Sentencias aditivas	89

3.4.4.3. Sentencias sustitutivas	91
3.4.5. Sentencias exhortativas	92
3.4.6. Sentencias de desestimación o de rechazo.....	93
3.5. Efectos y ejecución de las sentencias interpretativas normativas (manipulativas) del Tribunal Constitucional en el sistema de justicia	94

Capítulo IV

Sentencias interpretativas normativas (manipulativas) que serán analizadas en la presente investigación

4.1. Exp. n.º 010-2002-AI/TC de 3 de enero de 2003, sobre inconstitucionalidad de leyes referidas a delitos de terrorismo y otros.....	98
4.2. Exp. n.º 0004-2006/PI/TC de 29 de marzo de 2006 sobre inconstitucionalidad de la Ley N° 28665 sobre organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial.....	102
4.3. Exp. n.º 00017-2011 PI/TC de 3 de mayo de 2012 sobre inconstitucionalidad de la tipificación de los delitos de colusión simple y agravada y tráfico de influencias, previsto en los artículos 384º y 400º respectivamente del Código Penal	110
Conclusiones y recomendaciones	116
Bibliografía.....	120

Introducción

Toda sociedad que aspira su desarrollo y bienestar requiere estar debidamente organizada a fin de garantizar la convivencia pacífica y el respeto mutuo de sus integrantes así como el respeto de sus derechos fundamentales; esta organización comprende como es sabido a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; el primero tiene a su cargo la administración del Estado en su conjunto; el segundo encargado de legislar (emitir leyes);y, el último el de administrar o impartir justicia, para solucionar los conflictos judiciales que se suscitan dentro de la sociedad.

Ello requiere de un sistema normativo de diferente jerarquía, siendo la Constitución la más importante y que debidamente sistematizadas y ordenadas deben ser interpretadas y aplicadas por el órgano jurisdiccional en la solución de los conflictos que se presentan entre el Estado y los particulares o entre estos; sin embargo, en ocasiones se advierte que las leyes dictadas por el Legislador son contrarias a Constitución, son oscuras o ambiguas, y en otras se presentan las denominadas lagunas jurídicas; estos vicios impiden al órgano jurisdiccional cumplir con su labor de administrar justicia, para lo cual, desde luego, es necesario encontrar una respuesta jurídica a fin de solucionar el problema.

Es precisamente frente a esta circunstancia, que el Tribunal Constitucional en calidad de órgano de control de la Constitución y máximo intérprete de la misma (artículo 201° de la Ley fundamental y artículo 1° de su Ley Orgánica), a través de sus sentencias denominadas interpretativas, normativas y manipulativas (aditivas, reductoras y sustitutivas); aclara, corrige, establece si los preceptos impugnados son o no conformes con la Carta fundamental, precisa cuál debe ser la interpretación correcta de las mismas; esto es creando leyes a través de sus sentencias.

Es aquí donde surge el problema, y por tanto se requiere dar una respuesta jurídica a las preguntas, cómo y con qué facultad el Tribunal Constitucional emite este tipo de sentencias?; y al hacerlo, invade o no las prerrogativas del Legislador?; si se tiene en cuenta que es este Poder del Estado quien tiene la prerrogativa de dictar leyes; y si además, al dictar las mismas, se afecta los principios de legalidad y reserva de la ley penal?; y, por último, ¿son en verdad este tipo de sentencias una respuesta adecuada a estos problemas de inconstitucionalidad de la que en ocasiones adolecen las leyes, así como su falta de claridad o ambigüedad?

El objeto de la presente investigación es dar respuesta a estas interrogantes desde el punto de vista jurídico constitucional, así también pretendemos demostrar y resaltar, cómo mediante el proceso de constitucionalización del Derecho en nuestro sistema de justicia, principalmente la justicia constitucional, se hace tangible la fuerza normativa de la Constitución.

Como es sabido, hasta antes de la post guerra mundial del siglo pasado, la Constitución sólo era en nuestro sistema de justicia (Europeo-continental), un catálogo de principios políticos, cuyas normas no eran aplicadas de manera directa en la solución de conflictos judiciales, en razón de que el Estado -Poder Judicial- daba mayor importancia y prevalencia a las leyes infra

constitucionales, de ahí la denominación Estado legislativo de Derecho, distinto al (actual) Estado constitucional y democrático de Derecho, donde la Constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía, aplicable a casos concretos; lo que ha permitido y permite controlar los excesos del poder, se respete los derechos fundamentales de las personas; así como, la defensa y consolidación de la democracia en el Perú.

Ahora bien, las leyes en todas las ramas del Derecho (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) son susceptibles de interpretación por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias interpretativas, normativas y manipulativas; sin embargo es de anotar que, en el caso de las leyes penales – que será materia del presente trabajo–, existe una peculiaridad y ello implica cierta dificultad, para la procedencia de su interpretación (vía sentencias interpretativas), en razón de que estas tienen entre sus características el principio de legalidad, es decir que sólo el Legislador es quien puede dictar leyes penales; así como el principio de reserva de la ley, esto es que sólo por ley se pueden crear delitos y establecer sanciones y no mediante sentencias del Tribunal Constitucional.

El presente trabajo está dividido en cuatro capítulos; en el primero analizamos el concepto de Constitución como norma jurídica suprema; el segundo está referido a la importante y trascendental tarea del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y la ley; en el tercer capítulo, lo referido a los principios constitucionales que el Tribunal Constitucional debe observar al momento de dictar sus sentencias interpretativas, normativas; así como la tipología de las sentencias en la jurisprudencia constitucional, concretamente las denominadas interpretativas, normativas (manipulativas); y finalmente en el capítulo cuarto, analizaremos tres (3) sentencias –las que consideramos más relevantes por su trascendencia– de este tipo dictadas por el Colegiado entre los años 2002 a 2011.

Debemos señalar que son muchas las sentencias de este tipo emitidas por el Órgano contralor de la Constitución, que sin duda son muy importantes; sin embargo, hemos seleccionado las ya mencionadas sentencias:

(1) Expediente n°. 010-2002-AI/TC de 3 de enero de 2003, demanda interpuesta por más cinco mil ciudadanos, referida a la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes 25475 y otros denominados *antiterroristas*; por trasgredir tratados internacionales así como la Constitución de 1979; en esta resolución el Colegiado declaró fundada en parte de demanda.

(2) Expediente n°. 0004-2006/PI/TC de 29 de marzo de 2006, interpuesta por el Fiscal de la Nación, contra determinados extremos de la Ley 28665, relativa a la organización, funciones y competencias de la jurisdicción militar policial; igualmente, en esta ocasión el Órgano contralor de la Constitución declaró fundada en parte la demanda.

(3) Expediente n°. 00017-2011-PI/TC de 3 de mayo de 2012, interpuesta por el Fiscal de la Nación, contra la Ley N°. 29703, que modifica los artículos 384° y 401° del Código penal; referidos a los delitos de colusión y tráfico de influencias; en este caso el Colegiado declaró fundada la demanda en el caso del primero e infundada en el caso del segundo.

En todas ellas, el Órgano contralor, tomando en cuenta los principios y valores contenidos en la Constitución, analiza si las normas cuestionadas son o no conformes con ella –ya sea en lo sustantivo o en la forma– y coadyuva en la creación de normas; principalmente mediante las sentencias manipulativas (aditivas, sustitutivas y reductoras) y, en ocasiones, exhorta al Poder Legislativo a fin de que éste dentro de un plazo razonable emita las leyes que el ordenamiento jurídico requiere para el cabal funcionamiento del sistema de justicia.



Capítulo I

1.1. La Constitución como norma jurídica suprema.

En principio, toda Constitución no es solo el documento político que reconoce los derechos fundamentales de las personas para protegerlas, sino también, el que organiza políticamente a la sociedad, al crear los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos y organismos del Estado), asignándoles funciones y facultades que deben cumplir a fin de garantizar la paz y respeto entre sus integrantes y lograr su desarrollo y bienestar.

Esto es que la Constitución, es la norma de mayor jerarquía *Lex superior* dentro de un sistema jurídico cuyo objeto es regular la conducta del Estado y las personas, garantizar el respeto de sus derechos y libertades; y, lograr una convivencia pacífica en sociedad; sin embargo, su operatividad y concreción no se ha dado de inmediato, sino a través precisamente del control de constitucionalidad de las leyes hechas por los jueces constitucionales, ya sea a través de las Salas especializadas de la Corte Suprema –en los países con este sistema– o el Tribunal Constitucional como en el caso peruano, y el control difuso o *judicial review* que la justicia ordinaria ejerce en los países bajo el ámbito del *Common law* –Reino Unido, EE.UU. de Norteamérica y otros países–.

Es a la vez el documento jurídico-político más importante de una nación, no solo porque consigna principios y valores que inspiran el quehacer del Estado y su relación con los ciudadanos; sino, porque contiene los derechos fundamentales y normas de aplicación directa, esto es que el Derecho constitucional se rejuridiza, como dice el profesor español García de Enterría, “ya no estamos más ante un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el Derecho, estamos ante el Derecho de la Constitución una Constitución cuyos artículos reciben interpretación y aplicación por parte del juez constitucional” (García 1985, pág. 31).

La Constitución en la denominada parte dogmática, reconoce los derechos fundamentales de las personas, ello en razón de que, “las normas de la llamada parte dogmática de la constitución no han sido pensadas con la finalidad de organizar al poder, sino de otra manera más valiosa: para tutelar a la persona humana frente al Estado” (Bidart, 1987, pág. 17)

Como ley suprema –*lex superior*–, la Constitución, irradia sus efectos a todo el sistema jurídico; esto es, no sólo regula la producción de leyes (cómo y quién debe dictarlas) sino (qué deben decir ellas), teniendo en cuenta los derechos fundamentales, los principios y valores consagrados en ella; es la norma jurídica fundamental, en razón de que emana de la voluntad del *soberano* (pueblo) a través del poder constituyente, como señala el mismo profesor argentino Bidart Campos, quien nos dice que aquel: “tiene atribuciones supremas e ilimitadas para dictar normas y, a la vez fuerza suficiente para hacerlas acatar: De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto en entidad en cuestión –el Constituyente–, tiene las atribuciones por que dispone de la fuerza” (Bidart: 1987, op. cit. pág. 21).

La Constitución es un concepto que se ha desarrollado a través de la historia de la humanidad desde su origen en Grecia, hasta la época moderna con los importantes aportes hechos por las Constituciones de los Estados Unidos de Norteamérica y Francia, luego de las revoluciones que dieron origen a ellas, por ello se afirma que es el documento político y jurídico de la mayor importancia en todo Estado democrático, en razón de que no sólo lo organiza, sino reconoce y garantiza el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, delimita las funciones de los poderes, órganos y organismos que conforman el Estado y su relación con los ciudadanos; por otro lado, también tiene especial importancia respecto de la interpretación y el desenvolvimiento de todas las ramas del Derecho, en razón de que todas ellas deben ser interpretadas conforme a la Carta Magna.

Como lo veremos más adelante en el tema “1.1. Origen del constitucionalismo en el mundo”, la Constitución –una vez establecidas *las polis*– fue el instrumento jurídico político que permitió organizar la sociedad, sus instituciones, el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas y la forma cómo deben protegerse éstas; pero por sobre todo es la norma jurídica de mayor importancia.

Si bien, la Constitución es definida de muchas formas por diversos autores, es de resaltar que; ésta en verdad, independiente de ser el documento político jurídico más importante de una Nación, representa a la vez el equilibrio que debe existir entre las fuerzas políticas que la conforman, es ella la que establece la producción de normas; “esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación, forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término”. (Kelsen, 2001, pág.21)

La Constitución, como el Derecho, son conceptos que los filósofos y juristas la definen de modo distinto y variado, por ello se dice que, el concepto de Constitución es en realidad más amplio de lo que a primera vista se tiene; pues no sólo está referido al documento jurídico político que lo contiene; sino que en un Estado constitucional y democrático de derecho comprende tanto a la sociedad debidamente organizada y las relaciones que entre ellas existe así como con sus ciudadanos, esto es que “la Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la Sociedad”, y cuya característica es “la tolerancia” (Harberle, 2001, pág. 3)

Si bien, como señalaremos a continuación –*origen del constitucionalismo en el mundo*– la Constitución, ha estado presente como el documento político y jurídico más importante en todas las sociedades del mundo; sin embargo, su desarrollo y aplicación como norma jurídica se ha dado en el sistema europeo continental –en cuyo ámbito se encuentra el Perú- recién luego de la segunda gran guerra del siglo pasado, mediante, precisamente, el proceso de constitucionalización del Derecho; así, el profesor y magistrado del Tribunal Constitucional de España Rafael Gómez-Ferrer Morant, al prologar el libro del también profesor español Raúl Bocanegra nos enseña que:

La Constitución es, sí, una norma jurídica, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento, instaura un orden institucional nuevo mediante una distribución horizontal y vertical del poder público sustancialmente distinta de la existente, y refleja una concepción política en la que adquieren singular relieve los derechos fundamentales y las libertades públicas. (Bocanegra: 1982, pág. XI)

Esta nueva corriente o paradigma del derecho que muchos doctrinarios denominan como neoconstitucionalismo, se inició en Europa a mediados del siglo pasado, donde hasta entonces la norma de mayor importancia eran las leyes emitidas por el Legislador, de ahí su denominación de Estado legislativo de derecho; esto significó una nueva forma entender el sistema de justicia y que la Constitución no sólo es el documento político y jurídico más importante, sino que es la norma jurídica de mayor jerarquía y por tanto aplicable a casos concretos.

Por eso se dice con propiedad que; con esta nueva concepción del Derecho, la Constitución no solo alcanza -como norma jurídica-, el lugar más privilegiado del sistema de justicia, sino que significa dejar atrás el anterior concepto de la misma, pero su fuerza normativa, tiene sustento en sus elementos procesales, que le permitirán afirmarse dentro del sistema, cuyas implicancias son sin duda muy importantes tanto en lo sociológico como en lo político; a lo que implica un cambio de entender el orden político; “y ello se concibe, hoy en día, con los procesos constitucionales y la jurisdicción constitucional, y sobre todo con una magistratura garantista y consecuente con sus estándares de una idónea interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales” (Eto: 2019, pág. 134)

Ello revela la trascendental importancia que la Constitución tiene en un Estado constitucional y democrático de Derecho, lo que ha sido posible precisamente con la constitucionalización del Derecho tanto en Europa continental como en Latinoamérica y dentro de ésta el Perú.

1.1.1. Origen del constitucionalismo en el mundo

El constitucionalismo como forma de organización política tiene sus orígenes en Grecia con el objeto de organizar y garantizar la convivencia pacífica y el respeto entre las personas luego que estas constituyeran las denominadas *polis*, esto es la unión de personas en un determinado espacio físico o territorio, con costumbres y creencias comunes.

Así pues, el principal fin que motiva a los hombres a unirse en Estados y ponerse bajo un gobierno, es sin duda el deseo de la preservación de su propia existencia, su libertad, propiedad, sus bienes, los que no pueden ser protegidos en un estado natural, porque en este no hay *norma* que la regule y proteja ni *autoridad* que la pueda hacer cumplir y respetar.

Respecto del origen de constitucionalismo en el bloque occidental del mundo, se señala que, fueron los grandes filósofos de la edad antigua Platón y Aristóteles (384-322 a.C.), los que aportaron las pautas y criterios de lo que hoy conocemos como el constitucionalismo, al establecer que todo gobierno debe sujetarse a la ley, y ésta a su vez estar sujeta a un principio superior, “este segundo criterio presenta a la constitución como un orden superior. Para Platón la forma política ideal sería creada por las personas capaces de gobernar con un arte y una fuerza superiores a la ley. Pero ese gobernante ideal no existe”. (Aguilar & Aguilar: 2013, pág. 2).

La humanidad, desde que ésta se organizó en las denominadas *polis*, que luego derivaron en lo que hoy conocemos como Estados, ha tenido un constante proceso de desarrollo en todos los ámbitos; entre otros los sistemas de justicia, precisamente fue a través de la Constitución -una de las creaciones más importantes-, a fin de hacer prevalecer y respetar los derechos fundamentales de las personas.

Uno de estos institutos jurídicos es precisamente el Hábeas Corpus, que hasta la actualidad subsiste, -cuya importancia es innegable- y ha sido perfeccionado por el constitucionalismo en todo el mundo, y también por nuestro Tribunal Constitucional, lo que ha permitido frenar los abusos y violaciones de derechos humanos, y también ha ayudado a uniformizar y aclarar criterios que deben aplicarse tanto en sede ordinaria como en sede constitucional.

Precisamente el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre Hábeas Corpus en el caso Eleobina Aponte Chuquiuanca estableció la tipología de este tipo de procesos, en razón de que los casos en los que se afecta el derecho a la libertad son diversos, así como los efectos conexos que de él derivan. De este modo, precisa que en nuestro sistema existen hasta ocho (8) tipos de Habeas Corpus, a saber: a) El hábeas corpus reparador; b) El hábeas corpus restringido; c) El hábeas corpus correctivo; d) El hábeas corpus preventivo; e) El hábeas corpus traslativo; f) El hábeas corpus inestructivo; y, g) El hábeas corpus innovativo. (Exp. n.º 2663-2003HC/TC, f. j. 6).

Por otro lado, según el profesor italiano Moralia, fue Plutarco quien, “llevó adelante el denominado *inventario* de las acepciones clásicas de la palabra *politeia*, resaltando que ella se refiere tanto a la calidad de ciudadano como la unión de los mismos dentro de una sociedad organizada” (Moralia, 1922, pág.169); para los griegos, la Constitución es el alma de la comunidad política, sin embargo, fue Aristóteles quien definió de mejor forma la Constitución, a la vez que señaló que era la *Constitución mixta*, la mejor de entre todas.

Constitución, esto es documento político jurídico al que nos referimos en el presente trabajo, según el diccionario español, significa “Ley fundamental de un Estado que establece esencialmente los derechos y obligaciones de los ciudadanos y de sus gobernantes y de la obligación del mismo” (Lexus:2000, pág. 245 y 246)

Uno de los filósofos más importantes e influyentes del constitucionalismo en Inglaterra en el siglo XVII, fue sin duda John Locke, a quien se le conoce como el Padre del Liberalismo Clásico, quien en su obra, bajo el epígrafe *Del Origen de las Sociedades Políticas*, sostiene que; la génesis y constitución de una sociedad, está conformada por hombres quienes de manera libre deciden unirse a ella sometiéndose al estatuto propuesto por la mayoría, siendo por tanto “eso y solamente eso, lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mundo” (Locke: 2006, pág. 100)

Respecto a la influencia del Reino Unido en el constitucionalismo que se gestó en Europa en el siglo XIII, y su posterior influencia en los Estados Unidos de Norteamérica, así como en otros países, con el título de *La Carta Magna cumple ocho siglos de vigencia*, en un artículo escrito en la revista *Jurídica*, el profesor Raúl Chanamé, nos dice:

Sin la Carta Magna no es posible entender la Petición de Derechos (1628) durante el reinado de Carlos I, el Acta del Habeas Corpus (1679) redactado por los miembros del Parlamento y promulgada por Carlos II; ni el Bill of Rights (Declaración de Derechos). estos no fueron coronados hasta que no suscribieron estos pactos constitucionales exigidos por un Parlamento que se constituía en el primer poder del Estado.

Los cinco siglos de experiencia inglesa serían la base constitucional sobre la que se levantaría el modelo americano con su Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Constitución de Filadelfia (1787) y la Declaración de Derechos (1791) que marcará los inicios del constitucionalismo moderno. (Chanamé: 2015, pág. 8)

En esa época (siglo XVII) surge igualmente en Francia, uno de los filósofos más importantes de la humanidad que contribuyó al constitucionalismo en el mundo, esto es Charles Luis de Secondat, Señor de Bréd y Barón de Montesquieu, quien en su obra cumbre, analiza el sistema político que venía implementándose en Europa y, respecto del Poder, él propone que este no puede estar solo en manos del rey (Poder Ejecutivo), ni del Parlamento (Poder Legislativo), sino que se requiere de un tercero –que él llama poder neutro, porque no emana del voto popular, que es el Poder Judicial, esto es la división del poder que el Estado posee, en razón de que, el riesgo que el Legislativo y el Ejecutivo emitan y ejecuten leyes que eventualmente pueden ser injustas en perjuicio de la sociedad; y para evitar esto, se encarga la función de impartir o administrar justicia a un tercero, denominado Poder judicial, al que nuestro autor llama un poder “invisible y nulo”, pues no proviene del voto popular; y concluye señalando que “podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados” (Montesquieu: 2010: pág. 156 y 157).

Fue el filósofo francés antes citado, quien junto a otros ilustres pensadores de la época del Iluminismo francés en su obra *El Espíritu de la Leyes*, “aportó las ideas que permitieron consolidar los sistemas constitucionales en el mundo y; sentó las bases de uno de los puntos centrales del Estado: la teoría de la separación de los poderes” (Rubio: 1999, pág. 27).

Por otro lado, fue el filósofo de origen suizo, Juan Jacobo Rousseau, quien en el siglo XVIII, a través de su obra cumbre *El Contrato Social*, estableció los conceptos generales de la democracia contemporánea o el gobierno del pueblo, así como el tránsito del estado natural del hombre hacía un estado social debidamente organizado a fin de garantizar la libertad y propiedad de todos. Para este fin, el Ginebrino ideó que, “el acuerdo o pacto al que los miembros de una sociedad arriban para vivir en paz y armonía significa que cada uno de ellos cede una alícuota de poder a favor del Estado”, por ello nuestro autor concluye que “es este mismo poder que dirigido por la voluntad general toma el nombre de soberanía”, (Rousseau: 1966: pág. 34)

A partir de estos conceptos entonces, la Constitución, tal como lo señalamos supra en la introducción, es entendida como el proceso en cuya virtud se limita la acción política del Estado frente a las personas, reconociendo para éstos los llamados derechos fundamentales, así como la separación de poderes y, derivado de esta, la facultad que se asigna al Poder Judicial como el encargado de velar, no sólo por el cumplimiento de las leyes, sino también su interpretación y aplicación.

Es por eso que a diferencia de los sistemas políticos basados en la monarquía, donde las decisiones políticas eran tomadas por el monarca, quien además concentraba todo el poder. En el sistema democrático, el ciudadano participa en la elección de sus representantes, en la creación de las leyes, así como en la Ley fundamental, haciendo prevalecer los principios que a esta última inspiran, “pues tales valores son en palabras de Rousseau, la verdadera constitución que está gravada en el corazón del hombre” (Friedrich: 1997, pág. 320)

En este proceso de constitucionalización del Derecho, una de las características de la Constitución es, entre otras, su intangibilidad, o rigidez, esto es que no puede ser modificada como si de una ley emitida por el legislativo se tratara, por eso en el tránsito del Estado legislativo al constitucional se ha podido advertir que en el procedimiento de reforma de la Ley fundamental debe prevalecer el criterio de mantener su intangibilidad. Ahora bien, ello desde luego no es absoluto, al respecto el

profesor español Javier García Roca, citando a su vez a Lucas Verdú, Bryce y C. Schmitt, nos dice:

La rígida estabilidad de las normas constitucionales, su capacidad de impulso y adaptación, deben ir juntas, pues una constitución es una estructura a través de la cual fluye la realidad. Toda verdadera reforma constitucional es limitada. Así Bryce recordaba que la Constitución de los Estados Unidos, era en la que resultaba más difícil introducir cambios, y no había sido nunca revisada en su totalidad sino sólo “enmendada”. También Carl Schmitt, explicaba que las reformas es una facultad extraordinaria, pero limitada, pues debe garantizar “la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo”. La facultad de reformar una Constitución tiene límites. (García: 2017, pág. 184 y 185)

A diferencia de las constituciones *rígidas*, como las ya descritas, las llamadas *flexibles* no solo no garantizan la seguridad jurídica que todo Estado constitucional y democrático aspira; sino, propician la inestabilidad política y jurídica en una nación, en razón de que los grupos de poder ya sea económico, político, o de otra índole siempre tratarán de *cambiar* la Constitución de acuerdo a sus intereses; así el mismo autor, citando a su vez a Pedro de Vega, nos dice al respecto, “la facultad de reforma de una Constitución derivada de ella, está contenida en su texto original, correctamente utilizada para actualizarla es viable mediante los protocolos más accesibles allí previstos que permiten dicha acción, -pues la labor principal ya está hecha-” (García: 2017, op. cit. pág. 186).

Como es sabido, la Constitución es dictada por un órgano *ad hoc* esto es por el Poder Constituyente; que propende por un lado su inalterabilidad y permanencia indefinida en el tiempo, entendiéndose por tanto que aquella puede ser cambiada por una *nueva* Carta política que la sustituya; sin embargo, esta actividad del Constituyente no es ilimitada, tal como los profesores Bernales y Rubio, citando a su vez al profesor argentino Bidart Campos, nos dicen que, “las formas que el Poder Constituyente se expresa son numerosas y variadas, dependiendo también de que se trate de un ejercicio originario o derivado, el primero se produce al dictar la primera Constitución, o al cambiar la existente por procedimientos no establecidos previamente; el segundo, es la atribución derivada al Congreso, nuestro artículo 306 como vimos oportunamente” (Bernales y Rubio: 1988, pág. 32); nuestros autores se refieren a la Constitución de 1979, debido a que ésta facultad está conferida al Congreso en el artículo 206 de nuestra vigente Constitución de 1993.

1.1.2. El aporte del *Common Law* al constitucionalismo

La Gran Bretaña o Reino Unido, es la cuna del sistema jurídico denominado *Common Law*, sistema jurídico basado en la jurisprudencia como fuente de Derecho, ha tenido una enorme influencia en el proceso de constitucionalización en el mundo, en ella se encuentra los principios básicos del constitucionalismo moderno.

Como se sabe, en Inglaterra del siglo XIII, se gestó lo que ellos llaman la “Gran Revolución”, estableciendo normas individuales, a manera de Constitución, dando la apariencia de normas codificadas, por la solemnidad del caso, por eso y hasta la actualidad en el Reino Unido, persiste en la tradición de un Estado constitucional, sin contar con una Norma Suprema escrita; así algunos autores nos dicen que, “la Carta Magna inglesa del 15 de junio de 1215, en el fondo es expresión de una relación contractual; esta no es una aproximación a una Constitución moderna liberal y democrática, la Declaración de Derechos de 1688 (*Bill of Rights*) posee el mismo

carácter por su forma, en un contrato entre el príncipe, llamado al trono por el parlamento..” (Aguilar & Aguilar: 2013, op. cit. pág. 2).

Es muy importante precisar que el constitucionalismo principalmente en Inglaterra, desde 1688 con la declaración del ya citado *Bill of Rights*, se estableció que todos sin excepción -incluyendo al rey- se encontraban sometidos a la ley, siendo este un aspecto fundamental y que viene a ser el sustento del Estado de derecho que hoy conocemos, pues “ya desde la Carta Magna se introdujo el principio de la protección judicial de la libertad personal que con el tiempo se conocería en lo que hoy es el *Habeas Corpus*”; (Rubio: 1999, pág. 25).

En el siglo XVI, el filósofo inglés Thomas Hobbes basado en el pensamiento político occidental, en su famosa obra *Leviatán* inicia el estudio y propone una teoría del Estado; nuestro autor, parte del hecho que el hombre cuando forma la sociedad o *civitas*, demuestra o exterioriza su carácter *egoísta* y su deseo de apropiarse de la riqueza de otros y obtener mayor poder sobre sus pares, lo que es injusto; frente a ello e inspirado en la *bestia* bíblica, tomando como base el principio de la igualdad entre los hombres producto de un *pacto social*, cuyo cumplimiento está a cargo del Estado (*Leviatán*), en razón de que sólo éste –por la fuerza y poder que posee–, puede controlar y reprimir esos actos de *injusticia*, y propone una organización social donde prime las leyes morales por encima de las leyes naturales y por tanto debe prevalecer los deseos colectivos frente a los deseos e intereses personales, por lo que su función es asegurar la paz de sus integrantes; el autor señala que:

El fin del Estado, es particularmente, la seguridad. Cap. XIII, la causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad) y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos, (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza establecidas en los capítulos XIV y XV (Hobbes: 1974, pág.79).

Este sistema jurídico que los ingleses pusieron en marcha, esto es el respecto de los derechos fundamentales, -que debían ser protegidos por el Poder Judicial- frente a los abusos ya sea del Estado o de otras personas, se hizo efectiva por primera vez, como lo señala el profesor Francisco Fernández Segado, quien nos dice que, “fue el juez inglés Sir Edward Coke, quien en el año 1610 a través del célebre *Bonham’s case* sustentó la teoría constitucional de la *judicial review*, al precisar que en muchos casos el Derecho común controla leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas” (Fernández, 1997: pág. 17).

Este es, en nuestro criterio, un hecho muy importante y trascendental que marca el inicio del constitucionalismo en el mundo, en razón de que es el origen del control judicial de las leyes dictadas por el Parlamento que podían y pueden ser objeto de control y eventualmente, como señala nuestro autor, declararlas nulas, cuando aquellas son contrarias a la Constitución.

Siguiendo esta misma línea de análisis, esto es el aporte del *Common Law* al desarrollo del constitucionalismo en el mundo, el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional Landa Arroyo, señala que, “consecuencia del largo proceso de parlamentarización de la opinión pública, se sembró en Inglaterra la doctrina

constitucional del poder soberano del Parlamento, la misma que sustituyó progresivamente a la de la soberanía del monarca. Pero, los jueces se convirtieron en los voceros autorizados del *Common Law* sobre las leyes” (Landa: 2007, pág. 51).

1.1.2.1. El constitucionalismo en los Estados Unidos de Norteamérica

Los norteamericanos han sido la coalición de las ex colonias inglesas, asentadas en América del Norte –bajo la influencia del *Common Law*–, quienes previamente se liberaron del dominio de la Corona inglesa, donde como se sabe imperaba el sistema monárquico e implementaron el sistema republicano de gobierno basado en un sistema democrático, que tuvo como sustento la voluntad popular -gobierno del pueblo o el soberano-, a través precisamente del documento político y jurídico que dio nacimiento a la nueva nación, esto es la Constitución; en ella, una vez creado los poderes, se estableció la independencia del órgano jurisdiccional en relación a los poderes legislativo y ejecutivo, esto es la creación de la Suprema Corte, en igualdad de facultades con los citados poderes, estableciéndose en la Constitución funciones determinadas a los jueces del Poder Judicial, “además fue en los Estados Unidos de América donde se asignó por primera vez a un órgano jurisdiccional la función de control de la constitucionalidad de las leyes” (Aguilar & Aguilar: 2013, op. cit. pág. 3).

Es de resaltar que simultáneamente durante la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, un grupo de ilustres ciudadanos entre ellos (Hamilton, Madison y Jay) a través de una publicación denominada *El Federalista*, en ella exponían los criterios y fundamentos iusfilosóficos que la Carta política debía contener. Al respecto, el profesor chileno José Francisco García nos dice:

El Federalista o The Federalist Papers, es una serie de ochenta y cinco artículos escritos entre octubre de 1787 y mayo de 1788, Los ensayos fueron publicados simultáneamente en varios periódicos del estado de Nueva York, en forma anónima, bajo el seudónimo de *Publius*. *El Federalista* se escribió y publicó para incitar a los ciudadanos de Nueva York, a ratificar la Constitución de los Estados Unidos, que había sido redactada en Filadelfia durante el verano de 1787... Por esta razón, *El Federalista* se utiliza a menudo hoy para ayudar a interpretar las intenciones de quienes redactaron la Constitución de los Estados Unidos (García: 2003, pág. 29).

Es decir, se trató de un proceso social y político gestado por el pueblo norteamericano, que tuvo por objeto *salir* del sistema político dependiente de la monarquía inglesa – que ellos consideraron injusto– y crear el suyo propio, basado en el *gobierno del pueblo*, esto es, un sistema democrático (cuyo soberano es el pueblo representado en el Congreso), teniendo como sustento precisamente la Constitución, en cuyo preámbulo dice textualmente: “nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el fin de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, atender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros mismos y para nuestra posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América” (Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica: 2004, pág. 19).

Precisamente, a través de *El Federalista*, uno de los más lúcidos e importantes pensadores en la creación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, respecto del valor de las leyes emitidas por el Legislador, señala que cualquier acto de una autoridad delegada, que contradiga los preceptos contenidos en el mandato, en cuya virtud se ejerce el mismo, es nulo; esto es, en el caso del Legislador, las leyes dictadas por este que contradigan la Ley fundamental, no pueden ser válidas ”negar

eso equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo” (A. Hamilton 1780)

Fue sin duda un aporte muy importante en la consolidación y aprobación de la Constitución de los Estados Unidos; podemos decir por tanto que los artículos escritos en *El Federalista* fue una especie de exposición de motivos o sustento filosófico de la Ley fundamental, por ello, en ocasiones la justicia constitucional norteamericana, acude a estos artículos, cuando de interpretar la Constitución se trata; y, entender de mejor forma a esta en la solución de controversias que el órgano jurisdiccional tiene que resolver.

1.1.2.2. El célebre caso *Marbury vs Madison*, con el que por primera vez se ejerce el control judicial de las leyes por el Poder Judicial.

La facultad del Poder Judicial de revisar las leyes dictadas por el Legislador que trajo consigo el constitucionalismo en los Estados Unidos de Norteamérica denominado *judicial review* o control judicial de las leyes, que luego fue asimilada por muchos Estados; ello, no está contenido o previsto de manera expresa en su Ley fundamental, pues se dio con el desarrollo del sistema constitucional y fue la Suprema Corte que puso en práctica, basado en el principio de que el órgano jurisdiccional, podía revisar los preceptos legales emitidos por el Legislador, al respecto el profesor Marcial Rubio nos dice, “el asunto fue originado en el célebre caso conocido como *Marbury vs Madison* en el que una decisión de la Corte Suprema consideró que no podía aplicarse una ley que contravenía la Constitución federal...”(Rubio: 1999, pág. 31)

En un Estado constitucional y democrático de derecho, es la Constitución la que tiene mayor importancia por ser la *Norma normarum*, y por tanto, es preciso que las leyes dictadas por el legislador se encuentren conforme y en armonía con ella, tanto en la forma como en el fondo; a diferencia del Estado legislativo de derecho, donde la ley infraconstitucional tiene mayor prevalencia en el sistema de justicia.

Si bien es cierto que, fue el Juez Sir Edward Coke quien en el año 1610 en Inglaterra, a través del *Bonham's case* -numeral 1.1.2 -*supra*- sustentó la teoría o principio constitucional del control judicial de las leyes por parte del poder judicial; fue sin embargo en febrero de año 1803 la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, bajo la presidencia del Juez Jhon Marshall, que puso en práctica el instituto jurídico del *judicial review*, cuya trascendencia es innegable hasta la actualidad, al respecto el profesor Garay señala “dice Marshall, que: es competencia y deber de los tribunales decir lo que es la ley” (Garay: 2009, pág. 127) .

Este sin duda, constituye un hecho muy importante en el sistema de justicia constitucional en el mundo; y, marca el inicio de lo que hoy se conoce como el control judicial de las leyes –*judicial review*–, a través de la cual, la Suprema Corte de los EE. UU. de Norteamérica, resuelve la inaplicación de una ley, cuando ésta es contraria a la Constitución.

En puridad, este no fue un caso de inaplicación de una norma cuestionada en su constitucionalidad; sino, que se resolvió a través de un proceso de *writ of mandamus*, equivalente a lo que en nuestro sistema constitucional actual se denomina proceso de cumplimiento.

Por su lado, encontramos al profesor y asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional Juan Manuel Sosa Sacio, quien nos refiere que el caso *Marbury vs. Madison* se inició con un asunto sin mayor trascendencia, “casos pequeños” en manos de grandes jueces. Así, señala que:

En esta línea, con independencia de la situación de *Marbury* (a quien finalmente no se le tuteló el derecho), la corte sostuvo que la Constitución establecía límites para los poderes públicos, los cuales no podían ser rebasados por estos, prohibición que había sido desatendida por el Congreso al dar la *Judicial Act*. Y lo más relevante: precisó que cuando una ley se opone a la Constitución este deja de ser válida y, siendo así, declaró que la ley que establecía la competencia de la Suprema para que ésta resuelva *mandamus* de manera directa no podía ser aplicada, por ser inconstitucional (Sosa, 2015, pág.3)

Debemos señalar que, la potestad de revisar o enjuiciar la constitucionalidad de las leyes por parte del Poder Judicial –como el que llevó a cabo la Corte Suprema de los Estados Unidos (caso *Marbury vs. Madison*)–, no se encuentra previsto de manera expresa en la Constitución de este país; sino, y como lo señala el profesor Rubio Correa –supra–, devino de su labor jurisdiccional y se inicia con el ya mencionado caso, que luego fue imitado por muchos países tanto de Europa continental como de América latina, incluyendo desde luego el Perú.

Esto es, la misión de interpretar la Constitución y las leyes que el Poder Judicial tiene en los Estados Unidos, sí es una facultad conferida por la Constitución; al respecto, el profesor Landa, con el título de *La Constitucionalización del Derecho Peruano*, nos dice, “sin embargo, como decía el juez Hughes ‘nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es’. Esta labor de interpretación constitucional a partir de los procesos constitucionales es una tarea reservada, aunque no de manera exclusiva –y menos excluyente– al TC” (Landa: 2013, pág. 24).

1.1.3. El aporte del sistema europeo continental al constitucionalismo

A diferencia de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya Constitución data de 1787 y que de inmediato se puso en vigencia y aplicación, Francia tuvo su primera Constitución el 21 de junio de 1793, en la cual, si bien se declararon los derechos del hombre y del ciudadano, y se estableció como principios la libertad, la igualdad y la fraternidad como base del sistema (Constitución de Francia: artículo 2), sin embargo, ésta no tuvo la importancia ni la inmediata aplicación que en los Estados Unidos de Norteamérica se le dio a la Ley fundamental. Efectivamente, en el país Galo era la ley emitida por el legislador la de mayor importancia dentro de su sistema de justicia, de ahí que en Europa continental los Estados tuvieron la denominación de Estados *legislativos* de Derecho.

Fue luego de la segunda guerra mundial del pasado siglo que en el citado continente se gestó una corriente denominada neoconstitucionalismo, cuyo objeto fue precisamente constitucionalizar el derecho; por eso luego de la post guerra mundial del siglo pasado, los Estados retoman el criterio de consignar en sus textos constitucionales principios y valores que responden a esta nueva forma de entender el Derecho, por eso, “Francia, en su Constitución aprobada por referéndum popular de 13 de octubre de 1946, vuelve a afirmar los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados en la Declaración de 1789 y además agrega derechos sociales que derivan de la protección

de la dignidad humana que tiene el nuevo Estado (Aguilar & Aguilar: 2013, op. cit. pág. 3).

La importancia de la Constitución como la norma jurídica suprema, y el proceso de constitucionalización en Europa continental, así como el Poder constituyente del que precisamente emana la primera, ha sido resaltado por la doctrina italiana a partir de los años 50 del siglo pasado, entre otros por la famosa Escuela de Turín, uno de cuyos filósofos más influyentes fue sin duda Norberto Bobbio, él nos dice que, “el ordenamiento tiene su origen en el Poder Constituyente, a este poder la doctrina denomina supremo u originario, así establecido, éste tiene la potestad de producir preceptos legales, siendo esta la norma fundamental, la que a su vez faculta a los órganos constitucionales a producir preceptos legales válidos, que son impuestas a toda la sociedad en su conjunto” (Bobbio, 2005.168 y 169)

Este cambio de paradigma para entender y aplicar el derecho que dio origen a los llamados Estados constitucionales y democráticos de Derecho, cuyo sustento es la Ley fundamental, suscitado en Europa continental a mediados del siglo pasado, a diferencia de los denominados Estado de Derecho legislativo cuya peculiaridad es el culto a la ley infraconstitucional emitido por el legislador; al respecto, el profesor Ferrajoli nos dice, “son en realidad, aquellos Estados, cuyos sistemas jurídicos, en los que todos sus organismos, incluyendo desde luego el legislativo, están sometidos a los principios y valores previstos en la Ley fundamental, así como la división de poderes y los derechos fundamentales” (Ferrajoli, Alexy y otros: 2003, pág. 13 y 14).

Este cambio de paradigma del sistema jurídico en Europa, surgido como ya lo hemos señalado luego de la post guerra mundial del siglo pasado, y cuyo principal tema fue la constitucionalización del Derecho, es decir, la aplicación de la Constitución como norma jurídica de mayor importancia y por tanto el respeto de los derechos fundamentales, también alcanzó a Alemania, así el profesor Alexy nos señala que “el Estado constitucional y democrático se caracteriza por (...) principios fundamentales que se han hallado en la Ley Fundamental una clara expresión, se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana (art. 1.1 LF), de la libertad (art. 2.1 LF), y de la igualdad (art. 3.1 LF)” (Alexy: 2003, pág. 31).

En esa misma línea argumentativa, y siempre refiriéndose a este *proceso* de constitucionalización del derecho en Europa continental que se dio a partir de la segunda mitad del siglo pasado, el profesor italiano Riccardo Guastini nos enseña que:

En ocasiones se habla de constitucionalización para referirse a la introducción de un a primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecía de ella con anterioridad. Sin embargo, creo que se concepto de constitucionalización no presenta interés alguno para gran parte de los ordenamientos contemporáneos.

Mas bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (Guastini: 2003, pág. 49).

El aporte del sistema europeo continental al constitucionalismo, sobre todo en Italia, Francia, Alemania y España, es innegable; en razón de que precisamente en los

sistemas jurídicos de estos países, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, por un lado se tuvo un nuevo concepto o paradigma de la Constitución y por tanto de su constitucionalización en el sistema de justicia; esto es la aplicación de la Ley fundamental como norma jurídica y la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos frente al Estado.

Por eso se señala que; luego de la post guerra, en Europa continental, el proceso de constitucionalización del derecho ha tomado conceptos de otras latitudes, uniéndolas y obteniendo de ellos algo original, dejando de lado la idea inicial de Rousseau de soberanía popular, que además de contar con Ley fundamental, se hace evidente a través de la labor del legislador; y toma como ejemplo la experiencia norteamericana, que, “veía en la Constitución la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituidos, incluido el legislador...” (Prieto: 2003, pág. 129) (el subrayado es nuestro).

Este proceso de constitucionlización del Derecho que se ha dado en Europa continental a partir de la segunda mitad del siglo pasado, es sin duda un avance muy significativo en los sistemas de justicia de dichos países y luego en América latina, por eso con razón se dice que en realidad se trata de una revolución, así lo señala el profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá, quien nos dice, “la introducción de la jurisdicción constitucional en Europa, como señala Rubio Llorente, (no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución), generando otra concepción del ordenamiento jurídico, como asimismo, la aceptación de una nueva fuente del Derecho, la jurisprudencia constitucional” (Nogueira: 2006, pág. 69).

1.1.4. El constitucionalismo en el Perú.

El Perú, como es sabido hasta el año 1821 en que proclama su independencia, fue colonia de España junto a otros países del *Nuevo mundo* y, por tanto, existió una gran influencia del país ibérico en todo el sistema político, idioma, religión y costumbres, incluyendo desde luego también en el sistema de justicia; sin embargo, se debe señalar que desde finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, se gestaron movimientos de agitación social y doctrinaria con el fin de liberarse del dominio español.

Si bien, la independencia del Perú se proclamó de manera oficial en la fecha antes señalada; sin embargo; aquella se gestó desde mucha antes, por eso; una mirada de todo este proceso, permite establecer que ello se dio en un periodo mayor, las mismas que se iniciaron con otros movimientos previos, tanto en el ámbito intelectual como en el militar; por ello “cabría tomar entonces como fecha de inicio la revolución de Tupac Amaru en Tinta (4 de noviembre de 1780)” (Guerra: 2016, pág. 10).

Por otro lado, se debe anotar que, a pesar de que formalmente se proclamó nuestra independencia el 28 de julio de 1821; sin embargo, esta se dio de manera real y efectiva con la Batalla de Ayacucho, el 9 de diciembre de 1824, cuando el ejército real fue derrotado por las huestes libertarias en las pampas de la Quinua en la ciudad de Huamanga.

Al respecto, el profesor Marcial Rubio Correa, en relación con la etapa del inicio de la constitucionalización en nuestro país, nos dice:

La primera etapa dependiente, que en rigor es historia constitucional, se inicia en 1780, porque en esa época empieza la agitación doctrinaria y guerrera, de diversas elites, criollas e indígenas, que aspiran para el territorio del Perú una vida independiente,

autogobernada y sin vínculo alguno con la metrópoli. En lo guerrerero hay que destacar la rebelión de Tupac Amaru II, en lo ideológico, el texto precursor de Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, titulado “Carta a los españoles americanos” de 1792, en esa etapa germina la idea independentista en diversos sectores, lo cual encuentra eco en publicaciones y rebeliones que son sofocadas por la autoridad virreinal desde Lima (Rubio: 1992, pág. 234).

El mismo autor, en relación con los *textos* constitucionales que se promulgaron en nuestro país desde la declaración de independencia (1821) hasta la actualidad, nos refiere, “la primera constitución fue sumamente liberal, la de 1823, pero utópica; a ella siguió la autoritaria de 1826, la de 1828, es moderadamente liberal y es reformada por otra, en 1834. Finalmente, la carta de 1839, de corte autoritario, será más realista que las anteriores, las constituciones fueron la ilusión del momento y muchas veces el pretexto para salir de la coyuntura política o para cambiarla” (Rubio: 1992, op. cit. pág. 238).

El constitucionalismo en el Perú ha recibido influencia tanto de la Constitución de México de 1917, como de la Constitución alemana de Weimar de 1919; nuestra Ley fundamental de 1979, fue creada por la Asamblea Constituyente dirigida por Haya de la Torre, y fue promulgada por el presidente Belaunde Terry, y es en realidad, producto de lo que la doctrina llama constitucionalismo social implementado en Latinoamérica, a través de la primera de las nombradas, denominada (Constitución de Querétaro); así como de la segunda (Constitución de Wimar), que sin duda tuvo mucha influencia en el constitucionalismo de Europa; al respecto el profesor Cáceres nos dice, “estas dos constituciones, tanto la mexicana como la alemana, se anticiparon al constitucionalismo del siglo XX e introdujeron principios vigentes del Estado social, y aparecen derechos sociales como del trabajo, la salud y la educación, y reconoció el uso de la propiedad privada en armonía con el interés social” (Cáceres: 2013, pag. 38).

En este nuevo paradigma, en el que ya no era más la ley dictada por el Congreso la que tenía mayor prevalencia en el sistema de justicia sino la Constitución como norma jurídica de mayor jerarquía y sobre todo la defensa de los derechos fundamentales en ella consignados, la manera y forma de entender el Derecho y por tanto el de impartir justicia en nuestro país había evolucionado; al respecto, la profesora Elena Alvites, citando a autores como J.H. Ely, D. Rousseau, E. Aja, C. Landa y al propio Tribunal Constitucional, nos dice:

A través de la jurisprudencia, la jurisprudencia constitucional ha ido adquiriendo un peso importante en la vida jurídica y política de los estados constitucionales (Hart Ely, 1997, pp.66 ss; Aja, 1998, pp. XXIV-XXVIII), particularmente al haberse asentado como garante de los derechos fundamentales, con lo que ha consolidado su legitimidad y su aceptación por parte de la población (Rousseau, 1992, pp. 129 ss.) El TC peruano no ha sido ajeno a este proceso, pues ha cumplido su papel de garante de los contenidos constitucionales, sobre todo a partir del año 2001, cuando se recompuso como órgano de defensa de la Constitución y última instancia de protección de los derechos fundamentales (Alvites: 2018, pág. 367).

El proceso de constitucionalización del derecho tanto en Europa como en nuestro subcontinente se dio como un cambio en el modo de entender el derecho, “es desde este concepto transformador de nuestro sistema de justicia, cuyo eje principal es la Constitución, entendida como *Norma normarum*, que se plantea el carácter peculiar de de ésta y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano cuya incidencia se da en las diversas ramas del derecho” (Landa: 2013: pág. 16).

Como es sabido, en 1979, con la promulgación de la Constitución de ese año, se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales –hoy Tribunal Constitucional–, con el que se implementó los dos sistemas (mixto) de control judicial de leyes; esto es, por un lado el americano o difuso a cargo del Poder Judicial (artículo 138° de la Constitución) ; y, por otro el concentrado cuya competencia está reservada al Tribunal Constitucional, (artículo 201° de la misma); en el primer caso, las sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional, solo tienen efecto *inter partes*; mientras que, en el segundo, los fallos que emite respecto de los procesos de inconstitucionalidad, tiene carácter general y sus efectos es *erga omnes*, y por tanto de obligatorio cumplimiento; es de anotar que, en este último caso, sólo están legitimados para promover la acción –hoy proceso– de inconstitucionalidad el presidente de la República, el fiscal de la Nación, y otros, ello de acuerdo a lo previsto por el artículo 203° de la misma Ley fundamental.

Así las cosas, podemos decir que el proceso de constitucionalización del derecho en nuestro país tiene diversas características, entre ellas que la institución del control judicial de las leyes, data de hace más de un siglo, la que con el transcurso del tiempo se ha ido perfeccionando, haciendo notar que en los países de Latinoamérica se han presentado muchas experiencias al respecto, demostrándose con ello que no sólo hemos tomado como modelo un solo patrón; por el contrario, también se han tomado características del modelo europeo continental, “lo que constituye la gran aportación de las Américas al derecho público” (García: 2006, pág. 34)

Sin embargo, es preciso señalar que, por circunstancias políticas que impidieron el normal funcionamiento del órgano contralor de la Constitución, la justicia constitucional en el Perú no se ha desarrollado como estaba previsto, ello porque, durante el cierre del Tribunal Constitucional, ocurrido entre abril de 1992 a junio de 1996, en que reinicia sus labores, como consecuencia del denominado autogolpe en el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori, se propició un gobierno de facto para luego al restablecerse el Estado constitucional, tramo en el que no hubo control judicial de las leyes, lo que paso inadvertido para la ciudadanía, más aún, si se tiene en cuenta que el Colegiado tiene por misión -entre otros-, la defensa de los derechos fundamentales, al respecto el profesor César Landa nos dice que, “ello se debió a que dicho Tribunal se implementó en un falso ambiente político democrático, poco propicio para su desarrollo institucional y la tutela de los derechos fundamentales” (Landa: 2007, op. cit. pág. 101)

Pese a ello, a partir de año 1996 y hasta la actualidad, el Colegiado viene desarrollando una labor innovadora y pedagógica en el quehacer jurisdiccional que se traduce en sus sentencias tanto en los procesos referidos a los derechos de la libertad como en los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes, estableciendo una nueva forma de entender y por tanto de aplicar el Derecho en todas sus disciplinas (penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, etc.)

Este proceso de modernización, esto es, de constitucionalización del Derecho en nuestro sistema de justicia también ha permitido el reconocimiento de los derechos fundamentales consignados en todas las Constituciones tanto del siglo XVIII como las del siglo XIX; un aspecto de singular importancia en la Carta de 1979 es el hecho de que en esta, los tratados sobre derechos humanos adquirieron rango constitucional, esto es que los derechos fundamentales reconocidos en convenios internacionales, ratificados por el Estado peruano, ello se vio reforzado de manera significativa en nuestro sistema de justicia, al respecto el profesor Carpio nos dice, “allí se insistió en el habeas corpus, se constitucionalizó por primera vez el amparo...y también se hizo

lo propio con el acceso a la jurisdicción internacional de los derechos humanos, ratificándose a nivel constituyente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos”. (Carpio: 2015, pág. 43 y 44)

Como ya fue señalado supra, en nuestro sistema de justicia constitucional existen tanto el control difuso cuyo origen está en el *Common law*, a cargo los jueces ordinarios del Poder Judicial; y, el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, como lo señala el mismo profesor García Belaunde al afirmar que, “puede decirse en resumen, que el Perú se afilió desde los años treinta al llamado modelo americano, o de control difuso y de alcance limitado; y que a partir de 1979 ha incorporado un tribunal especializado, dentro del conocido como modelo europeo; en consecuencia, ambos tipos de control co-existen en el actual ordenamiento constitucional peruano” (García: 2006, pág.34)

Desde que el Perú logra su independencia (1821) y adquiere la calidad de Estado independiente y soberano, requería por tanto contar con un documento político – Constitución– que le permita organizar al naciente Estado, reconociendo los derechos fundamentales de sus ciudadanos, así tenemos doce (12) constituciones, desde la primera de 1823, hasta la de 1993, promulgada el 31 de diciembre de 1993, vigente desde el uno de enero 1994.

Es en virtud del artículo 204° de la Ley fundamental, que prevé que: “la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial; al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto”. En este sentido, el precepto legal cuya inconstitucionalidad se declara es expulsado del sistema jurídico, por eso se dice que en estos casos el Colegiado constitucional actúa como un *legislador negativo*.

Es de resaltar que mediante Ley 28237 se promulgó el Código procesal constitucional, el mismo que entró en vigor el 1 de diciembre de 2004; en el artículo VII de su Título preliminar, se establece que: “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo...”

Entre los años 2002 a 2011 –tramo que será materia del presente trabajo– el Colegiado, independiente de las sentencias denominadas *típicas* expedidas en los procesos de garantía habeas corpus, amparo, habeas data y de inconstitucionalidad, los datos estadísticos de estas últimas son los siguientes:

- Ingresados: 335 casos
- Publicados (resueltos): 340 casos.

(Fuente: tc.gob.pe/institucional/estadísticas)

Pese a que en líneas generales, todos los países de Latinoamérica, hemos desarrollado el proceso de constitucionalización del derecho, basados en el sistema Europeo continental; sin embargo, cada cual tiene sus propias particularidades y características; al respecto el magistrado del Tribunal Constitucional nos dice, “la característica principal de nuestro sistema constitucional, está en el respeto a la autonomía de las instituciones del Estado, y respecto a la importancia del Órgano contralor de la Constitución, ello se ha demostrado mediante sus sentencias en los casos puestos en su conocimiento, algunos de ellos emblemáticos” (Blume: 2019, pág. 4 y 5).

Respecto de estos últimos, cita nuestro autor, entre otros, el proceso de amparo promovido por doña Flavia Esperanza Castro Silva contra EsSalud por la afectación al derecho a la salud (Exp. n.º 7814-2013-PA/TC), en el que el Colegiado se pronunció favorablemente ante la vulneración del derecho de la demandante a recibir tratamiento médico especializado, que se venía dilatando de manera por demás abusiva, por más de 13 años, disponiendo además se remita copias al Ministerio Público a fin de establecer las responsabilidades en dicho caso.

Otro caso que el mismo magistrado menciona es la sentencia dictada en el proceso de *habeas corpus*, promovido por don Ambrosio Holgado Apaza a favor de sus menores hijos de 10 y 8 años de edad, contra el juez del juzgado mixto de Quispicachis-Cusco, por la afectación al derecho de tener una familia y a la debida motivación de las resoluciones judiciales (expediente N°2302-2014-PHC/TC), en la que el Colegiado consideró arbitrario y lesivo de los derechos mencionados el criterio asumido por el juez demandado, al haber extinguido la patria potestad de los progenitores so pretexto de un supuesto abandono material de sus hijos, sin fundamentar objetivamente las razones de su decisión, y sin tomar en cuenta la opinión de los menores afectados.

Y respecto a la afectación al derecho fundamental a la libertad personal, en el proceso de *habeas corpus*, promovido por el expresidente don Ollanta Humala Tasso y esposa doña Nadine Heredia Alarcón, (Exp. n.º 4780-2017-PHC/TC), contra el juez del primer juzgado de investigación preparatoria nacional, así como contra los jueces de la segunda sala penal de apelaciones nacional, por la afectación a la libertad personal, al debido proceso y a la debida motivación, de las resoluciones judiciales, el Colegiado, ha señalado que:

El Tribunal Constitucional, no sólo estimó excesivo y desproporcionado el proceder de las instancias judiciales emplazadas, al momento de disponer un mandato de prisión preventiva, sino que también sentó importantes criterios de observancia obligatoria para los tribunales del país, cuando se establezcan o apliquen medidas judiciales restrictivas contra la libertad personal, dejando en claro que las medidas privativas de la libertad representan la última ratio a la que cabe acudir y no así formulas ordinarizadas aplicables al libre arbitrio o discrecionalidad judicial (Blume: 2019, pág. 6)

Como es sabido, en estos días, el tema de la prisión preventiva referida principalmente a delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos (incluyendo a presidentes o ex presidentes de la república y altos funcionarios), donde muchos jueces a solicitud del Ministerio Público, vienen aplicando, sin haberse siquiera formalizado investigación, las que son cuestionadas por un gran sector de la doctrina, en razón de que se han tomado como regla medidas que son excepcionales, lo que sin duda vulnera el derecho fundamental de la libertad personal así como la presunción de inocencia, previsto en el literal e), numeral 24) artículo 2º de la Constitución, tema que sin duda requiere un análisis más profundo que excede el ámbito de la presente investigación.

Los asuntos más importantes del país, así como la consolidación del sistema democrático fueron solucionados dentro del marco constitucional en gran medida a través de los fallos que el Órgano contralor ha dictado en los casos conocidos por él, cumpliendo precisamente con la misión que la Constitución le asigna, en concordancia con lo previsto por el artículo 1º de su Ley Orgánica (Ley N° 28301)

1.2. El tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional y democrático de Derecho

1.2.1. Estado legislativo de Derecho

A fines del siglo XVIII, Francia es sin duda el país de Europa continental donde se inicia el cambio del sistema político basado hasta entonces en la monarquía absoluta a fin de instaurar un Estado moderno, cuyo sistema debía ser en adelante uno democrático, basado precisamente en las ideas de Rousseau, en su *El Contrato Social*, cuya propuesta principal es el gobierno del pueblo o soberano en lugar del rey; y, Montesquieu, en su *Del Espíritu de la Leyes*, quien propuso la división del Poder.

En Europa del siglo XVIII; Este es denominado como el siglo del iluminismo, en razón de que en el tuvieron su origen ideas liberales y se desarrollaron conceptos de democracia, que tuvieron como corolario la revolución francesa de 1789, logrando con ello la transformación del sistema político (el sistema monárquico vigente hasta ese momento); este movimiento social no solo significó un cambio en lo político, sino también en todas las ramas del saber humano (la ciencia, la literatura, el arte, la historia, etc), al respecto el profesor Marcial Rubio nos dice, “ésta es una inmensa revolución en todos los terrenos, pero tiene consecuencias muy concretas en la teoría y práctica del Estado contemporáneo, sus fundamentos como ya tiene dicho, están ubicados en los decenios previos al año revolucionario de 1789” (Rubio: 1999, pág. 27)

En esta nueva etapa, luego de las revoluciones tanto de los Estados Unidos en Norteamérica y Francia, en Europa (1787 y 1789 respectivamente), que tuvieron como sustento la lucha contra el absolutismo, se dictaron las primeras constituciones escritas; en estas se establecieron sistemas de gobierno basadas en la división del poder (legislativo, ejecutivo y judicial), ello significó que el primero -como representante directo del pueblo-, es el órgano político encargado de dictar las leyes que regula las conductas de las personas y del Estado, con ello se alcanzó lo que se denomina el Estado de Derecho, esto es el imperio de la Ley a la que *todos* sin excepción, (gobernantes y gobernados) se encontraban sometidos; ello es resaltado por el profesor español Fernández Segado, quien citando a su vez al profesor alemán Otto Bachoff, nos dice:

El Liberalismo y el constitucionalismo primitivo –argumentaría en efecto Otto Bachoff en su celeberrimo discurso rectoral– tenía una gran fe en la ley; no desconfiaban del legislador, sino como ya dijo Montesquieu, del juez, consecuencia de su posición de servidor del príncipe en el Estado absoluto. Existía, pues una preocupación no sólo ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como un esclavo a la letra de la ley, solo en la cual se veía la garantía contra el arbitrio. La ley era la “Carta Magna de la Liberta”; el juez solamente un obediente servidor y ejecutor. De tales conceptos surgiría el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre la ley y Derecho (Fernández: 1997, pág. 169).

En nuestro sistema jurídico –siguiendo la tradición Europea continental– hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, si bien siempre hemos tenido una Constitución que contiene normas y principios, éstas no eran aplicadas de manera directa por los operadores del Derecho a los conflictos suscitados entre el Estado y los particulares, o entre estos, en razón de que se ha dado mayor importancia y aplicación a las leyes infra constitucionales, es decir teníamos la calidad de Estado de Derecho legislativo.

El *iuspositivismo* es el sustento filosófico del Estado de Derecho y se caracteriza porque este no incluye ningún elemento moral o ético; los orígenes de este pensamiento se remontan a la Revolución francesa y es donde se forja este paradigma jurídico, basado en el culto a la ley expedida por el Legislador, por ello a los estados

que adoptaron este sistema (Europa continental) se les denomina como Estado de Derecho Legal, influencia que sin duda han tenido los países de América Latina, incluido el Perú.

Una de las figuras más representativas de esta corriente del pensamiento filosófico aparece en la primera mitad del siglo pasado, el gran jurista austriaco Hans Kelsen quien, en su *Teoría Pura del Derecho*, nos dice que, “la teoría pura del derecho, es una teoría general y no de un derecho particular... quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica” (Kelsen: 1996, pág. 15).

Respecto de la labor que el juez cumple en este sistema de justicia, los profesores españoles M. Gascón y A. García nos indican que, “vinculación a la ley e independencia judicial configuran pues la base teórica del modelo de juez que le es propio al Estado de Derecho, se trata de un juez neutral, sin ideología, aséptico, apolítico. Es ‘la boca que pronuncia las palabras de la ley’, en la célebre descripción de Montesquieu, un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad” (Gascón y García: 2002, pág. 9)

Este sistema, basado sólo en la aplicación mecánica de la ley emitida por el Legislador, cuyo sustento es el culto o respeto sobredimensionado de la misma, permitió la violación de los derechos fundamentales de las personas –como ocurrió en Alemania e Italia en el periodo de entre guerras en el siglo pasado– y sobre todo que el poder judicial, encargado de administrar o impartir justicia dicte sentencias injustas y contrarias a los principios y valores consagrados en la Constitución; los aspectos más importantes que permitieron el progreso o desarrollo de los tribunales constitucionales, se debe principalmente a que estos advirtieron que los jueces de la justicia ordinaria al emitir sus fallos, propendían a sacralizar las leyes, esto fue consecuencia de la cultura del Civil Law en la que solo eran aplicadores de la ley, más que llevar a cabo un enjuiciamiento de los preceptos legales desde la Ley fundamental, al respecto el profesor chileno nos dice, “los magistrados ordinarios no están preparados para realizar interpretación constitucional y juzgar las leyes y demás normas internas desde valores, principios y reglas constitucionales” (Nogueira: 2006, pág. 75)

Este proceso de constitucionalización del derecho, luego de la segunda guerra mundial, ha permitido además que, luego del citado conflicto, y verificado los crímenes de lesa humanidad llevado a cabo por el régimen nazi contra los judíos, la sociedad en su conjunto nunca más aprobaría la propuesta hecha por Kelsen, en el sentido de que cualquier propuesta legal puede ser derecho, por eso, juristas como Gustav Radbruch, señalarían que, “*la justicia extrema no es Derecho*”; y por otro lado el también filósofo alemán Otto Bachoff, advertiría de la existencia de “*normas constitucionales, inconstitucionales*”, en esa misma línea de pensamiento el profesor Gerardo Eto, nos dice, “haciendo clara alusión a la presencia de normas en la Constitución que podían ir en contra de los *valores fundamentales* de todo el orden constitucional, lo cual significaba un expreso reconocimiento del carácter *valorativo* y no solo normativo de la Carta Constitucional”. (Eto: 2010, pág. 15)

1.2.2. Estado constitucional y democrático de Derecho.

En el Estado de Derecho legal, se estudia y aplica el Derecho de manera *estática*, en razón de que la actividad jurisdiccional del Estado se reducía a lo expresado en la ley; en la actualidad, hemos ingresado a una etapa denominada Estado de derecho

constitucional, donde es insoslayable el examen crítico y dinámico del Derecho, ello porque, éste no es sólo un conjunto de reglas o normas inmutables, sino, “se trata de una realidad social viviente” (Sobrevilla: 2013, pág. 128).

La característica principal del Estado constitucional y democrático de Derecho, radica principalmente –respecto de la labor que el órgano de control constitucional cumple–, en que éste, no sólo se encarga de verificar que una determinada ley, sea o no compatible con la Constitución, y, en caso del segundo supuesto, la expulsión de la misma del sistema jurídico; sino, y sobre todo, analizar si la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto impugnado podría generar mayor perjuicio, en cuyo caso propenderá a la conservación de ley cuestionada; si ello es así, en puridad lo que el Colegiado hace es desarrollar una labor de *colaboración* con el Legislador, en tanto éstas deben ser compatibles con los valores y principios que la Constitución prevé.

El avance del constitucionalismo en Europa continental, luego de la segunda guerra mundial del siglo pasado, tiene una característica paradigmática y novedosa, ello permite ver que, los nuevos conceptos del derecho constitucional, para su eficaz aplicación dentro del sistema, no sólo deriva de la Ley fundamental; sino que, para decirlo en un sentido figurado, “el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales”. (Zagrebelsky: 2008, pág. 13)

Si bien, el control judicial de las leyes, basado precisamente en la primacía de la Constitución data de 1610 en Inglaterra, como lo hemos señalado -supra 1.1.2.-; la implementación del sistema constitucional en verdad se dio en los Estados Unidos de Norteamérica con la promulgación de su Carta fundamental en 1787, que luego en Europa continental, el gran jurista y filósofo de origen austriaco Hans Kelsen, en la segunda década del siglo pasado señala que la Constitución es en verdad una norma jurídica, además de ser la más importante entre todas, esto es la *norma normarum*, en razón de que contiene valores y principios que rigen el sistema en su conjunto, “precisamente este es el aporte más importante y trascendental de los norteamericanos al Derecho universal”. (García: 1981, pág. 131)

Pese al aporte hecho por el profesor austriaco en la primera mitad del siglo pasado al sistema jurídico Europeo continental, el constitucionalismo de ese entonces no se desarrolló de manera efectiva, al respecto el profesor Lombardi nos dice que, “el normativismo kelseniano es hoy, en efecto insuficiente para asegurar la protección no sólo de las esferas de actividad de los órganos del Estado, sino, sobre todo, de los derechos; mientras que el decisionismo resulta ser actualmente incapaz de salvaguardar los valores en los que se basa la propia Constitución” (Lombardi: 1969, pág. LVI);

Por ello se dice que a partir de la segunda mitad del siglo pasado, sobre todo en Italia y Alemania, se genera una nueva corriente en el pensamiento jurídico constitucional, denominado por un sector de la doctrina como el neoconstitucionalismo; con esta nueva *ola* e implementación del constitucionalismo en Europa continental, se suscribieron numerosos tratados multilaterales sobre Derechos Humanos, muchos de los cuales fueron suscritos y ratificados por el Perú (Ministerio de Justicia: 2001, pág. 171), así tenemos:

- El Convenio N° 87 OIT Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, de 9 de julio de 1948, aprobado por Resolución

Legislativa N° 13281, de 9 de diciembre de 1959; y entró en vigor en el Perú, el 2 de marzo de 1961. (Ministerio de Justicia: 2001, pág. 371)

-Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita en París el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobado por el Perú por Resolución Legislativa N° 13282, de 9 de diciembre de 1959. (Ministerio de Justicia: 2001, págs. 377 y 378)

Efectivamente en esa época, en Italia surge una nueva corriente jurídica, esto es, un nuevo paradigma respecto de cómo debe entenderse y aplicarse la Constitución, entendida como la norma jurídica más importante dentro del sistema, habida cuenta que hasta entonces siempre el paradigma vigente era el del Estado de Derecho, conforme al cual la sujeción era básicamente a las leyes emitidas por el Poder legislativo, y el cumplimiento estricto de estas parecía suficiente para alcanzar la mencionada denominación.

Fue la Escuela analítica italiana (Escuela de Turín), cuyo fundador es Norberto Bobbio, y entre cuyos discípulos se encontraba Luigi Ferrajoli, éste último nos dice que, “este tránsito equivale “un cambio de paradigma” relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas, es decir una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que esta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales” (Ferrajoli: 2010, pág. 17) (el resaltado es nuestro)

El constitucionalismo en el siglo XX, se ha desarrollado significativamente primero, como ya lo hemos señalado en Italia, así como en Francia, Alemania y España, y luego esta misma corriente pasó a América latina, y por ello a esta nueva forma de analizar e interpretar el derecho constitucional se denomina como el constitucionalismo moderno, por su lado otro autor español nos dice, “que se trata de una nueva corriente, un nuevo paradigma, y esquivo a la etiquetas tradicionales, capaz de superar la (agotada) dialéctica positivismo-iusnaturalismo” (García: 2004, pág. 237)

En este escenario, el Derecho constitucional tenía que ser repensado, en especial lo concerniente a si los Estados hacían cumplir o no los derechos fundamentales consagrados en la Constitución; esto, sin embargo, no podía darse con el esquema propuesto hasta entonces, por ello es importante resaltar lo señalado por el profesor italiano Luigi Ferrajoli, quien bajo el epígrafe de “el Paradigma constitucional como garantía de la democracia. El garantismo como la otra cara del constitucionalismo” nos dice que:

No por casualidad, del resto, el constitucionalismo es un nuevo paradigma tanto del derecho como de la democracia, generado, como se ha dicho, por una refundación de uno y del otro seguido por las tragedias que marcaron la primera mitad del siglo pasado: los totalitarismos y las guerras mundiales. Se entendió entonces que el poder de la mayoría, que había permitido la llegada de dictaduras, no garantiza la calidad del sistema político y ni siquiera la supervivencia de la misma democracia política. Y si redescubrimos por tanto el significado de “constitución” como límite y restricción a los poderes públicos estipulados un siglo y medio antes por el art. 16 de la declaración de 1789: “cada sociedad en la que no están aseguradas las garantías de los derechos ni la separación de poderes no tiene constitución” ... De ahí el cambio de paradigma tanto del derecho como de la política: por un lado de las condiciones de validez de las normas de ley, no más limitadas a las formas, sino extendido también a los contenidos de la producción normativa, por otro, los límites sustanciales impuestos a la política y a la

democracia política por los derechos constitucionales establecidos (Ferrajoli: 2016, pág. 183 y 184)

El sistema constitucional de Derecho, a diferencia del Estado legislativo de Derecho – pese a que estos poseen Constitución –es que en los primeros, junto a las leyes expedidas por el Legislativo, existe una Ley fundamental que prevé o establece límites al poder, con la finalidad de garantizar los derechos y libertades de las personas, pero sobre todo destaca el hecho de que ella tiene carácter normativo, y es aplicable a casos concretos, lo que no ocurre en el segundo; al respecto, los profesores españoles Gascón y García nos dicen que;

La Ley fundamental, no sólo es el documento político más importante que contiene normas programáticas que deben ser desarrolladas por el legislador; sino, es en realidad la norma jurídica de mayor jerarquía en el sistema, aplicable en casos concretos; más aún, cuando ella procede de una Poder constituyente, siendo por ello su legitimidad consecuencia de una cualificación mayor a cualquier otra ley; y es por eso mismo que ésta última también se encuentra sometida a la Constitución, por ser su referente. (Gascón y García: 1994, pág. 10)

El proceso de constitucionalización del Derecho se consolida en Europa a partir de la segunda mitad del siglo pasado, más concretamente en España, donde el concepto de constitución se transformó respecto del criterio desarrollado por Kelsen; en este sentido, es influenciado por el control judicial de las mismas, tomando como referencia el *judicial review*, implementado un siglo atrás en el sistema del *Common Law*, se dice que en el caso de la justicia constitucional en España;

El órgano contralor de la Constitución en el país Ibérico, desde que se creó en 1980, ha demostrado marcadas diferencias con el modelo Kelseniano; aún así, no tiene el nivel del supremo tribunal norteamericano, pero se puede afirmar que se encuentra camino a ello; pese a que en su quehacer judicial, toma experiencias de la jurisdicción concentrada, así como del control difuso, la aspiración sin duda es que el Tribunal Constitucional, alcance el nivel más óptimo y ser el órgano jurisdiccional cuya influencia es innegable; ello obedece sin duda al nuevo concepto de Constitución que se tiene en Europa continental y en particular en España (Gascón: 1994, pág. 76).

Con este *nuevo* paradigma, bajo el influjo del constitucionalismo, el sistema de justicia obliga a los jueces encargados de impartir justicia (tanto en sede ordinaria como en sede constitucional), a dar respuesta a los conflictos jurídicos, tomando en cuenta para ello los valores y principios contenidos en la Norma mayor que la justicia constitucional desarrolla a través de sus sentencias (sobre todo en sus sentencias interpretativas normativas y manipulativas), en todas las ramas del Derecho, y principalmente en el Derecho sustantivo penal –que es materia del presente trabajo–, a fin de hacerlas tangibles y efectivas.

Así, la justicia no sólo toma como referencia principal la Constitución, como la *Lex superior*; sino, la defensa de los derechos fundamentales que ella reconoce y su respeto a través precisamente del Poder Judicial, encargado de administrar o impartir justicia -a diferencia de lo que ocurría en un Estado legislativo de derecho-, ello es de enorme trascendencia en este nuevo modo de entender los sistemas de justicia, por eso se dice que, “únicamente puede tener la denominación de constitucional, aquel (Estado) donde, se presente las siguientes características: a) que los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado, se encuentren plena y efectivamente garantizados, y b) se garantice la división del poder (legislativo, ejecutivo y judicial);

esto es se ejerza por órganos diversos, autónomos e independientes” (Guastini, 2001, pág. 31).

En España desde el año 1980 en adelante es innegable el desarrollo del constitucionalismo y más concretamente la labor del Tribunal Constitucional del país Ibérico, a través de sus sentencias; y, según opinión del profesor Lucas, quien a su vez cita lo dicho por Manuel García Pelayo (ex presidente del Tribunal Constitucional español), y dice, “éste, tiene como función principal optimizar la vigencia del Estado de derecho, en virtud de lo previsto en el preámbulo y el artículo 1° de su Constitución; que se traduce en tres aspectos: a), el órgano contralor, acata o cumple la decisión de la Nación española; b) permite la interacción o relación formal y funcional del Estado, previsto precisamente en su Ley fundamental y el Colegiado; y, c) éste último, optimiza el Estado de derecho” (Lucas: 1983: pág. 37).

1.2.2.1. El constitucionalismo y la Convención Americana de Derechos Humanos

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, junto a esta *ola* de ideas renovadas y cambio de paradigma respecto a la importancia de la constitucionalización del Derecho que tuvo su origen en Europa continental, muchos países de América latina (incluyendo el Perú), suscribieron una serie de convenios patrocinado por organismos internacionales, encargados de velar por los Derechos Humanos, con el objeto de iniciar lo que se denominaría más adelante el control de convencionalidad, esto es la aceptación expresa de los países signatarios la competencia de los mismos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969 que entró en vigor el 18 de julio de 1978, resalta el deber que los Estados miembro tienen de implementar instituciones democráticas, que puedan velar por las garantías de derechos de las personas (Gaceta Oficial N° 9460 del 11 de febrero de 1978), al respecto el profesor García citando a su vez a otro autor señala, “los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad, explica Néstor Sagües, son dos y ambos nacen del derecho internacional: *i)* el efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe, y *ii)* la prohibición de alegar derecho interno para incumplirlas, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (García: 2013, pág. 226).

El mismo doctor García, respecto de la ratificación del Estado peruano y el hecho de haberse sometido a la Corte Interamericana, nos dice, “la ratificación del Estado peruano a la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José (1969) que incluye el reconocimiento de los órganos que lo comprenden (Comisión y Corte), así como el sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, fue realizado por la Asamblea Constituyente de 1978-1979 (García: 2013, op. cit. pág. 227).

En el artículo 1° de la Convención, bajo el epígrafe de Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, se establece, “los Estados Partes, en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Asimismo, en el numeral 1) del artículo 8° bajo el título de Garantías Judiciales, señala que, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Ello implica que la puesta en marcha de los sistemas de justicia constitucional dentro de los Estados cuyas Leyes fundamentales reconocen los derechos fundamentales de las personas, también prevén la posibilidad de que las sentencias emitidas en última instancia en sede nacional puedan ser impugnadas ante dichos organismos supranacionales.

Consecuencia de la globalización del mundo en todos ámbitos de la vida social y en particular en el Derecho, es criterio generalizado la aplicación de principios constitucionales y con ello optimizar la justicia internacional, al respecto el profesor Aguilar citando al también profesor alemán nos dice, “en ese sentido Peter Häberle ha indicado, que los elementos constitutivos del Estado constitucional -como los procedimientos democráticos, la independencia de la jurisdicción, los derechos humanos- pueden ser exportados, a fin de construir la comunidad de los Estados” (Aguilar: 2015, pág. 5).

Ahora bien, es evidente que los derechos fundamentales de las personas, reconocidos en la Constitución así como en la Convención Americana y otros documentos internacionales, en muchos casos no se respetaron ni se hicieron efectivas en un Estado legislativo de Derecho, sino con la constitucionalización del Derecho, como es el caso –entre otros– de las sentencias expedidas por nuestro Tribunal Constitucional: i) Exp. n.° 1417-2005-AA/TC de 8 de julio de 2005, caso Anicama Hernández, respecto del derecho fundamental de pensión; y ii) Exp. n.° 00156-2012 PHC/TC de 8 de agosto de 2012, caso Tineo Cabrera, respecto del principio de legalidad que todo precepto legal en nuestro Código penal debe observar.

Debemos señalar que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de interpretar las leyes conforme a los tratados internacionales, de los que el Perú es parte; en este sentido, en la Cuarta disposición final y transitoria de la vigente Carta política (1993) se establece que, “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Ello, en concordancia con lo previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código procesal constitucional, que prevé, “el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

En conclusión debemos señalar que, la globalización o universalización del Derecho; y junto a este fenómeno social, en particular el Derecho constitucional y la defensa de los derechos humanos es sin duda un aspecto que concierne a todo el mundo, de ahí la necesidad de su integración a través precisamente de los organismos internacionales encargados de su protección, de los que nuestro país es parte.

1.3. Los dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes

Denominado también control orgánico jurisdiccional, con tal objeto existen dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes: el llamado control difuso, propio del *Common Law*, que son resueltos por justicia ordinaria en general, (caso de los Estados de Norteamérica, Canadá, Australia y otros), y el control concentrado, aplicado en el sistema Europeo continental, a cargo de un tribunal *ad hoc*, (Italia, España, Alemania y otros países de Latinoamérica), que puede estar integrado al Poder Judicial o tratarse de un órgano independiente; respecto de la diferencia en ambos sistemas, el profesor García nos dice, "el control difuso tiene como objetivo principal la defensa de los derechos fundamentales; mientras que en el sistema concentrado (Europeo continental), la función prioritaria es vigilar la constitucionalidad de las leyes dictadas por el legislador y velar por que estas (ya sea en su forma o en el fondo) sean conformes a la Ley fundamental". (García: 2014, op. cit. pág. 668).

Sobre los dos sistemas de control judicial de las leyes, se puede señalar que; el sistema Anglosajón, instaurado en los Estados Unidos de Norteamérica, donde es el órgano judicial ordinario el encargado del control judicial de la leyes, que se inicia en 1803 con el célebre caso *Marbury vs Madison*; por otro lado el sistema Europeo continental, encarga a un Tribunal *ad hoc* dicha labor, así el profesor Gonzáles nos dice, "según los criterios expuestos por Hans Kelsen y los principios que fija la Constitución austríaca 1920-1929; su influencia se produce en el sistema italiano, que se refleja en la Constitución de 1947, en el sistema alemán, inicialmente en la ley fundamental de Bonn de 1949 y la Ley actualizada de 1993 y en el sistema español de la Constitución de 1978" (Gonzáles: 2005, pág. 119).

1.3.1. Control difuso

Sistema judicial cuya característica radica en el control judicial de las leyes que se encuentra a cargo de todos los jueces ordinarios del Poder Judicial de todos los niveles, quienes al advertir la inconstitucionalidad de una ley dentro de un proceso judicial que es puesto en su conocimiento, tramitan esto como un incidente dentro del principal en el que se resuelve la controversia; situación diferente al sistema de control concentrado en el que es un órgano *ad hoc*, como un tribunal especializado independiente del Poder Judicial, una sala especializada de la Corte Suprema, que se encarga de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes.

Fue la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya tradición anglosajona llevaron con ellos, los que por vez primera en el célebre caso *Marbury vs Madison*, en febrero de 1803, instituyeron el *judicial review*, con el que el Poder Judicial, podía controlar la constitucionalidad de las leyes, cuando éstas son contrarias a la Constitución; al respecto, el profesor García, nos dice, "en este sistema, el control judicial de las leyes llamado también *judicial review*, puede ser hecha por los jueces de la justicia ordinaria, ello se da generalmente dentro de los procesos judiciales que ellos conocen, y por tanto tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las mismas, cuando advierten que son contrarias a la Constitución; sin embargo, ello sólo es aplicable al caso concreto y sus efectos alcanza a las partes en conflicto". (García: 2014, pág. 668).

El control judicial de las leyes y su importancia en todo sistema jurídico que se precie de constitucional y democrático, radica en la independencia de sus jueces al momento de analizar y resolver los casos que son puestos en su conocimiento, atributo que le es reconocido en la Constitución de 1787, este sin duda es un aspecto de enorme trascendencia para la democracia; por ello, el constitucionalismo en los Estados

Unidos de Norteamérica, esto es la aplicación de la Constitución como norma jurídica suprema, es destacada por muchos estudiosos, entre ellos el profesor Landa, quien dice “la característica de este sistema, es resaltado entre otros por Toqueville, quien en los años treinta del siglo XIX, señala que el poder de la justicia ordinaria para proteger los derechos fundamentales de las personas, estaba en la independencia de sus jueces, ello permitió afianzar el principio constitucional de revisión judicial de leyes, denominado *judial review of Law*” (Landa: 2007, op. cit. pág. 57).

Es necesario resaltar que -a diferencia del sistema de control concentrado-, al respecto el profesor García, respecto del control difuso, nos dice que en este, “el precepto legal que es contrario a la Ley fundamental, no es declarada nulo, y por tanto mantiene su vigencia; sin embargo, como consecuencia de lo resuelto y en virtud del principio de *stare decisis*, los órganos jurisdiccionales quedan vinculados a lo resuelto por el juez, la que tiene la calidad de cosa juzgada entre las partes” (García, 2014, op. cit. pág. 669).

En el caso peruano, este sistema de control judicial de las leyes está previsto en el artículo 138° de la Constitución que, en su segundo párrafo, prevé que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”; ello en concordancia con lo previsto por el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es se trata de una facultad conferida a todos los jueces del Poder Judicial.

La sentencia dictada en un proceso, donde el juez inaplica una norma o precepto legal por ser contraria a la Constitución, surte efectos únicamente entre las partes en conflicto o *inter partes* (artículo 3 –quinto párrafo– del Código procesal constitucional); sin embargo, cuando el órgano jurisdiccional establece como precedente vinculante, éste servirá para resolver otros casos similares, así lo establece el artículo VII del Título Preliminar del acotado cuerpo de leyes, que estipula que: “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo...”

1.3.2. Control concentrado

Este modelo es denominado también control abstracto, concentrado o europeo, y fue creado por el jurista de origen austríaco Hans Kelsen en el año 1920 a través de la Constitución de dicho país, y fue asimilado luego por otros países como España, en donde se crea un órgano *ad hoc*, independiente del Poder Judicial, llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya misión principal es establecer si una norma cuestionada es o no conforme con la Constitución; en palabras del profesor y magistrado del Tribunal Constitucional: “no toma en cuenta el caso que dio motivo a su cuestionamiento y analiza la norma de manera aislada” (Blume: 1996, pág. 132).

En este sistema, el Órgano contralor tiene como misión resolver en instancia única los recursos de inconstitucionalidad de leyes planteadas por las partes legitimadas para dicha acción (artículo 203° de la Constitución); en cuya virtud esta labor se encarga a un órgano autónomo como es el Tribunal Constitucional, “con potestades y atribuciones exclusivas para declarar la inconstitucionalidad de una ley; la sentencia o fallo tiene efectos generales, es decir vincula a todos los poderes del Estado así como a la sociedad en su conjunto; proceso se discute como un asunto principal, sin que sea necesario un conflicto previo, como ocurre en el control difuso”. (García: 2014, op. cit. pág. 672.)

En estos casos, las sentencias que emite el Colegiado son de carácter constitutivo, *erga omnes*, y con efectos *ex nunc*, esto es, que los efectos de la sentencia se proyectan – desde el momento de su publicación en el diario oficial El Peruano–, hacia adelante, y es retroactiva sólo de manera excepcional –en el ámbito del Derecho Penal– cuando favorece al reo (artículo 103° de la Constitución).

En relación con las características que el sistema del control concentrado de las leyes se implementó en Europa continental a partir de la segunda mitad del siglo pasado, principalmente, la implementada en España con su Constitución de 1931; al respecto el profesor Landa citando a su vez a otro autor alemán, nos dice que, “se puede identificar una línea francesa de pensamiento clásico, opuesta a la existencia de un Tribunal Constitucional que funcione como una corte autónoma del poder judicial, tal como pensaba Esmein, desde un positivismo tradicional; lo cual no fue óbice para que conocieran ciertas ventajas del control incidental de las leyes en sede administrativa-judicial” (Landa: 2007, op. cit. pág. 67).

1.3.3. Fusión de ambos sistemas, en particular en el Perú.

El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú, es de reciente data; es decir, fue con la Constitución de 1979, cuando se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, hoy Tribunal Constitucional y se encarga a este el control concentrado de las mismas; pese a que, en nuestro Código civil de 1936, existía ya la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional y solicitar la inconstitucionalidad de las leyes –control difuso– cuyos efectos sólo son *inter partes*; sin embargo, recién en el año 1936, fue reglamentada; sin embargo es pertinente precisar que, al igual de lo ocurrido en Europa continental a mediados del siglo pasado, nuestra Carta fundamental de 1993, incorpora en nuestro sistema de justicia ambos modelos, esto es al concentrado de origen Europeo continental; cuyo alcance es general y efectos anulatorios y el difuso cuyo origen se encuentra en el *Common Law*, cuyos efectos solo alcanza a las partes en conflicto y no tiene efectos anulatorios de la ley, previstos en los artículos 202° y 138° respectivamente de nuestra Constitución.

Por ello se puede decir que el control judicial de las leyes en nuestro país, “desde los años treinta del siglo pasado, asimiló el llamado modelo americano; y luego con la Ley fundamental de 1979, se implementó el sistema concentrado, de origen Europeo continental, por ello ambos sistemas se encuentran vigentes en nuestro sistema de justicia constitucional”. (García: 2006: pág. 34).

En nuestro país, en el pasado reciente no se ha logrado desarrollar plenamente el control difuso de la Constitucionalidad de las leyes, ello porque en muchas ocasiones los jueces del Poder Judicial, actuaron no como un poder independiente y autónomo, sino como *colaboradores* del gobierno de turno, el caso más emblemático de ello se dio en el año 1995, cuando la jueza encargada del caso “Barrios Altos”, consideró que el artículo 1° de la Ley N° 26749 denominada ley de Amnistía (para los militares procesados) era inconstitucional y dispuso su inaplicación al caso concreto, ordenando se prosiga con el caso, posteriormente el Congreso dictó un ley que disponía que la anterior *no era revisable en sede judicial*, el Tribunal Superior, declaró nula la resolución de la jueza, dispuso la aplicación de la ley de amnistía y ordenó el archivo del proceso.

Al respecto, un sector autorizado de la doctrina constitucional ha señalado que, “este caso ilustra, por un lado, la manera cómo el Congreso limitó la atribución judicial de

inaplicar una norma que considera inconstitucional y por otro lado, se observa cómo la Sala increíblemente se autoexcluyó del control constitucional” (Abad: 2002, pág. 15).

Capítulo II

2.1 La importante y trascendental tarea del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y la Ley

2.1.1. La interpretación jurídica y la interpretación constitucional.

El término interpretar en nuestro lenguaje tiene varias acepciones; según el Diccionario significa, entre ellas, *Explicar el sentido de una cosa / Dar determinado sentido a palabras, actitudes, acciones* (Lexus: pág. 503). En el presente trabajo, nos vamos a referir especialmente a la interpretación que hace el juez de la Constitución y las leyes, esto es, a cómo deben entenderse las mismas, para luego aplicarlas a casos concretos en la solución de los conflictos judiciales.

El profesor García Belaunde nos señala que: “la voz hermenéutica proviene del sustantivo griego *hermeneia*, que, a su vez, proviene del verbo *érmeum* vinculado con el dios griego *Hermes*, o llamado también *Mercurio*, Hermes hijo de Júpiter y Maya, era el intérprete o mensajero de los designios o voluntad de los dioses, por lo que, *hermenia*, esto es la actividad que cumplía el dios *Hermes*, significó proclamar, interpretar, explicar, traducir; es decir, hacer algo comprensible o inteligible” (García: 1994. pág. 10 -11)

La interpretación judicial de la Constitución como de la ley infra constitucional –que lleva adelante tanto el juez constitucional como el ordinario–, está referida a una actividad intelectual desarrollada por ellos, desde unos enunciados lingüísticos –preceptos legales–, cuyo objeto es encontrar el *significado* de las mismas para su aplicación al caso que es materia de juzgamiento por el órgano jurisdiccional; al respecto, bajo el epígrafe de “Concepto de interpretación”, el profesor Díaz Revorio, citando a su vez a los profesores Zagrebelsky y Guastini, nos dice:

A este respecto, puede resultarnos válido el que da Zagrebelsky, que entiende la interpretación como proceso intelectual a través del cual, partiendo de fórmulas lingüísticas contenidas en los enunciados, se llega a un contenido normativo; esto es, se pasa de los significantes (enunciados) a los significados (normas). Concretando algo más, el mismo autor se refiere a la interpretación jurídica como actividad práctica que gira entre polos: el caso a regular y la norma reguladora.

De lo anterior se deduce que el término “interpretación” puede referirse tanto el proceso como a su resultado... Como se ha destacado, pueden distinguirse dos sentidos de la palabra interpretación: por un lado, como actividad –la actividad interpretativa–, y, por el otro, como resultado o producto de dicha actividad (resultado que estaría constituido por el significado del objeto interpretado) (Díaz: 1997, pág. 38).

Todo precepto legal, principalmente la Ley fundamental tienen la característica de ser abstractas y genéricas, y por tanto, susceptibles de tener varias interpretaciones al momento de su aplicación en casos concretos, de ahí la trascendencia de la labor interpretativa; sin embargo, ésta –la interpretación jurídica– no tiene una sola definición; al respecto, el profesor Riccardo Guastini, luego de señalar la ambigüedad que se presenta para definir esta, se pregunta, “¿Quiénes son los intérpretes de la Constitución?”, y citando a su vez a Pfersmann, nos dice:

Desde luego quien sea puede interpretar cualquier texto normativo, por tanto también una Constitución: un juez, un abogado, un ciudadano etc. Pero, cuando nos referimos sobre los intérpretes de la Constitución, lo que queremos es identificar a sus intérpretes “privilegiados”: a los sujetos cuya interpretación es “auténtica” en sentido Kelseniano, o sea, a la que produce efectos jurídicos. Pues bien, en general, los intérpretes auténticos de cualquier texto normativo son los órganos competentes para aplicarlo. Las leyes y los reglamentos son aplicados por la administración pública y, en último análisis, por los jueces (civiles, penales, administrativos, etc.): en particular por los jueces de última instancia. Ahora bien, ¿se puede decir lo mismo de la Constitución? La respuesta es que esto depende de diversas variables: la estructura de la Constitución (1), la garantía jurisdiccional de la Constitución (2) y la concepción que se tenga de la Constitución (Guastini: 2010, pág. 193).

En todo Estado debidamente organizado que se precie de ser constitucional y democrático, y donde uno de los aspectos fundamentales del sistema de justicia sea precisamente la tarea interpretativa de la ley que lleva adelante el juez constitucional es de singular importancia, y ella se desarrolla desde la Constitución, debido a que ella irradia a todas las ramas del Derecho por eso se dice que; pretender interpretar la Constitución sin tomar en cuenta un caso concreto, no resulta de mucha utilidad, en razón de que el intérprete no es sino un mediador entre el precepto legal y el asunto que debe resolverse, por ello se dice que la hermenéutica, ha destacado la unidad que debe existir entre el caso real (ser) y el precepto legal (deber ser), de ahí la trascendental e importante labor interpretativa que el juez (sobre todo el juez constitucional) lleva adelante al momento de impartir justicia y resolver un caso concreto, esto es, “se producen mutuamente en el proceso de aplicación de la norma o de la decisión del caso real” (Vigo: 2004, pág. 85).

Si bien la interpretación jurídica como tal, se inicia con la codificación en Francia en el siglo XIX, principalmente con la llamada *Escuela de la Exégesis*, que hasta hoy se encuentra en práctica, también lo es que, es a partir de la post guerra mundial del siglo pasado, tanto en Europa continental como en Latinoamérica en que se desarrolla con mayor intensidad, sobre todo en el Derecho constitucional, al respecto, el profesor español Manuel Atienza nos dice que:

No es, sin embargo con esto con lo que nos encontramos a propósito de “interpretación” o “interpretación jurídica”, que son términos extraordinariamente ambigüos y en muy diversos aspectos. Así, desde el punto de vista del objeto, la interpretación puede referirse a cualquier entidad susceptible de tener un sentido (en definitiva cualquier objeto no natural; un acontecimiento histórico, un comportamiento, etc.); o bien, tan solo a objetos lingüísticos (particularmente a textos escritos, como en la “interpretación de la ley”); o bien (sería en sentido más estricto “interpretación”) a textos problemáticos, esto es, textos cuyo significado, es en principio dudoso y necesitan, pues de una labor, de un esfuerzo de aclaración. Pero además hablamos de interpretación tanto para referirnos a una *actividad* (la actividad consiste en atribuir sentido a alguno de los tres anteriores tipos de objetos), como al *resultado*, al producto de esa actividad. Y, finalmente (sin que ello excluya otras posibles dimensiones de análisis), de “interpretación” se puede hablar –como lo ha hecho– Gianformaggio (1987) en un plano noético, lingüístico o dianoético (Atienza: 2010, pág.18).

El tema de la interpretación constitucional –por la trascendencia que ella tiene– ha sido abordado por muchos autores; sin embargo, creemos que la opinión del profesor Riccardo Guastini, al presentar la obra del iusfilósofo italiano Giovanni Tarello, es muy importante:

Con frecuencia, todavía hoy, juristas y filósofos del derecho –no siempre en buena fe– configuran la interpretación como “descubrimiento” del significado de una norma, por tanto como actividad cognitiva, que tiene por objeto normas y produce conocimiento de normas: Es obvio que desde este punto de vista, los enunciados de los intérpretes aparecen como enunciados del lenguaje descriptivo: enunciados a los que por tanto corresponden los predicados de verdadero o falso. Frecuentemente, escribe Tarello, se entiende por “interpretación” un proceso intelectual por el cual dada una ley o una “norma” (...) se llega a “comprender” el significado; Tal comprensión se valdría de reglas y cánones, el correcto empleo de los cuales garantizaría una interpretación “verdadera”, “exacta”, “correcta”, “no errada”; una vez comprendido el significado, una vez “aprehendida” la norma “exactamente”, sería posible (a) conformar el propio comportamiento al mandato de la norma; (b) valorar o “juzgar” un comportamiento con referencia a la norma; y por parte de un órgano, (c) “aplicar” la norma (el texto aparece en Tarello: 2013, pág. 13).

La interpretación constitucional, como elemento fundamental del proceso de constitucionalización del Derecho ha experimentado un significativo avance; esto es que para que la primera sea eficaz, no sólo se debe tener en cuenta las denominadas reglas tradicionales de interpretación savigniana (gramatical, histórico, sistemático y teleológico); sino que, además, se requiere tomar en cuenta otros elementos, esto es que; dichas reglas, reconocidas de manera expresa por el Tribunal Constitucional Federal, sólo sirven parcialmente en la elaboración de sus sentencias; por el contrario, el Colegiado recurre a múltiples consideraciones; por ello, se señala que circunscribirse sólo a aquellas reglas, ha motivado muchas críticas y, por eso se señala que “restringirse a las (reglas tradicionales de interpretación), supone desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo, por lo que sólo de forma imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros” (Hesse: 2012, pág. 63).

Es de resaltar que, en el caso de leyes penales (que es materia del presente trabajo), en la interpretación de éstas también se debe tomar en cuenta principios fundamentales, tales como el de legalidad, derivada del aforismo latino *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, esto es, “ningún delito, ninguna pena, sin ley previa”, ello se encuentra previsto en el literal d) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución que establece: *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.*, en concordancia con lo establecido en el artículo II del Título Preliminar de nuestro Código sustantivo penal.

Este sin duda es uno de los principios fundamentales de todo sistema de justicia constitucional y democrático, en razón de que como es sabido la justicia penal generalmente afecta uno de los derechos más preciados del hombre (la libertad), y ella puede verse afectada, en la eventualidad de que el Estado, a través del Poder Judicial, pueda (previa imputación y acusación del Ministerio Público), llevar a juicio a cualquier persona, acusarla de un delito y eventualmente sancionarla (mediante una sentencia) y privarla de su libertad, respecto de un hecho u omisión no tipificado –previamente- como delito por el legislador; hacer lo contrario, significaría no sólo un acto de injusticia absoluta, sino la afectación de otro derecho –igualmente fundamental- a la libertad, prevista en el numeral 24) del artículo 2° de nuestra Ley fundamental.

En Europa, en la primera mitad del siglo XX el filósofo austriaco Kelsen, bajo el epígrafe de *Razón de ser y objeto de la interpretación*, señala que todo precepto

(incluyendo desde luego el penal), es genérico –no puede entrar en detalles, ni menos reglar la totalidad de casos concretos–; y, por tanto, es el juez quien tiene la misión de señalar o establecer el contenido del mismo -labor interpretativa-, para luego aplicarla al caso que tiene entre manos; y en la eventualidad de encontrar que no es suficiente lo señalado por el legislador, está facultado para -si se requiere- *completar* la misma y adecuar al caso concreto; al respecto nuestro autor nos dice, todo sistema jurídico obedece a una estructura debidamente jerarquizado, y ello tiene relevancia en la interpretación de la ley; ello no es otra cosa que el tránsito en la creación del derecho cuando se pasa de un precepto normativo superior a uno inferior; por lo general, se trata de cómo, cuando el juez aplica una norma general a un hecho concreto, se obtiene la norma individual aplicable al caso concreto; sin embargo, es la propia Ley fundamental que debe ser interpretada, al enjuiciar leyes ordinarias u otras, que son reguladas por la primera; finalmente, existe la interpretación de preceptos legales particulares o individuales, como son los fallos judiciales, disposiciones administrativas, actos jurídicos referidos al derecho privado; es decir “toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico” (Kelsen: 2001, pág. 163 y 164).

En América latina, tenemos el aporte muy importante hecho por el profesor argentino Carlos Cossio, en su ensayo *El sustrato de los métodos interpretativos*, Santa Fe, 1940; también tenemos la obra del profesor guatemalteco Luis Recaséns Siches, en su obra *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956, así también contamos con los aportes de los profesores Carlos S. Nino, Alchourrón y Bulygin.

El concepto de interpretación de la Constitución y la ley es muy amplia y existen muchas opiniones, entre ellas la del profesor italiano Pierluigi Chiassoni, quien nos dice, “determinar el significado de una disposición obteniendo normas explícitas, quiere decir –como indicaba al inicio, en términos tal vez más precisos y desde la perspectiva de un empirismo riguroso– traducir disposiciones (enunciados del discurso de las fuentes) a normas explícitas (en otros enunciados del discurso de los intérpretes), aduciendo pretensiones de corrección jurídica para los resultados así obtenidos” (Chiassoni: 2011, pág. 57).

La interpretación constitucional responde al constante proceso de cambios que toda sociedad experimenta a lo largo de su historia, así como el cambio en los procesos interpretativos, esto es que para esta labor no solo se debe tener los criterios tradicionales (literal, sociológico, histórico); sino también la costumbre, el momento político, la economía, etc., que sin duda influyen en el comportamiento de una sociedad; los cambios en el sistema constitucional derivados de la interpretación, esto es sin alteración o modificación de su texto de la Ley fundamental, se da en el quehacer jurisdiccional de manera discreta, sin mayor formalismo, como producto de la actividad de los tribunales, la práctica que desarrolla el Estado, la opinión de la ciudadanía, la doctrina especializada o el resultado de la aplicación de ellas, ”es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente” (Haberle: 2003, pág. 62) (el subrayado es nuestro)

El proceso interpretativo tanto de la Constitución como de las leyes de menor jerarquía, requieren de métodos, entre ellos el gramatical, histórico, sistemático y desde luego el lógico, propugnados por Savigny; sin embargo, se puede concluir que no sólo se puede utilizar uno de estos métodos, sino que el juez (principalmente el juez constitucional) puede acudir a ellos de manera conjunta, priorizando uno antes que otro –dependiendo del caso– y arribando a una conclusión racional y justa.

Es decir; Se trata de que el intérprete -juez-, más que hallar la voluntad del legislador, su obligación es encontrar y asignar el sentido real de la norma, para aplicar al caso concreto, acudiendo para ello al texto mismo de la norma (interpretación literal), luego corroborar su contenido con el sistema normativo del que forma parte, a fin de evitar interpretaciones contradictorias, para luego encontrar los fines que el precepto legal persigue, lo que equivale a efectuar una valoración de la norma, como parte de todo el ordenamiento (evitando una posible contradicción entre ellas); esto es que, para obtener un resultado óptimo en la labor interpretativa, deberá recurrirse a las elementales reglas de la lógica; en verdad se trata de un solo proceso que responde a un solo método, pese a que se trata de una travesía por varios estadios, “se trata de un método integral, que puede calificarse, provisionalmente, como dialéctico comprensivo; entendiendo esto como una contrastación de diversos enfoques que surgen desde diversas perspectivas, y que son resueltas finalmente por una comprensión, que debe arribar a conclusiones lógicas” (García: 2006, op. cit. pág. 80 y 81).

El mismo autor, respecto a que no existe una única interpretación, en la medida que toda norma es por naturaleza abstracta (abierta) y por tanto no es posible llegar a una única y exclusiva interpretación; y citando al profesor polaco Jerzy Wroblewski, nos dice que: “hoy se admite que no existe una única y exclusiva interpretación” (García: 2006, op. cit. pág. 81)

Así podemos concluir que, el objeto principal de la interpretación de la Constitución y de la ley es establecer el sentido de una norma y preservar la seguridad jurídica, misión que recae especialmente en los jueces constitucionales, quienes deben hacerlo de manera racional y sin caer en la arbitrariedad (sobre esto último, cfr. STC Exp. n.º 00090-2004-AA, f. j. 12).

La interpretación de la Constitución se hace en diversos niveles, desde el legislador, el juez, los doctrinarios y la sociedad en general; sin embargo, para el caso que nos ocupa, y por su trascendencia, lo que más importa es la que hace el segundo.

Por su lado el ya citado profesor polaco Jerzy Wróblewski, nos dice que, “la interpretación constitucional aparece como un caso especial de la interpretación legal cubre también la interpretación constitucional, aunque hay rasgos especiales en esta última conectados con las particularidades del papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional”. (Wróblewski: 1985, pág. 18).

Como ya lo hemos señalado líneas arriba, a diferencia de la ley infraconstitucional que proviene del legislador, en el caso de la Constitución, ésta tiene su origen en la voluntad de *El soberano* quien, a través de la Asamblea Constituyente, la emite, y por tanto una génesis y legitimidad cualificada mayor a la primera, siendo además que sirve de parámetro en su interpretación, ello es resaltado por el profesor español Díaz Revorio, quien señala que, “la interpretación constitucional no es exactamente igual a la interpretación legal, por ello se ha destacado la paradoja que supone que los criterios de interpretación de la ley no pueden trasladarse exactamente a la interpretación constitucional, en razón de que la interpretación valorativa de la ley, sólo puede encontrar sentido en la Constitución” (Díaz: 1997, pág. 299).

Otro aspecto importante que caracteriza al Estado Constitucional de Derecho es que, en este sistema, el juez no está vinculado solamente a la ley, sino que lo está también a

la Constitución; es decir existe una doble vinculación; aquí se concreta a nuestro entender un tema trascendental que marca la diferencia con un Estado legislativo de Derecho.

Otra característica que debemos resaltar en la tarea interpretativa de la Constitución es que ésta, como todo precepto legal es en realidad abstracto y genérico, que puede tener varias lecturas el momento de su interpretación y aplicación, como señala el mismo profesor, “es el carácter abierto del texto constitucional... permitiendo diferentes lecturas legítimas” (Díaz: 1997, pág. 301).

Si bien se puede decir que la interpretación de las normas en general responden a un solo criterio; sin embargo, la interpretación de la Constitución por ser una norma de mayor cualificación y la más importante del sistema jurídico, en razón de que generalmente proviene de una Asamblea Constituyente y no del legislador -órgano constituido como el ejecutivo y el judicial), la interpretación de aquella tiene sus propias particularidades; en efecto, es posible realizar interpretaciones extensivas, analógicas, sistemáticas que están permitidas en el Derecho civil, Administrativo y otras; lo que no es posible llevar a cabo cuando se trata del Derecho penal, en razón de que aquellas están prohibidas en este último, por ello se dice que, “nada de extraño existe, en que la disciplina constitucional asuma rasgos diferenciales, dentro de las orientaciones generales de la Teoría Jurídica de Interpretación” (Bernaldes y Rubio: 1988: pág. 95) (el subrayado es nuestro).

La jurisdicción constitucional, y por tanto la interpretación de la Constitución en un Estado democrático de Derecho se traduce en que, no solo en el control que ejercen los tribunales constitucionales -control concentrado-, sino también el que ejerce la justicia ordinaria -control difuso- en su diaria labor de interpretar y aplicar la ley; esta actividad no representa sólo un control a la actividad del Legislador; sino también, la actividad que la administración del Estado lleva adelante, ello en razón de que muchas de estas también están facultadas para emitir normas dentro de su propia competencia (llámese reglamento del Congreso, ordenanzas municipales, etc.)

En resumen, con la emisión de las sentencias interpretativas normativas emitidas por el Tribunal Constitucional, las que además son de carácter pedagógico en el ámbito constitucional -algunas de las cuales serán materia de análisis en el presente trabajo-, podemos afirmar que, la justicia constitucional en el Perú se viene afianzando.

2.1.2. Delimitación interpretativa de la Constitución

En la tarea de interpretación constitucional la doctrina señala dos tipos de Constitución: las denominadas *constitución-estatua* y *constitución-viviente*, en razón a que de acuerdo a la primera -denominada también *constitución testamento*- la labor interpretativa debe desarrollarse teniendo en cuenta que la Carta magna es un cuerpo rígido elaborado por el constituyente histórico; y en el segundo caso, se trata de una Constitución dinámica, cuyos normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta los *cambios* sociales, políticos, costumbres y otros de la sociedad en el momento que lleve a cabo la misma.

2.1.2.1. Interpretación inmutable de la Constitución

En este caso la interpretación se la Carta fundamental, se trata de que el intérprete, se comporta como un “albacea”, pues apartarse de los conceptos y criterios que el constituyente tuvo al momento de dictarla significaría *desobedecer* lo ordenado por

este; por eso se dice que; al definir la Constitución ésta tiene dos conceptos contrapuestos entre sí: la primera señala que se trata de un texto inmodificable e incompleto, que no permite una labor interpretativa de la misma, de ahí que, se tenga a la Ley fundamental como *un testamento*, y por tanto se la debe estudiar basado en desentrañar la voluntad del legislador histórico; por eso la doctrina especializada refiere que el intérprete viene a ser *un albacea* de la Constitución; esto es que el texto original se mantiene inmune al tiempo así como a labor interpretativa, “por ende, tras develarse la voluntad del Constituyente, debe procurarse que esta no sea cambiada en modo alguno” (García: 2014: pág. 597).

Este método de interpretación, desde nuestro punto de vista, como también propone un importante sector de la doctrina especializada, no es la más adecuada, en razón de que la vida, la sociedad y el Estado, se encuentran inexorablemente expuestos al cambio por el transcurso del tiempo.

2.1.2.2. Interpretación evolutiva o dinámica de la Constitución

Por otro lado, la doctrina mayoritaria y más difundida en el mundo en relación a la interpretación de la Constitución, señala que dado que desde los inicios de la humanidad, ésta se encuentra en constante desarrollo y los conceptos van cambiando con el transcurso del tiempo, lo que sin duda no es ajeno al Derecho, por ello la interpretación de la misma debe ser evolutiva y dinámica, considerando a esta como Constitución- *viviente*; si se tiene en cuenta que la Ley fundamental, se transforma y recrea continuamente, alimentándose de conductas y conceptos de la sociedad, de sus valores y creencias, que sin duda cambian con el devenir del tiempo, por tanto la Norma mayor, como dice la doctrina autorizada “se reescribe” frecuentemente, de acuerdo al criterio de los jueces, ello está sujeto a la aprobación o rechazo de la sociedad; esto es que ello no implica el cambio continuo de la Constitución, al respecto el profesor argentino nos dice, “no en vano esta escuela recurre a la imagen del (constituyente actual), (el pueblo del presente), como genuino autor de la Constitución (aquel que pudiéndola sustituir, mantiene sin embargo la mayor parte de la obra del constituyente histórico, aunque nutriéndola con nuevas ideas, enfoques distintos y alcances disímiles sobre el contenido de sus preceptos” (Sagües: 1998, pág. 32) (subrayado es nuestro).

Desde nuestro punto de vista, la interpretación que se realiza tomando como base el criterio de *constitución-viviente* es la adecuada, en razón de que la sociedad está sometida a constantes cambios (social, económico, cultural, etc.) y, por lo tanto, los criterios y valoraciones jurídicas también cambian; empero, debemos hacer la salvedad, en el sentido de que ello no significa, como lo señala nuestro autor, el cambio de constitución, sino, *oxigenarla* con nuevas ideas y puntos de vista distintos, esto es que el texto constitucional permanece idéntico, pero su contenido normativo o ideológico varía por voluntad de operador-intérprete.

En este esquema el juez constitucional y el juez ordinario no son más actores pasivos, en su labor importante de impartir justicia y decir el Derecho, antes bien, su actuación en el ámbito jurisdiccional es dinámica, lo que les permite adecuar la norma a los hechos actuales, analizar y *criticar*, una norma e incluso inaplicarla de ser el caso, cuando adviertan que la misma es contraria a los principios y valores previstos en la Constitución.

Este esquema evolutivo, permite al Colegiado –mediante sus sentencias–, reducir, modificar o extender los efectos del precepto que interpreta a situaciones no previstas

por el constituyente, como ocurre con las sentencias interpretativas manipulativas, que más adelante analizaremos.

2.2. El juez constitucional, ¿descubridor o creador de Derecho?

El término descubrir en nuestro idioma, significa –entre otros– *hallar lo que estaba ignorado/conocer algo que se ignoraba* (Lexus: 2000, pag. 286); una pregunta importante que la doctrina se formula es: el juez ya sea constitucional u ordinario, cuando interpreta preceptos legales, cuando resuelve los casos, ¿descubre o crea Derecho?, ello deriva de la acción interpretativa, tanto de la Constitución como de la ley, que aquel hace en sus sentencias; este es un tema muy debatido en la doctrina contemporánea en razón a que existen criterios divergentes; al respecto, el profesor Guastini, con el título de *Construcción jurídica*, nos dice, “en la mayoría de los casos, aquellos que en su momento, he llamado interpretación creativa, consiste en (construir) –a partir de normas explícitas, es decir, normas que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca– una norma implícita no puede ser referida a ningún texto normativo como su significado. Es obtenida a partir de una o más normas expresas, mediante un razonamiento” (Guastini: 2016, pág. 355)

Si bien es cierto que, una vez implementado los Estados democráticos en Occidente, sobre todo desde fines del siglo XVIII, basados en la Constitución política de cada país, así como haberse establecido la división del poder (ejecutivo, legislativo y judicial), el segundo encargado de dictar las leyes y el último como mero aplicador de las mismas; esta separación propuesta inicialmente e implementada por Kelsen, devino insostenible, en razón de que con la puesta en marcha del sistema de justicia constitucional, si bien los jueces –en los casos que conocen–, dictan normas individuales, lo que sin duda no puede llamarse como una creación de derecho; sin embargo, a través de los denominados acuerdos plenarios de la máxima instancia del órgano jurisdiccional se crean normas generales; por otro lado se puede afirmar que igualmente los jueces crean normas generales, ello se da cuando se presentan la lagunas, contradicciones normativas; así como en el caso de lagunas axiológicas, que es aceptada por el propio Kelsen; sin embargo, ella difiere de la creación hecha por el legislador, ello porque las leyes creadas por el legislador obliga a todos en general y principalmente al juez, “en cambio las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general (creada) por un juez en un caso determinado constituye un precedente” (Bulygin: 2003, pág. 8).

En Europa continental de mediados del siglo pasado en adelante, cuando los jueces constitucionales a través de sus sentencias empezaron a crear normas generales, esto es crear derecho, basados en la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica, a este proceso se denominó también como la judicialización del derecho constitucional, por eso se dice que, “esta tarea de creación judicial del Derecho, llegó en el país del Norte a considerarse que la Ley fundamental tiene sustento en principios que el órgano jurisdiccional en el desarrollo de su trabajo obtiene de lo extrajurídico, de su cultura, de sus creencias políticas, de cómo piensan ellos que debe ser la vida social y económica en su país”. (Fernández, 1993, pág. 43)

Consideramos que la labor del juez ya sea constitucional u ordinario a través de la interpretación de la Constitución y la Ley no es la de *descubrir el derecho* mediante sus sentencias, sino *crear* derecho en el buen sentido de la palabra e impartir justicia, dando a cada cual –las partes en un litigio judicial– lo que en justicia les corresponde, con razón se afirma que; mediante las denominadas sentencias atípicas, el Colegiado,

no sólo se pronuncia respecto de la constitucionalidad o no de los preceptos normativos sometidos a examen -como propone Kelsen-; por el contrario diseñan criterios o lineamientos de interpretación, que obliga a todos los poderes y la sociedad en general, “con el objeto de evitar que el vacío jurídico originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada genere una afectación mayor al orden constitucional”. (Salcedo: 2011, pág. 4)

Luego, nuestro autor, se pregunta: “entonces ¿el Tribunal Constitucional legisla a través de las sentencias normativas?”, y responde, “consideramos que no, el Tribunal Constitucional no legisla, ya que no está dentro de sus potestades hacerlo; sin embargo, su jurisprudencia, específicamente la contenida en las sentencias interpretativas, es una fuente de Derecho, sino principal, sí por lo menos complementaria o supletoria de la ley” (Salcedo: 2011, pág. 20).

Es de señalar, sin embargo, que la creación normativa que el legislador lleva adelante es sin duda diferente, en razón de que ésta se inicia con una iniciativa legislativa presentada por un parlamentario que luego es derivada a la respectiva comisión, la que previa evaluación la somete al pleno, para su posterior debate y votación (artículo 105° de la Constitución); en cambio, en el caso de las sentencias interpretativas normativas emitidas por el Tribunal Constitucional, éstas tienen sustento en los fundamentos que el juez desarrolla en la misma sentencia; esto es, la labor interpretativa de la Ley fundamental la desarrolla en primer orden al legislador, y luego el Tribunal Constitucional; empero, esta distancia entre estos intérpretes se acorta, en razón de que el legislador deja de ser un poder discrecional, por su condición de representante del pueblo, y transformarse en un órgano que desarrolla normas constitucionales; a su vez “el Tribunal Constitucional tiende a dejar de ser el órgano que limita o establece el marco jurídico-constitucional, de los poderes del Estado para transformarse en un órgano que realiza una labor creativa de derecho constitucional” (Altuve-Febres, 2010, pág. 161).

Mediante las sentencias interpretativas, normativas (manipulativas) el Tribunal Constitucional, en efecto coadyuva en la creación de normas –en el presente caso de normas sustantiva penales–; al respecto, el destacado profesor español nos dice que, “mediante ellas crea Derecho, innovando el ordenamiento. Esta creación, a diferencia de lo que lleva a cabo el legislador, no procede de simples consideraciones de oportunidad, no es creación libre, sino vinculada pura declaración de un Derecho preexistente” (Rubio: 1988, pág. 38).

Por su lado, el ex magistrado del Tribunal Constitucional y profesor García Toma, respecto de la labor interpretativa que el Colegiado lleva a cabo a través de sus sentencias, nos dice que, “denomínese como interpretación constitucional, al proceso mediante el cual se determina o asigna un sentido a las disposiciones en ella contenidas. Ello con el objeto de fijar su marco preceptivo o el sentido de un comportamiento en relación a esta; vale decir, especificar *in concreto* la prohibición, obligación o autorización, de ejecución de una conducta” (García: 2014, pág. 593).

Esta importante y trascendental labor que el Poder Judicial lleva adelante, está prevista en el artículo 138° de la Constitución, que establece que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial... En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, en concordancia con lo previsto por el artículo VIII del Título Preliminar del Código civil, respecto de la obligación de suplir los defectos o

deficiencias de la Ley, que preceptúa, “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley”.

Es de anotar, igualmente que no es solo el Tribunal Constitucional, quien crea Derecho de carácter general, también lo hace el Poder Judicial a través de sus Salas especializadas cuando emite sentencias casatorias, así como los acuerdos plenarios, expedidas por la Corte Suprema, que tiene carácter vinculante, lo que permite colmar las lagunas jurídicas y hacer efectivo el principio de predictibilidad en nuestro sistema de justicia, ello de acuerdo con los artículos 4° y 116° de la L.O.P.J.

El proceso de constitucionalización del Derecho que a partir de la segunda guerra mundial del siglo pasado se viene desarrollando en el sistema Europeo-continental y más concretamente en nuestro país, lleva consigo el *cambio* en el modo de entender y aplicar la Constitución no sólo como la norma suprema que organiza al Estado, sino sobre todo como norma jurídica a fin de hacer tangibles y efectivos los derechos fundamentales de las personas.

En ese mismo talante, el profesor argentino Néstor Pedro Sagües quien bajo el epígrafe de “la transformación del juez legal en juez constitucional”, nos dice:

No es fácil naturalmente, lograr un cambio de mentalidad en la clase judicial, en el sentido de que el (juez legal) pese a ser operador de la Constitución, máxime cuando el criterio de renovar está hondamente afirmado también en abogados y fiscales, todo ello en un medio generalmente conservador como es el mundo tribunalicio.

No obstante, puede principiarse el operativo transformador reforzando algunos dispositivos ya existentes, para después sumarle otros innovadores; En síntesis, se trata de aclarar que los magistrados judiciales están habilitados para aplicar y para motorizar a una gran cantidad de normas de la Constitución, y que eso en rigor de verdad una tarea optativa para ellos, sino más bien obligatoria.

Distintas constituciones han previsto dispositivos para atacar a la inconstitucionalidad por omisión. Pero aún a falta de cláusula constitucional al respecto, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado que los jueces pueden y deben también actuar para tornar operativo al precepto constitucional programático, siempre que se den estas tres condiciones: a) un lapso prolongado en el ocio legislativo, b) una directriz constitucional clara; c) la posibilidad material de que el juez pueda cubrir en el caso concreto al vacío legal.

En definitiva, es aquí donde se grafica de modo más llamativo la metamorfosis del juez (legal) en juez (constitucional), ya que el magistrado va a decidir la litis (sin) ley, o más todavía, superando el silencio del legislador, haciendo prevalecer a la Constitución por sobre la renuencia de ese legislador en dictar la norma reglamentaria, lo que importa – de algún modo, y para el caso concreto– el desempeño del juez como legislador suplente. (Sagües: 2003, pág. 342 y 343)

En todo sistema de justicia uno de los aspectos más trascendentales es, sin duda, la interpretación de los preceptos legales emitidos por el Legislativo, partiendo de la presunción de que ellas son *claras y precisas*, y que se encuentran contenidas en textos escritos; la actividad interpretativa, por tanto, está referida a que el juez es quien explica, aclara o precisa el contenido de la misma.

Al respecto el profesor español anota que, “hoy en día los teóricos analíticos del derecho, sin demasiadas diferencias entre positivistas y realistas, admiten que la

interpretación participa de la producción de normas, llamando “norma” todo efecto de cada atribución de sentido” (Barberís: 2013, pág. 75).

Es necesario anotar que, en el caso de la creación de Derecho por parte del legislador, ésta tiene su origen en el ámbito político y se inicia generalmente como iniciativa, que luego es derivada a la Comisión respectiva, para después someterse al debate del Pleno, que finalmente determina si ésta se convierte o no en ley positiva; en el caso del Colegiado, se trata de que este enjuicia una ley preexistente, la que es cuestionada en su constitucionalidad a fin de que el órgano contralor se pronuncie al respecto, esto es que; La jurisdicción constitucional tiene por objeto innovar y crear Derecho, ello a diferencia de lo que hace el legislador, no tiene el mismo procedimiento y obedece – como es de entenderse- a aspectos políticos y del momento, por tanto, “ no es creación libre, sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente, cuyo contenido concreto como regla de solución del caso el Tribunal Constitucional”.(Rubio: 1988, pág. 38).

Para esta tarea de interpretar existen diversos métodos, entre ellos el literal o gramatical, el sistemático, el sociológico, el histórico y el teleológico, los cuales señalan qué criterios deben tomarse en cuenta con el objeto de atribuir sentido a los preceptos legales; los métodos de interpretación tienen también la denominación de *tópicos*, esto es de argumentos que gozan de un consenso general preestablecido por la doctrina –sobre todo en la justicia constitucional–, aspecto de mucha importancia desarrollado por la tónica jurídica; al respecto, el profesor español García Amado quien señala que, “el razonamiento jurídico se opera con argumentos que son tópicos o lugares comunes que disfrutan de un consenso presupuesto” (García: 2005, pág. 137).

Es evidente que la labor interpretativa que el juez constitucional desarrolla, no se circunscribe únicamente a “entender” lo que textualmente dice el precepto legal y la Constitución –esquema propio del Estado legislativo de Derecho–, sino que, es tarea fundamental del operador al analizar casos concretos, y *crear* derecho, a través de sus decisiones (sentencias) en base precisamente a los preceptos materia de análisis, desde luego tomando como referencia los principios y valores previstos en la Ley fundamental; al respecto el profesor argentino Rodolfo Luis Vigo, citando a su vez a Lozano, nos dice:

Desde la teoría pura de Kelsen con su irracionalismo, en la elección interpretativa, hasta la teoría herculeana de Dworkin descubridora de la solución correcta para los casos planteados, pasando por el discrecionalismo judicial debilitado de Hart, la nueva retórica de Perelman, la tónica de Viehweg, el arte dialéctico de Willey, el logos de lo razonable de Recasens Siches, la hermenéutica existencial de Gadamer, la prudencia o razón práctica de Kriele, la teoría de controversia de Giuliani, la teoría de la convergencia de Kaufmann, las reglas de discurso práctico de Alexy, la aceptabilidad de racional de Aarnio o la tónica hermenéutica de Müller, cada uno a su modo, rechaza tajantemente la ingenuidad de suponer que el intérprete cuando aplica la norma jurídica, la repite sin aportar nada innovador o novedoso para el ordenamiento jurídico (Vigo: 2004, pág. 26 y 27).

Respecto de la labor creadora de Derecho que el Tribunal Constitucional lleva adelante en esta nueva etapa de constitucionalización del Derecho que se ha dado en Europa continental y también en América latina, se puede decir que; si el concepto de jurisdicción concentrada y el control abstracto se ha fusionado con los criterios del modelo de control difuso y control concreto; si ello es así, es evidente que el concepto de Legislador negativo atribuido al órgano contralor debe ser revisado; ello porque, en las sentencias interpretativas, en las que la disposición legal, mantiene su validez sin

modificación alguna; sin embargo, “informa acerca de cómo debe interpretarse o de qué interpretaciones han de excluirse, revelan una concepción colegisladora de la jurisdicción constitucional” (Prieto: 2013: pág. 30).

2.3. El problema de la inconstitucionalidad, falta de claridad en las leyes sustantiva penales emitidas por el Legislador que son objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional.

2.3.1. La inconstitucionalidad de la Ley.

Se dice que una ley adolece de inconstitucionalidad cuando esta es contraria a la Constitución, ya sea en la forma o en el fondo; esto es, cuando se ha dictado sin observar la formalidad prevista o cuando el precepto contradice a las normas, principios y valores contenidos en ella, en cuya virtud el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inconstitucionalidad de la ley, tal como lo prevé el numeral 1) del artículo 201° de la nuestra Ley fundamental; al respecto, el profesor español Ezquiaga Ganuzas, como concepto de *inconstitucionalidad* nos dice:

Considero que la inconstitucionalidad no es más que un tipo específico de invalidez que toma como parámetro a las normas constitucionales...

De forma paralela a la habitual distinción entre invalidez formal e invalidez material, creo que es adecuado hablar de una inconstitucionalidad formal y otra inconstitucionalidad material en función de cuales sean las normas constitucionales vulneradas: En caso de la inconstitucionalidad formal se trataría de las (meta) normas sobre la producción jurídica (NPJ), es decir aquellas que establecen los diferentes requisitos para la producción de nuevas normas, mientras que la inconstitucionalidad material haría referencia a la incompatibilidad de las normas producidas con cualquier norma perteneciente a la Constitución (Ezquiaga: 1999, págs. 65 y 66).

Por su lado, en relación al tema de la inconstitucionalidad de las leyes; se puede decir que; esta se presenta, cuando se advierte un vicio en la ley, y se presenta generalmente durante la producción de la misma, ello porque el órgano encargado de dictarla infringe los límites impuestos por la Ley fundamental o los denominados principios o valores contenidos en ella, al respecto el profesor Edgar Carpio, nos dice, “un (vicio), así, es el efecto de no repararse las normas constitucionales de carácter formal, material o competencial que disciplinan su proceso de producción jurídica y, por tanto, la (razón) o el (motivo) por el cual el órgano autorizado por el sistema (Tribunal Constitucional, Poder Judicial o ambos a la vez) pueda declarar su invalidez. (Carpio: 2015, pág. 266)

El mismo profesor Carpio, al analizar la inconstitucionalidad de las leyes, respecto de *Los vicios de forma y vicios de fondo o materiales*, de las que estas adolecen, nos dice:

- Como afirma Guastini, el vocablo “forma” condensa en sí mismo un doble significado: por un lado significa procedimiento; por otro, denota todo aquello que resta si se hace abstracción del contenido: se dice pues, que una ley está afectada por un vicio de forma cuando su inconstitucionalidad depende no ya de su contenido prescriptivo (...) sino, del hecho que ésta no ha sido producida según el procedimiento previsto por las normas constitucionales que regulan la creación de la ley.

- Con carácter general, una ley o norma con rango de ley es inconstitucional por adolecer de vicios materiales cuando esta afecta una norma sustantiva de la Constitución. Verbigracia, cláusulas relativas a derechos fundamentales, garantías

institucionales, principios constitucionales, prohibiciones al legislador, etc. Este vicio es calificado por el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución como un supuesto de inconstitucionalidad por el “fondo” (Carpio, 2015, págs. 267 y 271).

Las deficiencias anotadas en el primer caso (de forma) están relacionadas con lo que el profesor Hart llama “reglas de reconocimiento”, en razón de que las reglas que prevén la formación de leyes tienen una jerarquía superior; se trata, por tanto, del desconocimiento que el legislador incurre al momento de emitir las, por ello nuestro autor llama a esta como, “una inconstitucionalidad indirecta” (Hart: 1998, pág. 116); este tipo de vicios se pueden dar por ejemplo cuando el Legislativo, aprueba una ley ordinaria sin haber contado con el quórum reglamentario que el Pleno requiere para sesionar.

Por otro lado, el control de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes o preceptos de igual jerarquía en nuestro sistema es posterior a la emisión y entrada en vigor de las mismas; al respecto el profesor César Landa, señala, “es decir, el control judicial de las leyes que el Tribunal Constitucional lleva adelante, solo se da de manera posterior de la emisión de las mismas y haber entrado en vigencia, esto es luego de haberse publicado en el diario oficial El Peruano”, (Landa: 2007, op. cit. pág. 175)

Existe también un aspecto importante relativo a los vicios de fondo que afectan la constitucionalidad de las leyes, ello se da cuando el Poder Legislativo incurre en lo que la doctrina italiana llama *arbitrariedad*, al respecto, el profesor Martines, citado por el también profesor Edgar Carpio, señala que ello se da:

- a) Cuando, el acto legislativo anide una absoluta ilogicidad, incoherencia o arbitrariedad en su motivación, o cuando entre el acto y los presupuestos que sirvieron para su expedición, exista una evidente e insubsanable contradicción, siempre que incida negativamente en bienes o derechos constitucionalmente garantizados.
- b). Cuando el contenido del precepto legislativo se presenta como irrazonable, respecto a la realización de un fin constitucionalmente establecido.
- c) Cuando el acto legislativo, so pretexto de la discrecionalidad del legislador, no es capaz de satisfacer una evaluación de razonabilidad, de manera que justifique la diversidad de tratamiento efectuado. (Carpio, 2015, pág. 281)

Precisamente estos aspectos son tomados en cuenta por el Tribunal Constitucional para pronunciarse respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes que serán analizadas en el presente trabajo (Capítulo IV) donde analizaremos las sentencias dictadas por el Colegiado; pero sobre todo se analizará los argumentos que este esgrime para emitir este tipo de sentencias, denominadas también *atípicas*.

Finalmente, es el propio Tribunal Constitucional, que precisa cuál es la característica de los procesos de inconstitucionalidad, y señala:

En el fund. Jur. N°3 de STC N° 0001-2002-AI/TC, este Colegiado sostuvo que “a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley trasgrede, por la forma o por el fondo la Norma Suprema. Se trata en principio, de un juicio abstracto respecto de dos normas de diversa jerarquía. Por un lado la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen fuentes sometidas a ese control (STC Exp. n.° 00014-2003-AI, f. j. 21)

2.3.1.1. El proceso de acción popular.

Los orígenes de este instituto procesal se remontan, como señala el profesor García Toma, “hasta el Derecho Romano, así se señala que según el libro 47, Título 23, Ley del Digesto, existía un *actio popularis*, pretorias y penales para amparar los derechos del pueblo” (García: 1994, pág. 37), que tenía por objeto dotar al ciudadano la capacidad de accionar penalmente contra delitos que afectaban intereses sociales.

En el siglo XX en el Perú, esta institución jurídica tuvo por objeto proteger a la ciudadanía de los actos de corrupción en los que eventualmente podían incurrir los jueces y otros funcionarios del Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones, así lo establecía la propia Carta Magna: “artículo 231°.- hay acción popular para denunciar los delitos contra los deberes de función y cualesquiera otros que cometan los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones; también la hay para denunciar los delitos contra la ejecución de las resoluciones judiciales, que cometan los funcionarios del Poder Ejecutivo” (Constitución de 1933).

Luego, en la Constitución de 1979 (art. 295°), se estableció de manera expresa que procede el proceso de acción popular *contra reglamentos y normas administrativas y otras*, por infracción de la Constitución, ya sea de forma o de fondo; en nuestro sistema jurídico vigente (Constitución de 1993), el proceso de acción popular, está previsto en el numeral 5) del artículo 200°, en ella se establece 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”.

Este tipo de procesos es de competencia exclusiva del Poder Judicial, ello de acuerdo con lo previsto por el artículo 85° del Código procesal constitucional.

Pese a los antecedentes ya descritos, esta institución jurídica no ha tenido el desarrollo y eficacia esperada, y es recién con la Constitución vigente de 1993 que se ha dinamizado la misma haciéndola más operativa; si bien esta institución jurídica se inicia con la Carta de 1979, cuya competencia siempre fue asignada al Poder Judicial, las que inicialmente sólo tenían por objeto el control de las acciones del Ejecutivo, lo que ha derivado en la actualidad al control constitucional sobre toda norma reglamentaria dictada por el Estado, incluyendo, como señala el profesor Morón, “sobre la de los gobiernos regionales, los gobiernos locales y demás personas de derecho público, como organismos autónomos, organismos públicos descentralizados, etc.” (Morón: 2014, pág. 361)

2.3.2. Legitimación activa en los procesos de inconstitucionalidad

El artículo 203° de la Constitución, prevé, “están facultados para promover acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República
2. El Fiscal de la Nación
3. El Presidente del Poder Judicial con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.
4. El Defensor del Pueblo
5. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas

6. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado
7. Los Gobernadores Regionales con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia
8. Los Colegios profesionales, en materia de su especialidad.”

Como se puede ver, la Constitución vigente establece de manera expresa quienes se encuentran facultados para promover ante el Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad; esto es qué órganos u organismos públicos, incluyendo desde luego al Poder Judicial, señalándose de manera expresa los requisitos para tal fin; todo ello en concordancia con lo previsto por el artículo 98° del Código procesal constitucional.

2.3.3. Plazo para interponer una demanda de inconstitucionalidad.

La facultad de acudir ante el órgano judicial –en este caso ante el Tribunal Constitucional– e iniciar un proceso de inconstitucionalidad, está sujeto a un plazo o término que el propio ordenamiento prevé, en razón de que ésta posibilidad no puede ser ilimitada, por tanto al establecer un plazo a cuyo término, ya no es posible presentar este tipo de demandas, con ello se busca la seguridad jurídica.

Existe en nuestro sistema de justicia el principio de preclusión, en cuya virtud, al vencimiento de un determinado plazo procesal para ejercer una actividad procesal, ésta fenece y ya no hay forma de actuar para las partes, ni menos que el órgano jurisdiccional pueda actuar motu proprio; sobre este instituto procesal, el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional (ya finado) Ricardo Nugent, nos dice, “Chiovenda ha definido la preclusión como una institución general que tiene frecuentes aplicaciones en el proceso y que consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para el ejercicio de esta facultad en el juicio o en una fase de él” (Nugent: 1953, pág. 85)

En tal sentido, el plazo para interponer una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional es de cinco (5) años a partir de la publicación de la norma cuestionada en el diario oficial *El Peruano*; ello de acuerdo con lo previsto por el artículo 87° del Código procesal constitucional, vencido este plazo prescribe o precluye la acción.

2.4. La falta de claridad y ambigüedad de las que en ocasiones adolecen las leyes penales, así como las lagunas jurídicas que se presentan en el sistema de justicia.

2.4.1. ¿Cuándo una ley adolece de falta de claridad?

El término o palabra claro, y su derivado claridad, como muchas otras en nuestro lenguaje, tiene múltiples acepciones o significados; en el presente caso está referido a la *claridad* que los preceptos legales deben tener en su lectura, para que el juez luego de interpretarlos pueda aplicarlos a los casos judiciales que son de su conocimiento; esto es, que el operador judicial no tendría necesidad de interpretarla; de acuerdo con el Diccionario, la claridad está referida –entre otras– a que algo es *manifiesto* y *evidente* (Lexus: 2000, pág. 225).

Sin embargo, la actividad interpretativa de los preceptos legales es necesaria en todo proceso judicial, así el profesor Ramos Núñez, nos dice: “no existe, en realidad, ninguna norma que escape a la interpretación jurídica por inequívoca que a simple vista parezca, el famoso aforismo latino *in claris non fit interpretatio* (frente a la claridad no se hace interpretación), supone una falacia arbitraria; aún la norma legal, judicial o contractual más clara está sujeta ineludiblemente a la interpretación y a la argumentación” (Ramos: 2004, pág. 38 y 39).

Respecto a este tipo de vicios o imperfecciones que presentan los preceptos legales sujetos a interpretación, las causas o motivos que las provocan; y, requieren la participación del Colegiado a fin encontrar la solución a las mismas, el profesor Pedro Sagüés, citando a su vez al también profesor Lucas Verdú, nos dice:

Un supuesto más complicado es el de las “lagunas constitucionales”, por lo que Pablo Lucas Verdú llama *imperfecciones* del legislador constituyente (desinteligencias, apresuramientos, falta de imaginación, omisiones, etc.), aunque en ciertas ocasiones, tales vacíos son producto intencional de ese legislador, quien no ha querido pronunciarse, por ejemplo sobre algún punto. Además, la aparición de situaciones y hechos nuevos, imprevisibles al momento de dictarse la Constitución formal, provoca también “lagunas históricas” de menos importancia que las anteriores. Una Constitución, por cierto no puede preverlo todo (Sagüés: 1998, pág.54)

Toda ley es por naturaleza abstracta, y prevé conductas y acciones a futuro *–ex nunc–*, desde el momento que se crea en adelante *–y excepcionalmente efectos ex tunc–*. En ocasiones las leyes dictadas por el legislador *–en nuestro caso leyes de Derecho sustantivo penal–*, se encuentran sujetas a errores que se traducen, precisamente, en su falta de claridad, ya sea por un error involuntario, o incluso deliberado del Legislador, o puede tratarse de una deficiencia en su redacción o mal uso del idioma, ello impide al operador judicial aplicar las mismas en los casos judiciales que conocen.

Por tanto, debemos señalar que los preceptos normativos como ya se ha señalado son enunciados que requieren ser interpretados; aquí conviene hacer una distinción con los axiomas, que el Diccionario define como, “Principio evidente, que se admite sin necesitar demostración” (Lexus: 2000, pág. 105).

2.4.2. El vicio de ambigüedad o vaguedad de las normas.

El término ambiguo en nuestro idioma, según el diccionario español *Lexus*, está referido a aquello que *puede admitir diversas interpretaciones* y, por extensión, alude a lo *incierto, dudoso*; en el tema que es materia de la presente investigación está referido a la deficiencia que afecta una ley sustantiva penal, que requiere ser aclarada mediante una sentencia interpretativa o manipulativa del Tribunal Constitucional.

En principio se debe señalar que todo sistema jurídico por naturaleza es indefinido; y por tanto todo precepto normativo es genérico o abstracto, pues prevé una pluralidad de circunstancias o hechos que son aplicados a casos concretos, labor que se encuentra a cargo del órgano jurisdiccional al resolver los mismos; al respecto el profesor Riccardo Guastini, bajo el epígrafe de “la vaguedad de las normas”, nos enseña que:

La indeterminación del ordenamiento se acompaña de la ulterior indeterminación de todas las normas. Toda norma vigente está indeterminada, en el sentido de que no se sabe qué supuestos de hecho caen dentro del ámbito de aplicación. Ello depende de la ineliminable vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural. Se llama

“predicado”, como se recordará a todos los términos que no denotan a un individuo sino una clase (Guastini:2016, págs. 339 y 340).

Se dice que una ley adolece de ambigüedad o vaguedad, cuando, de ellas se puede extraer dos o más significados o interpretaciones igualmente válidas de acuerdo con las reglas de la interpretación jurídica; a su vez éstas pueden ser: literal, sistemática, histórica, sociológica. Por su lado, el profesor y filósofo español Juan García, bajo el epígrafe de “Ambigüedad, Vaguedad, Subsunción” que afectan a las leyes penales, señala:

Decíamos que un enunciado normativo plantea un problema interpretativo cuando no sabemos con total precisión a qué se refiere o, lo que es lo mismo, cuando su referencia no está totalmente determinada. Esta indeterminación o no saber a qué se refiere puede deberse a dos razones principales: a) que haya varias cosas heterogéneas que se denominen así, *copa* por ejemplo, presenta ese problema, pues se denomina así tanto a un recipiente para beber como a una parte de los árboles o a un trofeo que se suele entregar a los ganadores de ciertos torneos. Una norma que dijera [se premiará con una copa al que consiga x], plantea el problema interpretativo de si tal premio consiste en un trofeo, en una valiosa copa para beber... Estamos aquí ante los casos de ambigüedad semántica; b) Que el significado sea único (o que ya se haya sentado cual es el que aquí cuenta), pero que no esté perfectamente delimitado el conjunto de los elementos que caen bajo la referencia del término o expresión en cuestión: Estamos entonces ante un problema de vaguedad (García: 2005, pág. 45 y 46).

Si bien es cierto, que esto último, en ocasiones es producto de falta de capacidad de los legisladores o las deficiencias en su redacción, en otras, sin embargo, son emitidas así de manera deliberada, a fin de que sea el operador quien *interprete y aplique* la norma, lo que igualmente genera incertidumbre en el sistema de justicia.

En ese mismo talante, y haciendo notar que este vicio se presenta en todo sistema jurídico; y que, sin embargo, es el Colegiado el llamado a corregir o subsanar esta deficiencia el ya mencionado profesor Pedro Sagüés, citando jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, nos dice:

Un aspecto más que abona al problema de la ambigüedad en el sistema normativo es la falta de precisión, la deficiente redacción, y como no el inadecuado uso de la gramática, así como los defectos en la transcripción de los preceptos normativos; en estos casos la interpretación gramatical debe ceder a fin de que la misma se lleve a cabo teniendo en cuenta el contexto, esto es, los preceptos normativos constitucionales relacionados al caso concreto, cuya duda se pretende aclarar; “la Corte Suprema de los Estados Unidos, en “Virginia vs. Tennessee”, por ejemplo otra es hacer uso a (auxilios extrínsecos), como dijo el mismo Tribunal en “Mc Pherson vs Blacker”, o sea la voluntad del autor de la Constitución” (Sagüés: 1998, pág. 68).

El problema de la ambigüedad en las leyes penales es una deficiencia que da origen o permite que el Poder Judicial en muchas ocasiones –apelando a la independencia de criterio del juez en la interpretación de las normas–, resuelva casos idénticos de manera diferente y hasta contradictoria por distintos jueces del mismo nivel, cosa que ocurre en nuestro medio incluso en la Corte Suprema, creando desconcierto e incertidumbre jurídica en la sociedad; a su vez, se debe advertir que al existir numerosos órganos jurisdiccionales sobre todo en el primer y segundo nivel de la judicatura, lo que da lugar a pronunciamientos dispares o contradictorios respecto de un mismo caso, esto es criterios distintos, al respecto el profesor Figueroa nos dice, “frente a ello, apuntar hacia una mayor predictibilidad es una tarea inaplazable de los

órganos superiores respecto de los cuales, los Plenos Jurisdiccionales representan un primer paso de coincidencia de posiciones”. (Figuroa: 2014, pág. 23).

En efecto, consideramos necesario precisar que la Corte Suprema de Justicia igualmente a través de sus Plenos Jurisdiccionales y Acuerdos Plenarios en diversas ramas del Derecho (penal, civil, laboral, etc.) establece criterios interpretativos de los preceptos normativos que así lo requieren, ello con el fin de uniformizar y lograr la predictibilidad en nuestro sistema de justicia.

2.4.3. ¿Cuándo se presentan las lagunas jurídicas?

Una laguna jurídica, se presenta cuando el operador judicial encuentra un defecto o vacío normativo respecto de un caso concreto que requiere una norma aplicable al caso y esta no se encuentra prevista en el sistema de justicia, éstas pueden ser normativas, técnicas y axiológicas; al respecto el profesor Riccardo Guastini, citando a su vez a G.B. Ratti, nos dice:

Las lagunas son frecuentemente presentadas en la literatura como un (peculiar) problema de interpretación. No obstante, bien entendidas, las cosas no son exactamente así.

El problema sobre si hay y cuál es la norma aplicable al caso es un problema de interpretación textual (interpretación en abstracto) y/o de subsunción del supuesto de hecho concreto bajo un supuesto de hecho abstracto (interpretación en concreto). Un problema como este puede ser resuelto de dos maneras: decidiendo que el supuesto de hecho en examen cae bajo el ámbito de aplicación de una determinada norma, o decidiendo que no hay ninguna norma aplicable a tal supuesto de hecho concreto. En un caso, el derecho no presenta ninguna laguna, en el otro, por el contrario, el derecho se revela como lagunoso. Frecuentemente, ambas decisiones son practicables (persuasivamente argumentables), siendo el intérprete quien decide si hay o no laguna. (Guastini: 2016, pág. 344)

Existen circunstancias en que el juez se ve ante un hecho que no está previsto de manera concreta en la normativa –laguna jurídica–; frente a ello, sin embargo, el juez está obligado a resolver el asunto controvertido, en este caso, como señala el profesor norteamericano, “la ley no puede decir nada porque la decisión institucional pertinente sólo estipulaba pautas vagas... Entonces, al juez no le queda ninguna otra opción que ejercitar la discreción de hacer una nueva ley llenando vacíos allí donde la ley permanece en silencio y haciéndola más precisa allí donde es vaga” (Dworkin: 1988, pág. 20)

Debemos señalar que se presume que todo sistema jurídico es pleno (principio de plenitud), esto es, que toda circunstancia o actividad humana está prevista en la ley, y por tanto existe una respuesta jurídica al respecto, esto es, que no existe laguna jurídica; estas no existen, en razón de que cada cual puede actuar según su criterio, cuando su comportamiento no está previsto en el Derecho, es decir, el orden jurídico garantiza esa libertad, en razón de que la normativa no determina cómo debe conducirse una persona, sino también permite hacer o no aquello que no está prohibido, “por consiguiente el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio. (Kelsen: 1996, pág. 135)

Al respecto, los profesores argentinos señalan que: “Kelsen, incurre en una falacia motivada por la ambigüedad de la expresión [permitido]; si la palabra es empleada en el sentido [no prohibido] sería cierto que en todo sistema está implícito este principio,

o sea todo sistema sería [cerrado], pero ello no es así” (Alchourron y Bulygin: 1998, pág. 174)

Los mismos autores refieren que existen *laguna axiológica* y *laguna normativa*; la primera está referida aquella que está contemplada en el ordenamiento jurídico pero cuya solución no aparece como “*justa*” es una “*mala*” solución; y, la segunda, cuando una situación no contemplada en el ordenamiento jurídico, esto es, hay un “*vacío*” legal y no hay una solución normativa para un caso concreto.

Respecto de la plenitud del sistema jurídico, el mismo profesor italiano ya mencionado nos enseña que: “los legisladores frecuentemente prevén la existencia de lagunas y prescriben a los jueces técnicas para colmarlas; los juristas y los jueces cotidianamente denuncian –y colman– lagunas (en verdad, normalmente axiológicas)”. (Guastini: 2016, pág. 351).

En la eventualidad de que el juez, se niegue resolver un caso concreto, alegando la presencia de una *laguna* jurídica, ello evidentemente conlleva una responsabilidad de parte del citado funcionario, en razón de que él está obligado a colmar estas deficiencias, ello de acuerdo a lo previsto por numeral 8) del artículo 139° de la Constitución, que estipula como principio: “el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”; en concordancia con lo previsto por el artículo VIII del Título Preliminar del Código civil, que establece: “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho, y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”; más ilustrativa aún, es lo previsto por el 1.2 del Código civil suizo, que estipula, “en los casos no previstos por la ley, el juez decide según la costumbre y, a falta de esta según la regla que adoptaría como legislador”.

Ello revela la importante y trascendental labor interpretativa que desarrolla el juez ordinario o constitucional al momento de resolver los conflictos –en este caso–, cuando se presentan las denominadas *lagunas* jurídicas.

La doctrina especializada, señala que se puede clasificar a las lagunas jurídicas, tomando en cuenta; El realismo así como empirismo; para la primera se trata de que la existencia de la lagunas jurídicas, es la imposibilidad de que el legislador pueda prever las nuevas consecuencias o hechos que en la vida social se presenta en lo jurídico; y la segunda, sostiene que no existe laguna jurídica, en razón de que todo lo que no está prohibido, está permitido, los autores de esta propuesta, refieren que, “es posible alcanzar la plenitud jurídica, si se recurre a la pluralidad de normas”, (Vanossi: 2000, pág. 505).

Desde nuestro punto de vista, creemos que no es posible negar que con frecuencia se dan circunstancias no contempladas en la ley, ello porque es imposible que el Legislador pueda prever todas las situaciones que se presentan y, sobre todo, por los cambios sociales, económicos, culturales, etc. que en toda sociedad se produce, a esta clase de lagunas la doctrina las denomina *normativas*; y, también se presenta el hecho de que existen situaciones que, si bien están previstas en el sistema jurídico, sin embargo ésta es considerada “*injusta*” y en cuyo caso el juez debería inaplicarla, este tipo de laguna es la llamada *axiológica*.

Como se puede apreciar, las lagunas jurídicas se presentan en todos los niveles de la normativa que forma un sistema jurídico, por eso se dice que; cuando estas se presentan en el plano constitucional, se requiere una mayor labor creativa del juez, en

razón de que al no poder dejar de resolver un asunto controvertido puesto en sus manos, deberá recurrir a crear el precepto legal faltante, poniendo en práctica el principio de integración, lo que en puridad no es interpretación, al respecto el profesor argentino nos dice, “en estas circunstancias, el juez actúa como constituyente suplente; por otro lado el órgano jurisdiccional al resolver los casos, tendrá que adaptar nuevos criterios a la Constitución, tomando en cuenta los cambios sociales, creencias y otros que son propias de toda sociedad”. (Sagües: 1998, pág. 38)

En ese mismo talante el profesor y filósofo español Javier Ezquiaga con relación a las lagunas jurídicas, citando al profesor italiano Norberto Bobbio y A. Peczenic, nos dice que: “una laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado una regla a la que el juez pueda referirse para resolver un conflicto que tiene planteado. Lo característico de las lagunas es por tanto que un caso no está regulado por el derecho, debiendo estarlo, es decir, no caben lagunas en abstracto, la laguna está siempre referida a un problema jurídico concreto, al que el ordenamiento no da respuesta. (Ezquiaga: 2017, pág. 43 y 44)

Con lo anotado, es claro que la plenitud del sistema jurídico es un ideal que no es posible de alcanzar, porque el Estado a través del legislador tampoco puede prever ni reglamentar todas las conductas y circunstancias que se presentan en el devenir de la vida social.

La importante labor interpretativa que el Colegiado constitucional desarrolla a través de las sentencias que analizamos no sólo está referida al sentido de estas, es decir, a cómo deben entenderse y aplicarse disposiciones legales a casos concretos para ser conformes con la Constitución; sino, que el órgano constitucional también cumple una labor integradora, en razón de que con dichas sentencias pueden colmar las denominadas *lagunas* jurídicas que siempre se presenta en todos sistema jurídico.

Respecto de la falta de plenitud que todo sistema de justicia adolece, el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional García Toma cita lo señalado por Puig Brutan, quien nos dice, “si la ley fuese completa aunque no expresara con claridad, su interpretación bastaría para resolver todas las cuestiones que pudieran presentarse. Pero como no puede alcanzar la perfección, ni puede haber tenido el don profético de anticiparse a todas las posibilidades del futuro, no hay duda de que su insuficiencia no tardaría en manifestarse y que sea necesario integrar el ordenamiento jurídico” (García: 2005, pág.181)

2.5. El Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad de las leyes

2.5.1. Facultades del Tribunal Constitucional para emitir sentencias interpretativas, normativas (manipulativas).

En principio debemos señalar que, es el Poder legislativo, quien tiene entre sus facultades y atribuciones dictar leyes, ello de acuerdo a lo previsto por el numeral 1) del artículo 102° de la Constitución; entendiéndose, por tanto, que es este poder del Estado por ser el representante directo del *soberano*, cuya voluntad se ve traducida en sus leyes; sin embargo, como se viene desarrollando en el presente trabajo, algunos preceptos normativos –en nuestro caso leyes sustantivas penales–, son contrarias a la Ley fundamental, son oscuras o se presentan las lagunas jurídicas; es en este escenario que el Tribunal Constitucional emite sus sentencias interpretativas normativas.

En este punto conviene formularse cuando menos dos preguntas: 1) ¿es el Tribunal Constitucional el llamado a subsanar estas deficiencias? (y en tal caso ¿cuál es la norma Constitucional que lo faculta?); y 2) ¿son estas sentencias una respuesta adecuada al problema?

En efecto, el artículo 201° de nuestra Carta fundamental, prevé que, *El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución*; esto es que, no existe un mandato expreso que faculte al Colegiado a dictar las sentencias interpretativas normativas, teniendo en cuenta que, una vez publicadas en el diario oficial *El Peruano* éstas forman parte de nuestra legislación y son de obligatorio cumplimiento (artículo 204° de la acotada).

Si bien es cierto, como se ha señalado, en la Constitución no existe un mandato expreso que faculte al Colegiado a emitir dichas sentencias, también lo es que ellas derivan como facultades implícitas de la precitada norma; así, el profesor argentino nos señala que, “las sentencias interpretativas y la facultad del TC de supremo y definitivo intérprete de la Constitución, aún cuando no reguladas expresamente, son expresión de los denominados (poderes implícitos), (poderes inherentes) o también llamados (poderes esenciales) del TC en su tarea de control” (Sagüés: 1996, pág.106)

Este criterio, que en Europa continental se ha venido desarrollando a partir de la segunda mitad del siglo pasado, superando el criterio propuesto por Kelsen, de que el Tribunal Constitucional sólo debía actuar como legislador negativo, sin embargo ello ha cambiado con el proceso de constitucionalización del Derecho que se ha dado en el citado Continente, así la doctrina contemporánea señala que, el Colegiado también asume la función de legislador positivo; así el profesor español Eliseo Aja, nos dice: “hace tiempo que los Tribunales Constitucionales han abandonado en gran medida la función de legislador negativo, asumiendo tareas, claramente positivas, de creación de normas. En la literatura especializada de todos los países existen diversos trabajos monográficos sobre los Tribunales Constitucionales como creadores de Derecho” (Aja: 1998, pág. 259)

Como ya lo hemos señalado *supra* (1.1.2.2. control judicial de las leyes), el control constitucional se inició con el célebre caso *Marbury vs Madison*, cuando, en el año 1803, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica instituyó este mecanismo procesal, pese a que en su Constitución no existía un mandato expreso para ello. Esto fue asimilado por muchos países tanto en Europa como América Latina y desde luego en el Perú; por ello, el profesor norteamericano Mark Tushnet nos dice: “la Constitución de los Estados Unidos no da expresamente el poder del *judicial review* a las Cortes; parece que la mayoría de aquellos que participaron en la formación de la Constitución habían asumido que las cortes debían tener tal poder; el *Chief Justice* Jhon Marshall dedujo la existencia de tal poder a partir de la cláusula de supremacía de la Constitución” (Tushnet: 2013, pág. 76).

Cuando el Tribunal Constitucional emite las sentencias interpretativas, normativas (manipulativas), desarrolla una doble labor (jurídica y política); en efecto, por un lado en lo jurídico, se trata de un acto jurisdiccional de interpretación e integración, creando por tanto preceptos jurídicos (Derecho) que luego se integraran a nuestro sistema; y, por otro se trata de un acto político, en razón de que se trata de un acto público que tiene que ver con lo político respecto de la labor de administrar o impartir justicia por parte del Estado.

Al respecto, el ex magistrado del Tribunal Constitucional García Toma, citando a Bachof, dice: “considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; el juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez”. (García: 2005, pág. 177)

De otro lado, el acto de anulación de una norma que el Colegiado lleva adelante, debe entenderse como decisión constitutiva, no meramente declarativa; es decir, el conflicto que surge entre la Constitución y la ley, no la hace a esta nula de pleno derecho, sino anulable, por ello es que las sentencias del Colegiado –legislador negativo–, es eficaz –o tiene efectos– desde el día siguiente de publicarse la misma en el diario oficial *El Peruano* (artículo 204° de la Constitución) no tiene carácter retroactivo; esta necesaria e importante relación entre jurisdicción constitucional y la ley, en ocasiones pone al órgano jurisdiccional como oponente del legislador que algunos autores como Capelletti, ha denominado *mighty problems*, referido a su legitimidad, así como los límites del juez constitucional, “pese a que en la actualidad se ha superado aunque hoy en día se encuentra superada la polémica sobre establecer si se puede denominar como acto jurisdiccional el hecho de que en este tipo de sentencias, no se enjuician hechos sino preceptos normativos, cuyos parámetros son precisamente normas constitucionales”. (Rubio: 1988, pág. 12)

En esa misma línea de pensamiento, respecto de la facultad que el Tribunal Constitucional posee para dictar sentencias no sólo en procesos relacionados con la libertad (*habeas corpus* y amparo), sino también en los procesos de control judicial de las leyes, el profesor Sosa Sacio, nos dice que:

La propia Constitución le asigna al Tribunal una labor interpretativa de fundamental importancia, por todos reconocida y que recientemente lo ha llevado a dictar sentencias de contenido atípico, esto es, que no declaran fundado o infundado el recurso, sino que dan sentido o contenido a la norma mediante su interpretación. Empero, pese a la importancia fundamental de su interpretación, es conveniente precisar que no encontramos entre las disposiciones de nuestra norma fundamental –tampoco en el mercado jurídico comparado– alguna que lo habilite a interpretar, creando disposiciones-normas, pues en el modelo del Estado Constitucional contemporáneo, como es de común, dicha función compete en primera instancia a los Congresos nacionales o Parlamentos (Sosa: 2004, pág. 91).

La facultad de garante de la Constitución que el Tribunal Constitucional posee en nuestro sistema de justicia emana de la primera, (artículos 201° y 202° numeral 1), en concordancia con lo previsto por el artículo 2° de su Ley Orgánica, Ley N° 26435; la importante y trascendental tarea del control judicial de las leyes por parte del Poder Judicial ha tenido sus orígenes en los Estados Unidos de Norteamérica en el año 1803 como ya se tiene dicho en el punto 1.1.2.2 -supra-, con el célebre caso *Marbury vs Madison*; aspecto que en Europa continental se desarrolló un siglo después, por eso se dice que; los cambios en lo social y político de inicios del siglo XX propiciaron la necesidad de introducir cambios en lo jurídico y político al Estado liberal, en uno cuyo objeto es el de bienestar; con ello cambió el clásico concepto de división del poder -característico del Estado de Derecho de ese entonces-, por el control judicial de las leyes y sobre todo el nuevo concepto de cooperación de los poderes y como no la ampliación de los derechos fundamentales incorporando a ellos los denominados derechos sociales, que se dieron con las constituciones de México y la Constitución de Weimar (Alemania) de 1917 y 1919 respectivamente, “creando así la necesidad del

control y balance entre poderes –*check and balance*– propio del Estado administrador del bienestar”. (García: 2014, pág. 57).

Esta trascendental e importante función del Tribunal Constitucional en nuestro sistema de justicia se hace tangible a través de sus sentencias interpretativas y manipulativas, denominadas sentencias *de principio*, que resuelven y dan una respuesta jurídica, frente a leyes cuya ambigüedad requiere de una adecuada interpretación y en otras cuando estas son contrarias a la Constitución, tal como señala el profesor César Landa cuando dice, “ellas, integran la jurisprudencia en la medida que interpretan, colman los vacíos y forjan precedentes vinculante” (Landa: 2010, pág. 37).

Es importante precisar que, aún cuando este tipo de sentencias es cuantitativamente menor si se toma en cuenta otros procesos constitucionales referidos a la libertad y a otros derechos –como es el caso del habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento–, sin embargo, en ambos casos el órgano colegiado a través de sus sentencias desarrolla una labor interpretativa de la ley y la Constitución.

El tema de la interpretación constitucional es sin duda un aspecto muy importante de la Teoría constitucional, debido a que esta labor está ligada a la prevalencia del principio de supremacía de la Constitución, la defensa de los derechos fundamentales, los pesos y contrapesos entre los poderes, los límites de estos y, sobre todo, el control constitucional de las leyes.

La labor interpretativa que el Colegiado lleva adelante en este tipo de sentencias consiste en la calificación que hace tomando como referencia las normas constitucionales referidas al caso y el precepto infraconstitucional cuestionado sometido a examen, y luego de la valoración cualificada que hace, resulta la interpretación (sentencia), que a criterio del órgano contralor resulta ser la idónea y por tanto señala cómo debe interpretarse; este tipo de interpretación que el Colegiado realiza a través de sus sentencias, son hechas desde la Constitución, esto es tomando como referencia los principios y valores contenidos en ella, como es sabido, varias fuentes de interpretación, entre ellas está sin duda la que hace el legislador como creador de preceptos normativos, un órgano ad hoc cuya misión es la interpretación de la Ley fundamental, al respecto, el profesor polaco nos dice “2) el caso más interesante, consiste en la interpretación constitucional efectuada por el órgano estatal que controla la constitucionalidad de las leyes” (Wroblewski: 1985, pág. 33)

Empero, un sector mayoritario de la doctrina –opinión con la que compartimos–, señala que, con la emisión de este tipo de sentencias el Colegiado en realidad coadyuva en la formación de leyes y desarrolla sin duda una labor paralegislativa, pues con ellas se establece la correcta interpretación de los preceptos normativos, así como se determina si éstas son conformes con la Constitución; en tal sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado:

Ciertamente, todos interpretamos la Constitución (los ciudadanos cuando ejercitan sus derechos, el Poder Legislativo cuando legisla, la Administración y el Poder Jurisdiccional en los diferentes casos concretos que deben resolver, etc.). Sin embargo, tal norma suprema ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138º: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva, como Supremo Intérprete de la Constitución se encuentre el Tribunal Constitucional (artículo 201º: el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, artículo 204º: la sentencia del Tribunal que declara la

inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto, entre otros).

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución” (STC Exp. n.º 0005-2007-AI, ff. jj. 25 y 26)

La labor interpretativa que el Colegiado lleva adelante con este tipo de sentencias, no sólo está referido a la correcta y adecuada interpretación de las mismas –conforme a la Ley fundamental–, sino que, además, representa una labor creativa de la misma, en razón de que (sobre todo en el caso de las sentencias manipulativas) se suprime, adiciona o sustituye el texto o la norma; esto es resaltado por el profesor alemán Konrad Hesse, quien nos dice, “la interpretación constitucional tiene carácter creativo, en la medida en que el contenido de la norma queda completo con su interpretación” (Hesse: 1992, pág. 41).

Finalmente, respecto de la facultad que el Tribunal Constitucional posee para dictar las sentencias interpretativas manipulativas normativas, si bien la doctrina constitucional mayoritaria, así como el propio Colegiado, señalan que dicha facultad son en realidad “poderes implícitos” y “poderes especiales” como lo señalan los profesores Sagües y Aja *supra* –y que derivan, en nuestro caso, del artículo 201º de la Constitución–.

Ello, porque existe el cuestionamiento de un sector minoritario de la doctrina, así como algunos parlamentarios (cfr. El Proyecto de ley n.º 14321-2005-CR, descrito en el numeral 2.5.2), respecto de la “falta” de norma constitucional expresa que faculta al Colegiado para emitir este tipo de sentencias; frente a ello, proponemos la reforma parcial de la Carta fundamental, con la finalidad de que en el citado artículo se consigne de manera expresa esta facultad del Tribunal Constitucional.

2.5.2. Límites del Tribunal Constitucional en la emisión de las sentencias interpretativas.

El Tribunal Constitucional, es un órgano político constituido, cuyas facultades y prerrogativas están previstas en la Carta fundamental, en cuya virtud ejerce el control judicial de las leyes o *judicial review* en el sistema anglosajón; sin embargo, esta facultad no es ilimitada, pues existe el riesgo de que el Colegiado excediendo sus facultades incurra en la emisión de sentencias precisamente contra los valores y principios previstos en la Constitución o sentencias arbitrarias, lo que evidentemente afectaría el sistema de justicia; ello implica el riesgo de que los jueces constitucionales excedan sus atribuciones, por lo que en nuestro sistema, existen límites a esta importante labor desarrollada por el juez constitucional, en razón de que éste no sólo es el interprete autorizado, sino el *guardián* de la Constitución, pues se trata de un poder constituido; ahora bien, el aspecto trascendental de los límites que el juez constitucional tiene en su labor interpretativa, está referido a su condición de intérprete final de la Ley fundamental, esto es establecer hasta dónde alcanza la supremacía normativa e ideológica de la misma, “en otras palabras, es - al mismo tiempo- el custodio de la Constitución, y quien dice en última instancia qué es lo que dice la Constitución; en ese contexto la tentación del desborde puede ser muy seductora, y algunas veces casi irreprimible”.(Sagües: 1998, pág. 43).

Es indudable que actualmente la democracia –cuya característica es el límite del poder– frente al poder absoluto de antaño, tiene también como elemento esencial el principio de legalidad, criterios que sin duda también alcanzan al Órgano contralor de la Constitución; así, el profesor Luigi Ferrajoli, con el epígrafe de “Garantismo y poderes salvajes”, citando a Aristóteles, nos dice:

Toda historia moderna del derecho puede ser leída como la historia de esta larga y difícil obra de minimización del poder, de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, que es “el gobierno de la razón”, escribía Aristóteles, mientras el gobierno de los hombres inevitablemente “añade un elemento animal, pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres”. El cambio de paradigma del derecho que se ha producido con el paso del derecho premoderno al moderno es precisamente el de la afirmación del principio de legalidad como fuente de legitimación de todos los poderes mediante su subordinación a la ley... de suerte que en las actuales democracias constitucionales no existe poderes soberanos o absolutos (Ferrajoli: 2000, pág. 123 y 124)

Este fenómeno –denominado activismo judicial– ha ocurrido y ocurre tanto en la justicia constitucional bajo el ámbito del *Common Law*, como en el sistema Europeo continental al que pertenecemos; por ello, la doctrina autorizada en ambos casos, refiere que, en efecto, es posible que en algún momento la justicia constitucional pueda exceder los límites de su accionar (en sus sentencias) en perjuicio de la propia Constitución, lo que requiere de un contrapeso o control como lo hemos señalado en el párrafo precedente. Por ello, el órgano contralor de la constitucionalidad de las leyes posee límites que derivan de la Ley fundamental; aquellos se encuentran como principios contenidos en esta última, son intangibles y por tanto no es posible su reforma, ellas también son denominadas cláusulas pétreas, “la razón de existencia responde a factores históricos o a que el poder constituyente decidió subrayar cuáles son los principios fundamentales, materiales esenciales o supremos, como se les quiera denominar, sobre los que descansa todo el orden constitucional” (Carpizo: 2009, pág. 60).

Sin embargo, es necesario señalar que en este proceso de constitucionalización del Derecho que se ha dado tanto en el sistema del *Common Law* como en el Europeo continental, se ha presentado el activismo judicial, o lo que también la doctrina señala como la *juristocracia*, en la que eventualmente pueden incurrir los jueces constitucionales, es decir, cuando se exceden en sus facultades, lo que de por sí no es conveniente para la justicia constitucional; por ello la crítica está referida a propiciar la existencia de un Poder Judicial fuerte, cuya característica siempre debe ser su independencia, libre de influencias políticas o de otra índole que se presente, “de hecho un Supremo Tribunal Federal es un espacio indispensable para extender la vida mínimamente saludable de los regímenes de democracia constitucional como Brasil y que, por un lado, no puede prescindir de una crítica constructiva cuando sea necesario, no puede ser víctima también de un discurso extremista. (Abboud: 2019, pág. 119) (el subrayado es nuestro).

El control judicial de las leyes que la justicia constitucional realiza dentro de todo Estado constitucional y democrático de Derecho tiene su origen en la figura del *judicial review* del sistema del *Common Law*; en ocasiones ella puede –como en efecto ocurre– llevar a los jueces a un activismo judicial, es decir, exceder eventualmente los límites en sus decisiones, esto es contra los principios y valores contenidos en la Constitución; frente a ello, existe como contrapeso un mecanismo jurídico denominado *self-restraint*, que no es otra que la moderación judicial o

llamado también autocontrol de los jueces constitucionales a fin de que las decisiones que tomen no excedan los límites que la ley fundamental les impone dada la trascendencia política y judicial que sus decisiones tienen en la sociedad; es difícil establecer una línea divisoria entre activismo e hiperactivismo, situaciones que se presenta cuando el juez constitucional con ocasión del control judicial de las leyes desarrolla incurre en alguno de ellos; ello ocurre y sobre todo respecto del segundo, cuando el órgano contralor desarrolla una defensa que denota un empeño mayor que el requerido, pero sobre todo sin la debida motivación de los supuestos jurídicos que dice proteger; al respecto el profesor Figueroa, nos dice, “aquí estamos frente a un escenario en el cual es excesiva la actuación de la justicia constitucional y su manifestación más clara es la invasión de espacios en los cuales no corresponde actuar a la justicia de los derechos fundamentales”. (Figueroa: 2017, pág. 616)

Superado los sistemas políticos cuyo poder absoluto (legislativo, ejecutivo y judicial) se encontraba en manos de una sola persona o de una casta, como era el caso de las monarquías absolutas, cuyo dominio no sólo se circunscribía a su ámbito territorial, sino a sus colonias, caso de Gran Bretaña, España, Francia, Portugal entre otros, y luego de las revoluciones, principalmente de los Estados Unidos de Norteamérica y Francia, 1787 y 1789 respectivamente, se implementó el sistema democrático o gobierno del pueblo –soberano–, quien debía dictar sus leyes a través del Legislativo; administrar y conducir el Estado a través del Ejecutivo; e impartir justicia a través del Poder Judicial.

El Colegiado en el caso *Tineo Cabrera*, respecto de los límites de su actividad interpretativa, señaló: “en un Estado Constitucional de Derecho no existen (ni pueden auspiciarse) zonas exentas de control constitucional, más allá de aquellas que la propia Constitución puede haber establecido con carácter excepcional” (STC Exp. n° 1230-2002-HC, f. j. 15)

Sin duda, el poder que la Constitución le ha otorgado al Colegiado como supremo intérprete de la misma, y teniendo en cuenta que sus sentencias, una vez publicadas en el diario oficial *El Peruano*, tienen efectos jurídicos *erga omnes*; es decir, tienen la misma fuerza que una ley emitida por el Legislativo y, por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento; en la práctica, ocurre que esta facultad puede ser mal utilizada, producto el activismo desmedido del juez constitucional o de sentencias arbitrarias que rebasen los límites que la propia Carta magna impone; es decir las sentencias podrían responder no a los intereses de justicia que la sociedad espera, sino a intereses particulares (políticos, económicos u otros) o del gobierno de turno, con lo que se desnaturalizaría tan importante labor del Colegiado.

Otro modo de control de las sentencias dictadas por el Colegiado es el que hacen los tribunales supranacionales de los que el Perú es parte por haberse sometido a dicha jurisdicción de manera voluntaria; también está el control que la sociedad, en general, ejerce sobre los fallos del órgano contralor; y, cómo no, la crítica que la doctrina especializada y los profesores universitarios de Derecho constitucional hacen a la misma, así lo prevé el artículo 206° de la Constitución, que establece: “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

Tan importante actividad que el Colegiado desarrolla precisamente a través de sus sentencias, tanto en las denominadas sentencias típicas (procesos referidos a la libertad), como las denominadas atípicas (sentencias interpretativas normativas), sin

duda tiene límites que eventualmente pueden ser *sobrepasadas*, lo que evidentemente devendría no sólo inconstitucional sino, perjudicial para el sistema de justicia; los límites en la labor interpretativa que el juez constitucional lleva adelante a través de sus sentencias (atípicas), se halla en la propia Ley fundamental, que prevé situaciones no previstas de manera expresa, ello se da cuando luego de hacer un análisis lógico de la norma, y establecer que esta contradice la Constitución; es decir, el Derecho no escrito, no puede contradecir a la *constitutio scripta*, en razón de que ésta es el límite en su labor interpretativa, al respecto el profesor alemán nos dice, “la existencia de ese límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución... allí, donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla”. (Hesse: 2012, pág. 70)

Es importante señalar que siempre existe el riesgo de que los jueces constitucionales eventualmente puedan sobrepasar los límites impuestos por la Constitución en su labor interpretativa; por ello, -como sostiene la doctrina especializada-, es necesario el autocontrol que el mismo órgano contralor está obligado a poner en práctica, denominado *self restraint* en el sistema Anglosajón; generalmente el Colegiado en sus sentencias interpretativas se pronuncia por mantener o conservar la norma impugnada que es sometida a juicio, por tanto, con la *corrección* o aclaración que sobre ella hace el órgano contralor permite que la misma se mantenga en el sistema jurídico, ello -como es lógico-, impide que el legislador vuelva a pronunciarse al respecto, en ese talante el profesor López nos dice, “nótese que uno de los riesgos del exceso en la interpretación conforme –como forzar el significativo de la norma legal examinada haciendo decir al legislador lo que no dice– implica, además de una alteración de significados propiciada por el Tribunal Constitucional, *una reducción de oportunidades para que el legislador se pronuncie de nuevo...*”. (López: 2017, pág. 391 y 392).

El activismo judicial que se presentó dentro del *judicial review* ha sido un fenómeno que se presentó en el siglo XIX en el constitucionalismo norteamericano, al que se opuso el denominado *judicial self-restraint*; esto es, el primero referido a la prerrogativa y por tanto capacidad de anular leyes dictadas por el Legislativo por parte del Poder Judicial; y por otro, la necesidad de respetar los límites de la división o separación de poderes en todo Estado constitucional y democrático de Derecho.

Se puede señalar que, en el caso de nuestro Tribunal Constitucional, desde su restablecimiento –luego del autogolpe de 1992–, no se ha demostrado un exceso o *desborde* en la emisión de sus fallos, aunque no se puede negar que ha existido fallos que luego han sido cuestionados por adolecer de una inadecuada o deficiente motivación e incluso no haberse pronunciado sobre casos que deberían haberlo hecho; una característica de las democracias estables en el mundo actual, es precisamente la autolimitación judicial; sin embargo, éste no debe ser rígido y debe aplicarse de acuerdo al caso concreto, así el profesor César Landa, nos dice, “en todo caso, se debe recordar siempre que el Tribunal Constitucional es un organismo constitucional del Estado, que contribuye con su jurisprudencia al desarrollo social del país; bajo este postulado, la justicia constitucional juega un rol político, dado el impacto de sus decisiones constitucionales en los procesos político, económico y social.” (Landa: 2007, op. cit. pág. 807)

Los efectos y trascendencia de las sentencias interpretativas y manipulativas emitidas por el Tribunal Constitucional, sobre todo cuando este declaró inconstitucional algunas leyes emitidas por el Legislativo, durante el gobierno del Ing. Alberto

Fujimori –como era de esperarse– generaron en algunos congresistas el desmedido celo frente a ello, pues consideraron que el Colegiado no sólo había excedido sus atribuciones, sino que *invadía* prerrogativas propias del Legislador; fue por ello que, entre los años 2005 y 2006, algunos congresistas, con el objeto de *delimitar* sus facultades, presentaron el denominado “proyecto de Ley N° 14321-2005-CR Ley para garantizar el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad”, donde se pretendía incorporar una norma al Código Procesal Constitucional, así como adicionar y modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

“Artículo 1. Incorpora artículo 81-A a la ley N° 28237-Código Procesal Constitucional

Incorporase como artículo 81-A de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, el siguiente texto:

Artículo 81-A. Prohibición de legislar positivamente mediante sentencias

En las sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional sólo declara que la norma cuestionada, de acuerdo con los incisos 4) del artículo 200° y 1) del artículo 202° de la Constitución, trasgrede o no algún principio, precepto, derecho o prerrogativa previstos en dicho texto. En tales procesos, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada la deja sin efecto por incompatibilidad con la Constitución. El Tribunal Constitucional sólo actúa como legislador negativo.

Artículo 2- Adiciona un segundo párrafo al artículo 4° de la Ley N° 28302-Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Adicionase un segundo párrafo al artículo 4° de la Ley 28301-Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el siguiente texto:

“Constituye función del Tribunal Constitucional en las acciones de inconstitucionalidad que conoce, identificar los posibles vacíos normativos que ameriten la expedición de una nueva norma, debiendo proponer al Congreso de la República, como consecuencia de ello las iniciativas legislativas que juzgue pertinente. El Congreso de la República dará trámite preferente a tales iniciativas”

Artículo 3- Modificase el artículo 1° de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Modificase el artículo 1° de la Ley 28301-Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el siguiente texto:

Artículo 1° Definición.

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónoma e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. 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”.

Felizmente, este tipo de iniciativas legislativas no prosperaron en el Congreso, pues era evidente que esto obedecía a intereses políticos de un grupo de parlamentarios que

entendían que la labor del Colegiado sólo debía enmarcarse en la tarea de legislador negativo; y, que no podía enjuiciar las leyes cuya constitucionalidad era cuestionada; es decir, el objeto de algunos congresistas era, por un lado, evitar que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de leyes manifiestamente contrarias a la Constitución; y, por otro, limitar la facultad que el Colegiado tiene como Órgano contralor de la Constitución y como máximo intérprete de la misma (artículo 201°)

2.6. Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y Concejo Nacional de la Magistratura, susceptibles de ser revisadas en sede judicial.

Como es sabido, el Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura –hoy Junta Nacional de Justicia–, cada cual, tienen la calidad de órganos autónomos e independientes, cuya misión es, en el primer caso resolver los asuntos relativos a los procesos electorales que se desarrollan en el país –es decir, impartir justicia electoral–; y, el segundo, encargado de la selección, nombramiento y ratificación de jueces y fiscales de todos los niveles, cuyas resoluciones (definitivas) no pueden ser revisadas en sede judicial.

El artículo 142° de la Constitución, establece que, “no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Concejo Nacional de la Magistratura –hoy Junta Nacional de Justicia– en materia de evaluación y ratificación de jueces”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que, en un Estado constitucional y democrático, no existe órgano u organismo exento de control judicial, y por tanto sí procede los procesos constitucionales contra las citadas resoluciones, cuando estas sean inmotivadas y/o cuando hayan sido emitidas sin haber oído al interesado, esto es, cuando se afecta derechos fundamentales como el principio constitucional de motivación de resoluciones, así como cuando se vulnera el derecho de la parte afectada a defenderse y expresar sus argumentos de defensa.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (caso Jaime Amado Álvarez Guillén), ha señalado que, si bien el numeral 7) del artículo 5° del Código procesal constitucional, prevé la improcedencia de promover proceso constitucional contra resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales: “siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado” (STC Exp. n.° 3361-2005-PA/TC, f. j. 2).

A contrario sensu, cuando ellas –las resoluciones finales del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, o de la Junta Nacional de Justicia en materia de nombramiento o ratificación– se hayan dictado afectando los derechos fundamentales ya precisados por el Colegiado en la mencionada sentencia, es posible su revisión en sede constitucional.

Por otro lado, el artículo 181° de la misma, prevé que “el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de Derecho. En materias electorales, referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

En este caso, el Colegiado, en la sentencia (caso Pedro Andrés Lizana Puelles) ha establecido que:

En tal sentido, sin perjuicio de lo que luego se sostendrá, llegado a este punto, el Tribunal Constitucional se encuentra en condiciones a afirmar que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente (STC Exp. n.º 5458-2005, PA/TC, f. j. 35)

En estos casos en concreto, se demuestra que el Órgano contralor sí puede enjuiciar y pronunciarse respecto de resoluciones emitidas tanto por el Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral y el Concejo Nacional de la Magistratura -hoy Junta Nacional de Justicia-, en materia de evaluación y ratificación de magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público, siempre que en las resoluciones cuestionadas se haya afectado derechos fundamentales de los interesados; es decir haciendo tangible la fuerza expansiva de la Constitución que el Tribunal Constitucional pone en práctica a través de sus sentencias; se debe precisar que Prieto Sanchís, dice que neoconstitucionalismo en Europa continental significó una inédita forma política, que propició una nueva forma de entender el Derecho, diferente a la llamada teoría positivista, sustento del llamado Estado de Derecho, esta revolución, es un aspecto genuino que se ha dado en el viejo continente luego del conflicto bélico mundial del siglo pasado, al respecto el profesor Bernal, nos dice, “la Constitución es omnipresente. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico. Como consecuencia de ello la Constitución regula plenamente la legislación. “En la Constitución de los derechos no hay espacios exentos para el legislador porque todos los espacios aparecen regulados”. (Bernal: 2009, págs. 79 y 80)

En conclusión, puede afirmarse que en un aspecto que caracteriza a un Estado constitucional y democrático de derecho es que todos, sin excepción, se encuentran sometidos a la Ley fundamental; esto es, no existe ningún poder, órgano, organismo o autoridad del Estado que, en el desempeño de sus funciones y respecto de sus decisiones, se encuentre exento de control constitucional por parte del Colegiado, debido a que todos, incluyendo este último, son órganos constituidos, y como tales están sujetos a la Constitución.

Capítulo III.

3.1. Principios constitucionales que el Tribunal Constitucional debe observar al momento de dictar sus sentencias.

Los principios constitucionales, son –como la doctrina señala– líneas o directrices que orientan la labor interpretativa del juez constitucional, referida primero a la Constitución como Ley fundamental, y luego las leyes o preceptos legales objeto de interpretación y aplicación en casos concretos; en principio se puede decir que es posible la interpretación de la Ley fundamental, tomando como sustento principios que también son utilizados para otras ramas del Derecho; sin embargo, los preceptos constitucionales no tienen las características de las demás normas; si bien, todas las normas, incluyendo desde luego la Constitución, desde el punto de vista material se encuentran dentro del ámbito de lo constitucional; sin embargo, en el caso de las últimas, en ella se consigna principios y valores que irradian a todo el sistema en su

conjunto, “pero una buena parte de ellas sí tienen esta característica y son las que se refieren a los derechos humanos en general, a la organización, funciones y límites al gobierno, y al proceso de creación de otras normas” (Carpizo: 1969, pág. 18 y 19).

Por su lado, el profesor Riccardo Guastini, bajo el epígrafe de “Concretización de principios”, respecto de las características peculiares que los principios constitucionales tienen y su aplicación en el sistema de justicia, nos enseña que:

Casi todas las constituciones europeas del pasado siglo incluyen una gran cantidad de “principios”, es decir, disposiciones que sufren un elevado grado de indeterminación (supuesto de hecho abierto, genericidad, excepciones implícitas).

Ahora bien, los principios constitucionales pueden ser aplicados esencialmente en dos tipos de circunstancias: a) por el juez constitucional, para decidir sobre la conformidad a la constitución de una norma legislativa, y b) por el juez común (civil, penal, administrativo) para colmar una laguna (normalmente axiológica) en la ley. (Guastini: 2016, pág. 362).

Respecto de la importancia que los principios tienen en la labor interpretativa que el juez constitucional lleva adelante –sobre todo en las sentencias interpretativas y normativas–, y que los denominados métodos tradicionales no son suficientes en dicha tarea; al respecto, el profesor Sosa Sacio, precisa, “como habíamos señalado antes, fue Konrad Hesse quien señaló, hace ya varios años, diversos (principios) de interpretación constitucional, con la finalidad de superar la limitación de los métodos clásicos de interpretación legal, buscando atender con ello a las especificaciones de la Norma Fundamental” (Sosa: 2011, pág. 100).

Es necesario precisar que esta labor que el Colegiado desarrolla en sus sentencias interpretativas normativas, respecto de una norma legislativa y un principio constitucional, es realmente de un carácter especial; si se tiene en cuenta que la Ley fundamental es el documento político jurídico, que organiza al Estado y contiene principios, valores, así como derechos de carácter subjetivo y adjetivo, que muchas veces requieren ser interpretadas de manera concreta, al respecto el profesor Adrián nos dice, “distinta a la interpretación de la ley, entonces comprenderemos que dicho carácter abierto ocasionará diversos problemas de interpretación que no se irán a presentar en otras áreas del ordenamiento jurídico, en los cuales existen normas más detalladas o cerradas, si se prefiere el término. En ese sentido resulta fundamental la labor de sus intérpretes” (Adrián: 2012, pág. 501).

Como es sabido, toda norma está sujeta a interpretación por parte del operador del Derecho en base a la *subsunción*, esto es, el silogismo jurídico, en cuya virtud, el hecho controvertido (premisa menor) se subsume en el supuesto normativo (premisa mayor), de la que deriva la consecuencia jurídica, esto es la aplicación *lógica* del precepto legal, para lo cual se recurre a los tradicionales métodos de interpretación (*literal, teleológico, sistemático e histórico*); sin embargo, en el caso de la interpretación de leyes cuya constitucionalidad se cuestiona, se requiere además que ésta se desarrolle tomando en cuenta los principios que inspiran la Ley fundamental.

Uno de los aspectos más importantes que debemos resaltar en este *nuevo* esquema, esto es la constitucionalización del Derecho, es la aplicación directa de los preceptos constitucionales en la solución de conflictos judiciales; y por otro la labor interpretativa que el Colegiado lleva adelante; en éste último caso, debe dar además razones jurídicas que sustentan la misma; esquema en el que no es suficiente la

aplicación del silogismo jurídico y, por lo tanto, en ellas el órgano contralor debe dar *razones* lógico jurídicas, y éstas se hacen mediante la argumentación contenida en sus fallos; a nuestro criterio, se trata de un aspecto muy importante; en muchas ocasiones se presentan los denominados casos complejos, que en puridad se refieren al problema de su interpretación, actividad a la que es necesario añadir, lo que la doctrina denomina justificación externa; si bien, para resolver estos problemas, el razonamiento deductivo es importante; resulta siendo insuficiente, al respecto el profesor Manuel Atienza señala, “a los criterios de la lógica hay que añadir otros que (pensados sobre todo en relación con la premisa normativa) integran lo que suele llamarse (razón práctica). MacCormick, por ejemplo, los sintetiza en los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias” (Atienza: 2010, 89).

La actividad interpretativa que el Tribunal Constitucional desarrolla en las sentencias interpretativas y manipulativas es, sin duda, de la mayor importancia en nuestro sistema –sin menoscabo de los fallos emitidos en otros procesos–, donde también desarrolla una labor interpretativa, en razón de que mediante las mismas se declara si las disposiciones sujetas a control son o no conformes a la Constitución, cuyos efectos, como es sabido, es de carácter general o *erga omnes*, y por tanto forma parte de la normatividad en nuestro sistema de justicia.

3.1.1. Principio de presunción de constitucionalidad de la ley

Todo sistema jurídico, requiere para su cabal y efectivo funcionamiento de una estructura normativa en cuya cúspide se encuentra la Constitución, la misma que irradia todo el sistema, entendiéndose por tanto que toda ley emitida por el legislador se ha hecho tomando como base los principios y valores contenidos en la primera y por tanto se presume su constitucionalidad; ello implica que el Colegiado, en lo posible debe evitar declarar su nulidad, es decir, debe ser la última ratio; y, por tanto debe interpretarse y aplicarse en los términos señalados por el legislador; así la profesora Marina Gascón, nos dice que, “de un lado, el Tribunal recuerda que su función no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la “mejor” interpretación de cada precepto constitucional, sino tan solo la de eliminar aquellos que resultan intolerables, de manera que “la validez” de la ley ha de ser preservada cuando su texto *no impide* una adecuación a la Constitución” (Gascón: 1994, pág. 67).

Este aspecto es en verdad de singular importancia en todo sistema judicial, basado en un Estado democrático y constitucional, si se tiene en cuenta que, uno de sus principios es la división del poder, en cuya virtud es el legislador (como representante directo del soberano) quien tiene la facultad de emitir las leyes y por tanto debe presumirse su constitucionalidad; por ello, el juez constitucional en su labor interpretativa debe partir de esa presunción, “desde una perspectiva histórica la presunción de constitucionalidad fue establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Darmonth vs Woodward* en 1819. el supremo intérprete declaró en torno a dicho caso que “hay presunción de validez de la ley, hasta tanto la violación de la Constitución no sea probada más allá de toda duda razonable” (García: 2014, pág. 605).

Debemos tener en cuenta que la Constitución por ser el documento político y jurídico más importante contiene preceptos que a su vez sirven de *guía* y parámetro a todo el sistema jurídico; en ese sentido, se presume que las leyes que el Legislador emite son constitucionales, por ello, antes de declarar su inconstitucionalidad, se hace necesario agotar todas las posibilidades a fin de mantener su vigencia, en razón de que aquellas

tienen como sustento y referencia los principios y valores contenidos en la Carta magna; con esto se evita la inseguridad jurídica y la posibilidad de declarar *a priori* la inconstitucionalidad de leyes; en todo caso, el juez no puede *a priori* declarar la nulidad de todos los preceptos normativos que considere contrarios a la Constitución, sino sólo cuando advierta aquellos casos en los que la infracción constitucional sea manifiesta y evidente; esto es que, no puede declarar la nulidad de la misma cuando existe duda al respecto, “esto significa, la aplicación de esa máxima fundamental de la en la jurisdicción constitucional, *in dubio pro legislatore*, que no es solo una exigencia de la técnica jurídica, sino también, y sobre todo, una consecuencia del principio democrático” (Figueroa: 2011, pág. 241).

Consideramos pertinente precisar que este principio deriva del carácter normativo de la Constitución, ello por el rango supremo que se le atribuye a esta dentro de todo el sistema jurídico, característica común en todos los países que poseen justicia constitucional, por ello tienen este principio entre sus postulados básicos, así en los Estados Unidos de Norteamérica, todas las leyes y actos de administración han de interpretarse en armonía con la Ley fundamental; se afirma por eso que, tanto el Tribunal Constitucional español como el Supremo Tribunal Norteamericano, han considerado la denominada “presunción de constitucionalidad de las leyes”; ello no implica entender que el sólo hecho de afirmar de que toda ley es válida, en tanto no se declare su inconstitucionalidad, sino que implica, “primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando exista una “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución.”, (García de Enterría: 2006, pág. 96).

Si ello es así, se puede afirmar que; la presunción de constitucionalidad de la ley, resulta ser una técnica propia de la justicia constitucional, además de los criterios que el Colegiado debe observar para esta labor, “puesto que impone la regla a todo juez constitucional de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si es que esta pueda ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo al menos uno de ellos conforme con la Constitución” (Carpio: 2008, pág. 160).

3.1.2. Principio de unidad de la constitución.

Debemos señalar que todo sistema jurídico compuesto por leyes de diferente jerarquía –en cuya cúspide se encuentra la Constitución– para su óptima aplicación y desarrollo, requiere sin duda que éste sea uno solo; es decir, no puede ni debe haber contradicción entre sus preceptos normativos –ya sea de manera horizontal, leyes de la misma jerarquía o vertical preceptos de diferente jerarquía–, tomando como base precisamente la Ley fundamental; al respecto, el profesor Konrad Hesse, respecto de este principio nos dice, “la relación de interdependencia existentes entre dos distintos elementos de la Constitución, obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales” (Hesse: 2012, pág. 67).

Por su lado el profesor Sosa Sacio, citando sentencias del Colegiado, referidas a este principio nos dice:

Entonces desde una lectura más acorde con la naturaleza de la Norma Fundamental, podemos señalar que este criterio “unidad de la Constitución” no sólo permite superar colisiones o conflictos normativos. En efecto, una perspectiva más amplia debe tomar

en cuenta aspectos distintos de sus disposiciones normativas, para favorecer por ejemplo, interpretaciones que concilien lo formal (procedimental) con lo sustantivo; lo individual con lo social, los atributos subjetivos con los bienes objetivos; la normalidad (“Constitución viva” de la realidad) con la normatividad (Constitución formal), etc.; pues todos estos son ámbitos o planos de toda norma fundamental, entre los cuales debe evitarse las desarmonías o conflictos al interpretar (Sosa: 2011, pág. 102).

En virtud de este principio –unidad de la Constitución–, la interpretación de esta norma y las leyes de menor jerarquía debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir de lo cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. De este modo, no es posible interpretar preceptos infraconstitucionales sin tomar en cuenta lo previsto por la *Lex Superior*, en razón de que ésta contiene los principios y valores que inspiran e irradian en la formación y creación de aquellas, y por tanto, se trata de un solo sistema, donde no se puede interpretar y aplicar unas y otras de manera aislada y eventualmente contradictoria; al respecto, es ilustrativa la definición que hacen los profesores italianos Zagrebelsky y Marcelo, quienes nos dicen que:

La Corte [se refieren a la Corte Suprema italiana], considera que la Constitución es garantizada como un todo unitario, de manera que se asegure “una tutela sistemática y no fraccionada” de todos los derechos y principios implicados en la decisión [...] si así no fuera, se verificaría una expansión ilimitada de uno de los derechos, que se convertiría en *tirano* frente a otras situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas....

La interpretación constitucional “como un todo” encuentra luego una razón de ser en materia de derechos constitucionales, en aquellos casos donde existe una relación entre sí, implicando la valorización de unos la relativización de otros, pudiendo derivar de su entrelazamiento interferencias con objetivos tutelados por la Constitución... (Zagrebelsky y Marcelo: 2018, pág. 187) (el resaltado es nuestro).

Se debe precisar que, la Carta fundamental contiene principios tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica, los que responden a un sistema jurídico debidamente organizado (unitario), que deben tomarse en cuenta al momento de su interpretación; al respecto el profesor Landa Arroyo, citando a su vez a Ehmke, nos dice que este principio, “plantea la relación de la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Así se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución” (Landa: 2007, pág. op. cit. 575 y 576).

Por su lado, el profesor García Toma, respecto de este principio, citando a su vez a Torste Stein, nos dice, “la esencia de la Constitución consiste en ser un corpus normativo homogéneo de la vida política y social de una determinada colectividad estatal, por ende, no resulta admisible la separación por “cirugía jurídica” de una norma constitucional del resto del conjunto” (García: 2014, op. cit. pág. 611).

3.1.3. Principio de concordancia práctica.

Este está referido a que cuando el órgano contralor de la Constitución lleva adelante su labor interpretativa de leyes a través de sus sentencias denominadas atípicas, debe hacerlo, respetando y teniendo en cuenta el contenido esencial de los principios constitucionales, en cuya virtud -cuando existe colisión entre ellas- no es posible *sacrificar* una de ellas para resolver un caso, es decir; se debe propender a que dichos

principios conserven su entidad, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la subsunción de normas de rango infraconstitucional, “por el contrario el principio de unidad de la Constitución, exige una labor de (optimización), se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima” (Hesse: 2012. pág. 67-68).

Es decir, al poner en práctica o aplicar este principio el juez constitucional, cuando se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes, lo que hace es propiciar la coordinación de principios constitucionales, respetando el contenido esencial de estos, “de este modo, se debe respetar el núcleo duro de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente solo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad en la recíproca delimitación de los derechos en conflicto”. (Landa: 2007, op. cit. pág. 576).

Como señala el profesor Landa, en nuestro sistema de justicia, y concretamente en los procesos judiciales, donde se presenta una aparente contradicción entre bienes jurídicos, esto es normas o preceptos normativos que regulan de manera contradictoria un mismo caso –situación que es propia de todos sistema de justicia-; es en estos casos que mediante este principio el juez constitucional modula los efectos de las mismas, sin sacrificar ninguno de ellos; al respecto el profesor Sosa, citando al profesor Haberle y dos sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 5854-2005-AA/TC y STC Exp. n.º 1013-2003-HC/TC), nos dice:

A través de esta pauta interpretativa pretende dotarse de eficacia a bienes jurídicos, en apariencia enfrentados, procurando que sean satisfechos al máximo (es decir, “optimizados”), sin sacrificar a ninguno de ellos. En ese sentido, el contenido de los bienes garantizados por la Constitución deberá ser determinado en coordinación (o “equilibrio”) con los otros bienes también consagrados allí, sin que quepa sacrificar algunos de estos (“menos valiosos”) en defensa de otros. (Sosa: 2011, pág. 103) (el resaltado es nuestro).

Por otro lado, en relación con este principio, debemos señalar que, en nuestro sistema de justicia en ocasiones, se presenta las denominadas antinomias o conflicto de normas infraconstitucionales, esto es, de dos preceptos referidos al caso que son contradictorios entre sí, lo que impide al operador de justicia resolver las controversias que son puestas en su conocimiento. Efectivamente, en tal contexto es que debe aplicarse este principio, para lo cual existen tres criterios para superar esta dificultad:

a) Criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), ello implica que, ante la colisión de normas provenientes de fuentes ordenadas de manera vertical –como la nuestra– es la norma jerárquicamente inferior que debe *ceder* cuando se oponga a la ley superior, ello se encuentra previsto en el artículo 51 de nuestra Ley fundamental, que prevé, que, “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

b) Criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), en este caso, debe aplicarse el precepto legal más reciente, lo que implica la derogación tácita de la norma más antigua; y,

c) Criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) en esta eventualidad, prevalece la primera, en razón de que ésta prevé de manera más precisa o específica el asunto, frente a la segunda que es mucho más genérica.

Por su lado, el profesor García Toma, en relación con este principio y la importancia que tiene en la solución de los procesos constitucionales donde se presenta un aparente conflicto entre bienes jurídicos protegidos por la Ley fundamental, citando para el efecto una sentencia del Tribunal Constitucional, nos dice que dicho principio:

Plantea que los bienes jurídicos consignados en la Constitución deben ser objeto de protección y defensa de manera concomitante, de modo tal que en la solución de un problema político-jurídico todos conserven su identidad e indemnidad. Ergo, ninguno debe ser objeto de “inmolación”.

Añade nuestro autor que: El Tribunal Constitucional en el caso Pedro Lizana Puelles (Expediente N° 05854-2005PA/TC) ha invalidado cualquier forma de inutilización total o desconocimiento absoluto de algún valor, principio o derecho en el contexto de una pugna interpretativa con otro de alguna de esas cualidades. (García: 2014, pág. 612 y 613).

El profesor Prieto Sanchís, refiere que el nuevo neoconstitucionalismo ha abierto técnicas de interpretación constitucional, las cuales permiten al Tribunal Constitucional, frente a los conflictos que se presentan entre principios cuando se trata de resolver un caso concreto, que debe aplicarse las reglas de la ponderación, “o bien, alternativamente, buscar una *concordancia práctica* que en puridad no supone el triunfo de ningún principio o derecho, sino el diseño de una respuesta intermedia de matriz genuinamente judicial” (Prieto: 2013: pág. 29 y 30)

Por otro lado, en todo proceso de interpretación, cuando se trata de interpretar normas de rango constitucional, entre las cuales se puede presentar una *contradicción*, la aplicación de los principios descritos precedentemente no son suficientes y, por tanto, es necesario aplicar el principio de la *optimización* de principios. Ello permite superar toda aparente contradicción que se pueda presentar entre principios constitucionales, optimizando la interpretación de uno de ellos sin *sacrificar* el otro, en razón de que tales preceptos constitucionales tienen por objeto - por lo general-, la protección de los derechos fundamentales como manifestación de *principio-derecho* de la dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado, lo cual está consignado en el artículo 1° de la Constitución, por eso se señala que; cuando el Colegiado con ocasión de resolver un asunto controvertido y en el encuentra contradicción entre dos principios, ello debe ser resuelto apelando precisamente al principio de concordancia práctica, esto es que, “toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativa-axiológica de la Constitución en su conjunto de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad”. (STC Exp. n.° 0019-2005, f. j. 12)

3.1.4. Principio de corrección funcional.

Respecto de este principio constitucional, el profesor Hesse, resaltando su importancia, nos dice que, “este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que la Constitución ha asignado a cada una de los órganos constitucionales, de modo que el equilibrio inherente al Estado constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado” (Hesse, 1983: pág. 137)

En puridad, este principio está referido a la separación de poderes, esto es, el respeto que cada uno de ellos, de acuerdo a las facultades y prerrogativas concedidas por la Constitución deben tener entre sí, incluyendo desde luego los órganos autónomos y la Administración Pública en general, evitando con ello una invasión de una en otro poder u órgano del Estado. Respecto de este principio, el profesor Landa Arroyo, citando nuevamente a Ehmke, nos dice que, “busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos, sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas. Así el legislador no puede regular en forma concreta para una persona o caso específico, sino de manera abstracta y general, porque de lo contrario, podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial” (Landa: 2007, pág. 576).

Este principio busca que, el juez constitucional, en el desempeño de sus funciones, evite en lo posible que sus decisiones interfieran competencias o prerrogativas de otros poderes u órganos del Estado; al respecto el profesor García Toma, nos dice, “plantea que el intérprete está impedido de establecer determinaciones que de algún modo interfieran con las competencias y funciones que la Constitución ha asignado a los diferentes órganos del Estado. (García: 2014, pág. 613).

En ese mismo talante, el profesor Sosa, citando al profesor Hesse, así como una sentencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 3330-2004-AA/TC), nos dice:

La Constitución debe ser interpretada respetándose las funciones encomendadas a cada órgano, sin invadir o restringir competencias ajenas. Según lo señalado por Konrad Hesse, este principio se dirige sobre todo al intérprete de la Carta Fundamental: “el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación” (Sosa: 2011, pág. 105).

3.1.5. Principio de función integradora.

El objeto de este principio es –como su nombre lo indica– una acción integradora de forma tal que el Colegiado constitucional a través de sus sentencias, así como los jueces ordinarios, deben propender a buscar la unidad, así como la estabilidad y continuidad de la Constitución.

Este principio, busca entonces que los jueces constitucionales, y también los ordinarios, deben propender a reforzar el sistema de justicia, y con él la Constitución, a fin de hacer tangibles los derechos fundamentales, lo que debe ser percibido por la sociedad. Al respecto, el profesor García, nos dice que este principio, “plantea que la actividad hermenéutica debe promover, reforzar y vigorizar las determinaciones político-jurídicas que hagan más operativa y potente la unidad axiológica y teleológica de la Constitución” (García: 2014, pág. 613).

Por su lado, el profesor Landa, citando a su vez a Smend, respecto de este principio, nos dice que éste, “valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de este cuerpo normativo” (Landa: 2007, op. cit. pág. 576).

A su vez, el profesor Sosa, en relación con este principio, citando al profesor alemán Konrad Hesse, nos dice, “con este “principio” se busca interpretar la Norma Fundamental en el sentido de mantener y promover la unidad de la comunidad política. Lo que señala Hesse en este punto es que “si la Constitución propone la

creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad” (Sosa: 2012, pág. 106)

El Tribunal Constitucional define a este principio como el resultado del proceso interpretativo que lleva adelante el juez constitucional y concluye que: “de acuerdo con el cual, el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad...” (STC Exp. n.º 05156-2006-AA, f. j. 17)

3.1.6. Principio de fuerza normativa de la Constitución.

La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica vinculante *in toto*, y no solo parcialmente; esta vinculación alcanza a todo poder político, incluyendo sin duda al Tribunal Constitucional; (Tribunal Constitucional Exp. 5854-2005-PA/TC de f.j. 12 e.); se trata por tanto de priorizar criterios que coadyuven en la maximización de los preceptos constitucionales, en la labor interpretativa, teniendo en cuenta las relaciones sociales así como la voluntad de la Ley fundamental, y señala que, “en esta medida, no por existir disposiciones constitucionales de principio o programáticas, la Constitución se hace menos ejecutiva; sino que las “normas regla” como las “normas principio”, deben ser cumplidas, acorde con el grado de patriotismo constitucional de los ciudadanos y gobernantes” (Landa: 2007, op. cit. pág. 576)

Si como de manera reiterada venimos señalado que la Constitución –pacto social del pueblo– no es sólo el documento político jurídico más importante de la Nación, en razón de que es quien organiza a la misma, determina la competencias de los órganos que la conforman y reconoce los derechos fundamentales; la interpretación que el Colegiado hace mediante sus sentencias y sus efectos alcanza a toda la sociedad en su conjunto, los poderes públicos, incluyendo desde luego a el mismo órgano contralor; al respecto, en relación con la importancia de este principio; ya no es posible concebir a la Ley fundamental, sólo como un documento político que solo sirve de referencia- como se entendía en el Estado legislativo de Derecho- sino, como la norma jurídica de la mayor importancia y de aplicación directa, al respecto el profesor Juan Manuel Sosa nos dice, “de otra parte, esta pauta alude también a que **a cada una de las disposiciones de la Carta se le debe atribuir la máxima eficacia**, por tanto, toda interpretación que se realice de estas no debe banalizar ni atenuar su contenido vinculante y exigible, por el contrario, de entre las diversas interpretaciones posibles, debería favorecerse aquellas que permitan su mayor eficacia, no sólo en sentido jurídico formal, sino real...” (Sosa: 2011 pág. 108 y 109).

3.1.7. Principios de observancia obligatoria en caso de leyes penales

El Derecho penal, tiene como finalidad proteger los derechos fundamentales y por tanto tiene una doble función, preventiva, mediante su fuerza prohibitiva y a su vez una acción disuasiva, a fin de que las personas se abstengan de cometer delitos; y por otra la función punitiva, mediante la imposición y efectivización de las sanciones previstas en la ley penal, en este caso generalmente se afecta uno de los derechos más importantes del ser humano, la libertad, así como otro tipo de restricciones, previstas en el ordenamiento penal.

Junto al proceso de constitucionalización del Derecho en el sistema Europeo continental iniciado –como ya se ha señalado–, en la segunda mitad del siglo pasado, surge la teoría del *Garantismo penal*, cuyo propulsor es el profesor italiano Luigi Ferrajoli, quien bajo el epígrafe de “*El derecho penal, mínimo como técnica de tutela de los derechos fundamentales. La ley del más débil*” nos enseña que:

El fin general del derecho penal, tal y como resulta de la doble finalidad preventiva que se acaba de mostrar, puede identificarse en una palabra con el impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia de la sociedad. Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo. Y la fuerza es en ambos casos arbitraria e incontrolada: no sólo como es obvio, en la ofensa, sino también, en la venganza, que es por su propia naturaleza incierta, desproporcionada, desenfrenada, dirigida a vedes contra el inocente. La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales....Las dos finalidades preventivas - la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias- están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la “necesidad política” del derecho penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales*, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquel en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos (Ferrajoli: 1995: pág. 335).

Si bien, como se puede advertir, el Colegiado puede desarrollar su labor interpretativa en todos los ámbitos o especialidades del Derecho, esto es, civil, laboral, administrativo, etc.; sin embargo, en el caso de las leyes sustantiva penales, por mandato constitucional respecto de ellas deben observarse ciertos principios, es decir, una especie de *protección* que existe en torno a ellas, tanto en su emisión como en su aplicación.

Este es uno de los aspectos controvertidos respecto de la labor que el Colegiado desarrolla respecto de leyes penales, y que es cuestionada por una parte de la doctrina, al señalar que, pese a estos *candados* que la propia Norma fundamental le confiere, el primero al dictar las sentencias interpretativas y manipulativas –con mayor énfasis en el caso de las denominadas sentencias aditivas– *invade facultades del Legislador* –según afirman– y se irroga facultades que no le corresponde; empero, como ya se ha señalado, este razonamiento no es correcto; en razón de que, en puridad, la labor del Colegiado es propiamente paralegislativa y de colaboración en la formación de leyes para el normal funcionamiento del sistema de justicia; estos principios son los siguientes:

3.1.7.1. El Principio de legalidad.

Es preciso resaltar que las leyes sustantiva penales en nuestro sistema de justicia tiene como principios –entre otras– el de Legalidad, (literal d) numeral 24) del artículo 2° de la Constitución, que prevé: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”; y artículo II del Título preliminar del Código penal) en cuya virtud “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley..” ello deriva del brocardo *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, es decir, nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa, como infracción punible; ni

sancionado con pena no prevista en la ley; esto es, la predeterminación precisa de la conducta punible y por tanto estar prevista en nuestro ordenamiento jurídico (*lex scripta*), que ésta sea anterior al hecho materia de juzgamiento (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*)

En un Estado constitucional y democrático de Derecho el principio de legalidad necesariamente está relacionado y toma como referencia otros principios y valores que inspiran nuestra Carta magna, como son el valor justicia, los criterios razonabilidad, y de proporcionalidad en la determinación de las penas y aplicación de estas, que sin duda deben tomarse en cuenta; este principio se fundamenta en dos criterios, en lo político, basado en el concepto de libertad así como el Estado de Derecho, de esta última precisamente proviene la formalidad que la ley penal debe cumplir así como garantizar la seguridad jurídica, y por otra lo relativo a lo estrictamente penal, cuyo objeto es el control social a través de ley así como la sanción penal, “ambos fundamentos han de considerarse conjuntamente y sólo así, como se verá, resulta viable conectar a una idea común y general cada uno de los que inicialmente se han enumerado como contenidos del principio de legalidad”. (Arroyo: 1983, pág. 12).

En ese mismo talante, nuestro Tribunal Constitucional, citando a su par de España, ha señalado que:

Se ha establecido además, que dicho principio -Legalidad-, comprende una doble garantía; la primera de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como a las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley (Exp. n.º 000197-2010 PA/TC, f. j. 4)

Uno de los aspectos más importantes y trascendentales del sistema de justicia penal dentro de un Estado constitucional y democrático de Derecho; está referido a que no es posible ni está permitido imputar y eventualmente sancionar a cualquier persona por un delito si éste no ha sido establecido por ley, ello implica el control del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, es decir al sub principio de reserva de la ley, “según este, la definición de las conductas constitutivas de delito y las correspondientes penas, no pueden efectuarse mediante cualquier fuente formal del derecho, y esa (ley) a la que constitucionalmente se habilita de la competencia material para disciplinar la materia penal no es otra que la emanada del Parlamento” (Carpio: 2011, pág. 217 y 218).

De este principio a su vez deriva el subprincipio de *reserva de la ley*, cuyo objeto es la definición precisa de las conductas delictivas y las correspondientes penas a imponerse en caso de infringirse las mismas.

Por ello, en el ámbito del Derecho penal está proscrito la costumbre como fuente de Derecho, asimismo la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva, la irretroactividad de las normas penales que no sean favorables al reo, la prohibición del *Ne bis in idem*, todos estos principios cuyos efectos también se han extendido al proceso administrativo sancionador.

Así, el principio de legalidad de leyes penales previsto en la Constitución no sólo establece qué bienes jurídicos (la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, etc.) están protegidos por el Estado y, en caso de afectarse estos, qué sanciones (penas) corresponde imponer, sino también, cuál es la autoridad (Poder Judicial) encargada de hacerlos efectivos; al respecto se debe precisar que el Colegiado en múltiples sentencias se ha referido a este principio así como su importancia en nuestro sistema de justicia, para ello ha desarrollado el concepto de que la Constitución es una norma fundamental, más allá de una interpretación hermenéutica, es decir que el órgano contralor de la Constitución, sin dejar de resaltar que en virtud de este principio, las conductas infractoras y las penas deben estar claramente previstas en la norma, y por eso; “ha señalado que la exigencia que se colige del artículo 2.24.d. de la Constitución, no puede entenderse en el sentido exigir del legislador una claridad y precisión absoluta (s) en la formulación de los conceptos legales; ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor según sea el caso”. (Landa: 2005, pág. 96 y 97- (citando la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Tineo Cabrera)

En el ámbito del derecho internacional el principio de legalidad de las leyes penales ha sido motivo de análisis y pronunciamiento, y sobre todo ha sido incorporado en los estatutos y reglamentos de los organismos supranacionales encargados de velar por su respeto y primacía, en razón de que éstos están ligados directamente con la protección de los derechos humanos, que en muchas ocasiones han sido violados por los propios Estados, así como por particulares. En relación con ello, los profesores mejicanos García Ramírez y Morales Sánchez precisan que:

Tanto el derecho interno como el internacional recogen el principio de legalidad, que puede verse vulnerado, por lo tanto, en ese doble ámbito. Entre los instrumentos internacionales que se refieren a este asunto figuran: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 7°), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos V, XXV), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (artículo 6 , 9 y 14) Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 5, 6 y 7) Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos (artículo 6 y 7.2.) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 9) cuya interpretación y aplicación competen a la Corte Interamericana. Otros actos e instrumentos de alcance internacional acogen igualmente el principio que nos ocupa; por ejemplo: Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 22, *nullum crimen sine lege*) Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (artículo 1) y Resolución 1/08 acerca de Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas, de la comisión Interamericana de Derechos” Humanos. (García y Morales: 2014, pág. 200)

El principio de legalidad, sin duda, es trascendental e importante en todo sistema de justicia, sobre todo en uno que se precie de ser constitucional y democrático; este principio abarca sin duda a todo el sistema jurídico, incluyendo desde luego la dictadas por el legislador, en razón de que éstas se encuentran reguladas en su contenido por la Ley fundamental, así como en su forma, en tal sentido, “es en estas normas sustantivas sobre el significado de las leyes donde reside la razón social del estado constitucional de derecho” (Ferrajoli: 2011, Tomo I, pág. 802)

El cabal cumplimiento de este principio por parte del Estado, y más concretamente por el sistema de justicia, esto es los operadores de Derecho (Poder Judicial y Tribunal Constitucional, así como el Ministerio Público) es sin duda de suma importancia, y es

una de las manifestaciones o características de un Estado constitucional y democrático de Derecho; al respecto nuestra Corte Suprema señala:

Así el principio de legalidad es una garantía política que tienen todas las personas con capacidad penal, para que no se les persiga ni sancione por conductas que no hayan sido descritas de manera clara, previas y taxativa en una ley formal. Desde la perspectiva de la sanción, la pena que corresponda imponer a quien ha sido declarado responsable de una infracción penal, no debe ser sino la fijada en las mismas condiciones. Este es el sentido histórico y liberal del principio de legalidad: Los ciudadanos en el ejercicio relativo de su libertad deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos u ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda.

Ahora bien, sin subestimar la importancia del sentido liberal del principio de legalidad, es de considerar otra perspectiva adicional de su vigencia, relacionada con su arista fundamentalmente procesal: la legalidad como mensaje comunicativo, no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido y de lo permitido, y de lo imponible como consecuencia punitiva. La legalidad en la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (*Rule of Law*). La delimitación normativa que hace el legislador tiene por objeto prescribir cuál es el espacio de juego (*Der Spielraum*), dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas, en un Estado de Derecho; esto es, este principio impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho (Casación N° 724-2018, fundamentos 9.1. y 9.2.) (el resaltado es nuestro)

3.1.7.2. El Principio de reserva de la ley en materia penal

Del principio descrito en el punto precedente se deriva a su vez el sub principio de *reserva de la ley*, esto es que, “sólo mediante ley se puede crear delitos y establecer las penas, lo que quiere decir que la única fuente autorizada para crear delitos y establecer penas es la ley escrita”. (Carpio: 2011: pág. 217); y éstas sólo pueden ser dictadas por el Poder Legislativo de acuerdo con lo previsto en la Constitución.

Por este principio, la Constitución reserva de manera expresa a una ley que debe ser dictada por el Legislativo, la regulación de las conductas consideradas como delitos en razón de con que éstas afectan o vulneran los derechos de las personas y a su vez establece la sanción que eventualmente puede imponerse al infractor; Estos principios (legalidad y reserva de la ley), en puridad se refieren como expresiones de la primera, producto del desarrollo del también principio republicano de gobierno; el segundo está referido se refiere a las libertades dentro de lo que le está permitido, esto es lo que no está prohibido, lo que no le ocasiona responsabilidad alguna, “es una garantía del individuo ante el mismo órgano de la Legislación penal, este no puede asignar una pena a una conducta permitida por el ordenamiento jurídico”. (Zaffaroni:2020, pág.1)

Esto es que, en el ámbito del Derecho penal, sólo por ley y no por otro tipo de disposiciones o normas puede regularse cuáles son las conductas punibles y, en su caso, qué sanciones acarrearán las mismas; al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

La primera de las garantías del debido proceso es el principio-derecho a la legalidad y a las exigencias que derivan de éste, en particular al subprincipio de taxatividad... Este principio constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado democrático: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*: De forma similar en la sentencia del caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, de fecha 25 de noviembre de 2005, la Corte

Interamericana subrayó que “en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo (STC Exp. n.º 00156-2012-HC, f. j. 5)

La relación que tiene el principio de reserva de la ley con el principio de legalidad penal, es que el primero está incluido dentro de la garantía criminal y de la garantía penal, propias del principio de legalidad, el principio de reserva de la ley también es denominado reserva absoluta de la ley, con ello se quiere enfatizar que únicamente la ley será fuente del derecho penal, y por tanto se prohíbe otras fuentes, como sería la costumbre o los principios generales del Derecho, que en modo alguno puede aplicarse en el ámbito del Derecho penal.

3.2. Concepto de disposición y norma.

Como es sabido, el Derecho es una disciplina social, cambiante y dinámica, a diferencia de las denominadas ciencias puras o exactas (lógica, matemática, física y otras); es por ello que, lo que ayer no se consideró como delito ahora puede serlo o al revés, los conceptos varían con el transcurso del tiempo, las costumbres, creencias y otros factores sociales; la justicia en general, se concretiza con la interpretación y aplicación de los preceptos normativos de diferente jerarquía por parte del órgano jurisdiccional en la solución de los casos; a su vez –como ya se ha señalado–, la Constitución y las leyes, contienen (sobre todo la primera), disposiciones genéricas y abstractas; y, en ocasiones una disposición puede contener más de una interpretación normativa, esto es que el texto T1, puede contener a su vez N1 y N2, dependiendo ello de múltiples factores.

A ello el profesor italiano Riccardo Guastini bajo el epígrafe de “la equivocidad de los textos normativos” y respecto a las *Disposiciones y Normas*, nos dice que:

La equivocidad de los textos normativos impone distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos formulados en las fuentes del derecho -las “disposiciones”, como se suele decir- y las normas entendidas como significado: entre las dos cosas, en efecto no se da una correspondencia biunívoca. Ello se debe principalmente a tres razones:

- i) Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más normas alternativamente).
- ii) Muchos enunciados normativos (quizás todos los enunciados normativos) tiene un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente.
- iii) Además, según el sentido común de los juristas, todo sistema jurídico está lleno de normas “implícitas”, es decir, normas que no se corresponden con ningún enunciado normativo ya que no han sido formuladas por ninguna autoridad normativa (muchos de los “principios generales del derecho” pertenecen a esta categoría) (Guastini: 2016, pág. 338)

Por lo general las leyes tienen contenido normativo (general y abstracto), tiene por tanto la calidad de fuentes de derecho; sin embargo, se da el caso que una ley no contenga norma o normas, y en otros que si contenga disposiciones singulares y concretas.

En la práctica jurídica con frecuencia se confunde y se usa los términos de disposición y norma, como si se tratara de sinónimos, cuando no es así; en efecto desde buen tiempo la doctrina constitucional ha establecido la diferencia entre ellas y precisa que la primera se refiere a la materialidad del precepto y la segunda al sentido de la misma.

Consideramos necesario precisar la diferencia entre *disposición* y *norma*; ya que muchas veces se confunde el significado de ellas y no se designa de manera adecuada, en razón de que las sentencias interpretativas y normativas del Tribunal Constitucional alcanza a ambas.

El mismo profesor italiano nos refiere, “en este sentido, mientras que la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma constituye su resultado; la disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y pendiente de ser interpretado, en cambio, la norma es una disposición interpretada y, de esta forma, reformulada por el intérprete; esta es por tanto, un enunciado del lenguaje de los intérpretes.” (Guastini: 2017, pág.80)

En tal sentido, podemos concluir que disposición es el precepto legal, cuyo texto escrito es emitido por el Legislador y luego publicado –para su puesta en vigencia–, con las formalidades previstas por la Constitución; y, por otro lado norma es el resultado de la actividad interpretativa que realiza el juez ya sea ordinario o constitucional –de la disposición– en un caso concreto para su aplicación.

Ello es muy importante, pues de manera recurrente se confunde ambos conceptos; la diferencia entre ellos es que la segunda (norma), es el resultado de una análisis previo de la disposición que el intérprete obtiene a fin de integrarla al sistema jurídico, “la ordenación de significados en disposiciones, se integra en la actividad de extracción de sentido sin que pueda predicarse su existencia *a priori* como realidad textual autónoma” (López: 2017, op. cit. pág.10)

Por otro lado, un sector de la doctrina constitucional señala que; las normas no tienen existencia propia, sino que ellas son el resultado de la actividad interpretativa que lleva adelante el órgano contralor de la Constitución o a su vez el juez que conoce el caso donde debe aplicarla, en ese sentido, “una norma solo es el punto de arribo de un procedimiento interpretativo, ni puede ser expresado si no es confiándola a un enunciado o conjunto de enunciados que, a su vez deberán ser reinterpretados por quien quiera entender su significado y encontrar la norma” (Scarpelli: 1985, pág. 570)

Por ello podemos decir que se interpretan formulaciones de normas, bajo la denominación de disposiciones, esto es, enunciados –textos– de donde derivan la o las normas, luego de la actividad interpretativa que el juez hace de la primera para dar respuesta a una controversia jurídica puesta en su conocimiento; como se puede advertir de todo lo señalado, se puede concluir que aún cuando se trata de conceptos diferentes, ellas no tienen existencia independiente, por el contrario, ellas se encuentran relacionadas, es decir la norma (producto de la labor interpretativa), requiere del texto o disposición, en razón de que de esta pueden derivar una o más normas, ”pero ello no permite renunciar a esta distinción, ya que a pesar de la interrelación aludida, disposición y norma son conceptos y realidades diferentes, lo cual como veremos, no está desprovisto de consecuencias” (Díaz. 2001, pág. 36-37).

Consideramos que un ejemplo grafica de mejor manera el tema; en efecto, un ejemplo ilustrativo es la aplicación del artículo 106° de nuestro Código penal, que establece: “el que mata a otro, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni

mayor de veinte años”; en este caso podríamos preguntarnos, ¿cuál es la norma y cuál es la disposición?

Aquí sólo hay una disposición (D1) es el texto que está en el Código penal ya transcrito (el que mata a otro...) que es parte de nuestro ordenamiento jurídico penal; de ello podemos obtener hasta tres (3) normas diferentes; N 1. está prohibido matar a una persona; N 2, el que incurre en este delito debe ser sancionado y por tanto el juez está obligado a condenarlo con la pena prevista en el precepto legal; y, N 3, el juez está facultado para imponer al infractor de la ley una pena entre seis a veinte años de cárcel.

Aquí surge la pregunta, ¿el Colegiado en los procesos de constitucionalidad se pronuncia sólo sobre la disposición?, ¿o sólo sobre la norma? ¿o puede abarcar a ambos?; en la labor interpretativa que el Colegiado lleva adelante en el ámbito de la justicia constitucional, se pronuncia tanto sobre el texto o disposición como sobre la norma o normas derivadas de la primera, a través precisamente de la interpretación que lleva adelante tanto de la Constitución como de los preceptos normativos objeto de examen, “en realidad la cuestión esencial es si el Tribunal Constitucional sólo puede pronunciarse sobre el texto de la disposición impugnada o bien puede también emitir un pronunciamiento que recaiga sobre la norma o normas, aun dejando el texto inalterado; como veremos esta segunda opción es la más acertada y constituye el presupuesto de toda sentencia interpretativa.” (Díaz: 2003, pág.48) (el resaltado es nuestro)

3.3. Tipos de sentencias en la jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional en el desarrollo de su actividad jurisdiccional, como órgano encargado de velar por la primacía de la Constitución y la constitucionalidad de las leyes, emite por un lado las sentencias denominadas de especie y las denominadas sentencias de principio, siendo estas últimas -para el caso que nos ocupa- de singular y trascendental importancia en nuestro sistema jurídico, en razón de que con estas últimas el Colegiado desarrolla su labor interpretativa y coadyuva en la creación normativa -en este caso respecto de normas en el ámbito de nuestro Derecho sustantivo penal-, en nuestro sistema de justicia.

La importante y trascendental tarea que el órgano contralor de Constitución tiene en este tipo de procesos y por tanto tiene por objeto enjuiciar la constitucionalidad del precepto legal materia de análisis, bajo un canon valorativo; “sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso de control se expresa en la expulsión de una norma legal del ordenamiento jurídico cuando es declarada inconstitucional *–función pacificadora–*; esta decisión de eliminación tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores, públicos y privados, de las normas jurídicas *–función ordenadora–*” (Landa: 2007, op. cit. pág. 174-175)

Por otro lado, se puede señalar que; se dice que ésta (la interpretación constitucional), es una forma a través de la cual, el Tribunal Constitucional precisa o establece el significado de la norma o normas derivadas de la disposición o texto normativo, por eso se dice que; “la interpretación es el medio para remediar los defectos de la ley; la ley es un Dios mudo: habla por boca del magistrado” (García: 2014, pág. 593-594)

3.3.1. Sentencias de especie.

Mediante este tipo de sentencias el Colegiado, se limita a aplicar las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a casos concretos, estas tienen por característica que son declarativas, en razón de que se trata de la aplicación de la norma constitucional vulnerada; al respecto, el mismo profesor Landa Arroyo, nos dice que éstas, “se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente “declarativa”, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos conectados con ella” (Landa: 2007, op. cit. pág. 178).

Es el caso de los fallos que el Colegiado constitucional emite –como órgano revisor de última y definitiva instancia– en los casos de habeas corpus, amparo, habeas data y acción –hoy proceso– de cumplimiento; y, los casos de conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución (numerales 2 y 3 del artículo 202º) que se presentan entre órganos u organismos e incluso entre poderes del Estado.

Este tipo de sentencias principalmente se refieren a la protección de los derechos fundamentales, que forman cuatro procesos: hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, los que inicialmente son conocidos por la justicia ordinaria; y, cuando ella desestima o deniega la demanda, se puede acudir ante el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional; al respecto, el profesor Díaz Revorio, con el título de “*Tipología de las sentencias constitucionales*”, nos dice, “en primer lugar, y según suele admitirse generalmente, sentencias interpretativas en sentido estricto son sólo aquellas en los procesos de inconstitucionalidad. Evidentemente el Tribunal Constitucional también interpreta leyes en otros procesos, e incluso puede en las sentencias correspondientes, entender que ciertas interpretaciones, o parte del contenido normativo de un texto legal, son inconstitucionales” (Díaz: 2003, pág. 43-44).

Un aspecto importante que merece anotarse es que, también en este tipo de sentencias, el Colegiado desarrolla una labor interpretativa y también académica, en razón de que aprovechando la solución de casos concretos, establece y crea precedentes vinculantes, ejemplo de estas, son –entre otras–: 1) STC Exp. n.º 1417-2005-AA/TC de 8 de julio de 2005, caso Anicama Hernández, sobre derecho fundamental a la pensión; 2) STC Exp. n.º 728-2008-PHC/TC de 13 de octubre de 2008, caso Llamuja Hilares, sobre indebida motivación de resoluciones judiciales en sede ordinaria; 3) STC Exp. n.º 2663-2003, PHC/TC de 23 de marzo de 2004, caso Aponte Chuquihuanca, donde el Colegiado establece los tipos de Habeas Corpus en nuestro sistema de justicia constitucional; el resultado es que todas ellas sirven de parámetro a la justicia ordinaria así como en el ámbito administrativo que el Estado desarrolla, orientando su actuación en la solución de conflictos, esto es unificando criterios y sobre todo haciendo tangibles los derechos fundamentales.

Este tipo de sentencias, -cuyo número es mucho mayor que las sentencias denominadas de principio-, es también denominada por la doctrina constitucional como *típicas*, refiriéndose que se trata resoluciones que normalmente o mayormente son dictadas por el Tribunal Constitucional; al respecto el ex magistrado de este último nos dice que, “son aquellas en que el órgano constitucional se limita a estimar o desestimar una demanda de inconstitucionalidad; en este contexto dispone expulsar o ratificar la validez de una ley” (García: 2014, pág. 401)

3.3.2. Sentencias de principio.

Con ellas el Colegiado forja la jurisprudencia propiamente dicha, precisa los alcances y el sentido de las normas constitucionales, y a la vez establece verdaderos precedentes vinculantes; ellas tienen especial importancia y trascendencia en nuestro sistema de justicia constitucional, por cuanto además de resolver el asunto controvertido que da inicio al proceso, sus efectos son *erga omnes*, a fin de que los poderes del Estado, la colectividad en general y el propio Colegiado, ajusten su actuación a lo previsto en dichas sentencias, por eso se dice con razón que la importancia de este tipo de sentencias está en el hecho de que ellas; “integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colman los vacíos normativos y forjan verdaderos precedentes vinculantes” (Landa: 2007, op. cit. pág. 178)

Por su lado, el profesor español, respecto de esta tipología de sentencias que el Colegiado emite, nos dice, “pero la sentencia que resuelve un proceso de inconstitucionalidad tiene la peculiaridad de estar encaminada directamente a controlar la constitucionalidad de la norma con rango de ley, y en sentido estricto, sólo será sentencia interpretativa la que, resolviendo un procedimiento de este tipo, contenga un fallo que, afectando el contenido normativo de un precepto legal, deje inalterado su texto” (Díaz: 2003, pág. 44). (resaltado es nuestro)

La importancia y trascendencia de este tipo de fallos, radica en el hecho que el Colegiado, realiza una labor de *cambio* en el contenido normativo de una ley cuestionada en su constitucionalidad a fin de que luego ésta resulte conforme con la Ley fundamental, y mantener la misma dentro del ordenamiento legal.

En los últimos años, mediante este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional, de manera pedagógica, en casos relativos a diversas ramas del Derecho (penal, procesal penal, laboral, civil, etc.) ha logrado integrar la jurisprudencia, en razón de que con ellas precisa los alcances y sentido del precepto que es materia de interpretación, colma los vacíos que se presentan en el sistema, y se crean verdaderos precedentes vinculantes, de mucha importancia, que el Poder Judicial, Ministerio Público, la Administración Pública y la sociedad en general deben tener en cuenta –como en efecto lo tienen–, que permite lograr un sistema de justicia predecible; con este tipo de sentencias, además del contenido normativo que estas poseen, en verdad se refieren a asuntos de la mayor importancia para la sociedad en su conjunto, y que sin duda van más allá del interés de las partes en conflicto, y por eso, “se proyectan no solo hacia el presente inmediato, sino que se extienden hacia el futuro comprometiendo a todos los integrantes de la colectividad”. (García: 2014, op. cit. pág. 397)

Por otro lado el Colegiado luego de clasificar este tipo de sentencias como de especie y de principio, señala que, “en cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias emitidas en la SSTC Exps. n.ºs 0008-2003-AI/TC y 018-2003-AI/TC, que llamaremos “instructivas” y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión”. (STC Exp. n.º. 004-2004-CC, f. j. 2) (el resaltado es nuestro)

3.4. Sentencias interpretativas normativas (manipulativas) dictadas por el Tribunal Constitucional.

Consideramos necesario esquematizar este tipo de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, según lo señalado por el mismo Colegiado (STC Exp. n.º. 004-2004-CC/TC, f. j. 1).

Sentencias estimativas	Sentencias desestimativas
<ul style="list-style-type: none"> • Sentencias de simple anulación • Sentencias interpretativas propiamente dichas • Sentencias interpretativas manipulativas (normativas) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Sentencias reductoras ▪ Sentencias aditivas ▪ Sentencias sustitutivas; y ▪ Sentencias exhortativas 	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencias desestimativas por simple rechazo. • Sentencias desestimativas por sentido interpretativo

Los derechos fundamentales de las personas como la vida, la libertad, la propiedad, el trabajo, el honor y otros, en ocasiones se ven afectados por parte del Estado o de particulares y éstos deben ser resueltos por el Poder judicial, ordenando la *reparación* del daño ocasionado o el restablecimiento de los derechos vulnerados.

Todo proceso constitucional, inevitablemente, abarca dos tareas muy importantes por parte del juez, esto es, por un lado se trata de la interpretación de la Constitución, a la luz de los principios y valores allí contenidos; y, por otro lado, la interpretación del precepto o disposición que es cuestionada de inconstitucional, tarea realizada por el Tribunal Constitucional a través precisamente de sus sentencias denominadas interpretativas normativas; durante el proceso de constitucionalización del Derecho en Europa continental luego de la post guerra del siglo pasado y más concretamente en lo relativo al trabajo desarrollado por el Tribunal Constitucional español; este, desde el inicio de sus actividades ha podido advertir el apremio -en algunos casos-, de dictar este tipo de sentencias, “que, como hemos visto, han de valorar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que derivan del texto sometido a enjuiciamiento—; así ha señalado que este tipo de sentencias son en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso” (Díaz: 2003, op. cit. pág. 67)

Las sentencias interpretativas son, en realidad, una respuesta jurídica que el Tribunal Constitucional da cuando se trata de disposiciones ambiguas de las que eventualmente pueden derivar varias normas; y, cómo no, cuando se trata de disposiciones complejas, que requieren mayor claridad y precisión a fin de que estas puedan ser aplicadas de manera correcta por los operadores de justicia en casos concretos.

En este tipo de sentencias, el Colegiado se pronuncia no sobre el enunciado de la ley –disposición–, sino sobre una norma –contenido–, que de ella puede deducirse utilizando los métodos de interpretación tradicionales (teleológico, histórico, sociológico etc.), para determinar que la norma es inconstitucional por ser contraria a los principios de la Constitución; sin embargo, el Tribunal también puede declarar infundada la demanda, esto es, desestimar la pretensión, y declarar que la ley

cuestionada no es inconstitucional si se interpreta del modo que el mismo señala en su sentencia; en este tipo de sentencias, el Colegiado lleva a cabo las acciones ablativa y reconstructiva, la primera se refiere al hecho de reducir los alcances de la norma sujeta a control, por ser contraria de la Ley fundamental y por tanto se elimina del sistema; “para tal efecto, se declara la nulidad de las (expresiones impertinentes); lo que genera un cambio de contenido preceptivo de la ley. La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada (agregándole) un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo” (Landa: 2007, op. cit. pág. 183) (el resaltado es nuestro).

El sustento de este tipo de sentencias es, de una parte, evitar que con la declaración de inconstitucionalidad de un precepto cuestionado en su constitucionalidad se genere vacíos legales que, eventualmente, podrían ser más perjudiciales para el sistema jurídico; con ello el Colegiado, hace efectivos los principios de conservación de la ley; esto es, evitar en lo posible la declaración de inconstitucionalidad de una ley, y por otra, la de interpretación desde la Ley fundamental; en este tipo de sentencias, -de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional español-, con ellas, el Colegiado desestima la demanda de inconstitucionalidad, o en otras palabras, “declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados (Díaz: 2001, op. cit. pág. 67)

Por su lado el ex magistrado del Tribunal Constitucional, respecto de las características que este tipo de sentencias tienen, nos dice, “la interpretación debe orientarse a tener el rol inexorable de esclarecer, desplegar, integrar y hasta adaptar la Constitución a la realidad en donde ella opera” (García: 2014, op. cit. pág. 600).

3.4.1. Sentencias estimativas o de acogimiento

Con este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional, estima la demanda y ordena la nulidad del precepto legal impugnado, “su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional”. (Landa: 2007: pág. op. cit. 178-179).

En esa misma línea de pensamiento, el profesor García, nos señala que este tipo de sentencias, “son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad por su clara y evidente transgresión a la Constitución...en dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión formal o material entre una ley o norma con rango de ley y una norma principio o valor instituido en el texto supra” (García: 2014: op. cit. pág.399)

Este tipo de sentencias, han sido desarrolladas por la doctrina italiana, donde se las denomina como “sentencias interpretativas de acogimiento”; así también “sentencias de acogimiento parcial” y “sentencias manipulativas”, al respecto el profesor español nos dice que; estas son también denominadas como “de estimación” en sentido amplio, que a su vez comprende; ”a) que declaran la inconstitucionalidad de una entre varias interpretaciones derivadas alternativamente de un texto, y b) las sentencias manipulativas (en el supuesto de que estas sean formalmente estimatorias, que es con mucho, el más frecuente), que declaran la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo derivado conjuntamente de un texto” (Díaz: 2001, op. cit. pág. 129) (el resaltado es nuestro).

3.4.2. Sentencias de simple anulación

En esta clase de sentencias el Órgano contralor de la Constitución, como ya lo hemos señalado en el párrafo precedente, resuelve declarando la nulidad parcial o total del precepto impugnado; y, tiene efectos *ex nunc*, es decir, no tiene alcances retroactivos *ex tunc*, salvo excepciones; al respecto el profesor Landa, nos dice, “en este caso, el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido del texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado” (Landa: 2007, op. cit. pág. 179)

Por su lado, el ex magistrado del Tribunal Constitucional, en relación con este tipo de sentencias, nos dice que, “son aquellas en las que el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la totalidad del contenido de un texto” (García: 2014, op. cit. pág. 399)

En estos casos, la declaración de nulidad de una ley, debe concretarse con la publicación de la sentencia expedida por el Colegiado en el Diario oficial *El Peruano*; ello, de acuerdo a lo previsto por el artículo 204° de la Constitución; siendo así, al día siguiente de la publicación el precepto impugnado, éste deja de tener efectos legales, entendiéndose por tanto que la sentencia del Tribunal Constitucional no tiene efectos retroactivos (artículo 103° de la misma Constitución), salvo en materia penal, cuando es favorable al reo; en estos casos –como la doctrina señala– el Colegiado actúa como *legislador negativo*.

Esto es que, el Tribunal Constitucional, luego de analizar si un precepto legal adolece de inconstitucionalidad ya sea parcial o total, sólo la declara como tal, en la inteligencia de que ella ha sido dictada por el legislador contradiciendo los principios y valores previstos en la Constitución, y que la declaración de nulidad no será más perjudicial al sistema de justicia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene además entre sus atribuciones las de resolver en última y definitiva instancia la defensa de los derechos fundamentales de las personas a través de los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y de cumplimiento, la pregunta es ¿también en éstas el Colegiado desarrolla labor interpretativa de preceptos con rango de ley?; la respuesta es afirmativa, en efecto; al respecto, el profesor español nos dice, “pero en la sentencia que resuelve un amparo el Tribunal Constitucional puede interpretar cualquier tipo de normas de conformidad con la Constitución, incluyendo las que tiene rango de ley; de hecho esta interpretación se produce con mucha frecuencia en la fundamentación de las sentencias de amparo” (Díaz: 2001, op. cit. pág. 74)

3.4.3. Sentencias interpretativas propiamente dichas

Mediante este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional acoge la demanda planteada y declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea hecha por el operador judicial, lo que como debe entenderse, implica a su vez una indebida aplicación del precepto impugnado; al respecto el ex magistrado del Tribunal Constitucional nos dice, “dicha modalidad aparece, cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente” (Landa: 2007, pág.181)

Por su lado, en esa misma línea de pensamiento, el profesor García Toma, nos dice que este tipo de sentencias tiene como característica la acción de parte del Colegiado de *salvar*, en lo posible, un precepto legal cuestionado en su constitucionalidad, y señala, “en el campo de la interpretación normativa son empleados para justiciar la obtención de una asignación de significados que permitan la “mantención” de un texto dentro del ordenamiento constitucional; en ese sentido, auxilian a la consolidación de una interpretación que permita la conservación de la norma interpretada”. (García: 2014, pág. 579).

Es necesario precisar que en este tipo de sentencias el Colegiado encuentra que el precepto legal impugnado tiene varias interpretaciones: una inconstitucional y otra constitucional; al respecto, la doctrina señala que deberá preferirse la segunda; en este caso, la ley no puede declararse nula y la demanda debe desestimarse en razón de que en la sentencia se señala cómo debe interpretarse la ley impugnada para ser conforme a la Constitución.

Por su lado, el profesor español define a este tipo de sentencias y señala que, “son aquellas cuyo fallo se pronuncia sobre el contenido normativo de un precepto, sin afectar su texto”; añade nuestro autor que, “toda sentencia interpretativa, procede a interpretar un texto legal, de acuerdo con la Constitución” (Díaz: 2001, pág.25)

Por otro lado, la profesora Gascón Abellán, respecto a este tipo de sentencias, nos dice: “desde el punto de vista técnico-jurídico, las sentencias interpretativas son el resultado del principio de conservación de las normas acogido plenamente por nuestro Tribunal Constitucional y directamente relacionado con el principio de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución” (Gascón: 1994, pág. 70).

El aspecto principal en este tipo de sentencias es que el Colegiado se pronuncia, no sobre la disposición o enunciado legal, sino sobre una norma que pueda deducirse de ella, utilizando para tal efecto los métodos tradicionales ya mencionados anteriormente, esto es que el órgano Contralor, declara que el precepto no es inconstitucional si se interpreta de la manera como él señala en su sentencia, con lo que, por decir de manera figurada *salva* la constitucionalidad del precepto impugnado.

3.4.4. Sentencias interpretativas manipulativas.

En puridad son este tipo de sentencias donde se aprecia con mayor precisión y nitidez la labor interpretativa de las leyes que el Tribunal Constitucional desarrolla; y también donde mayor cuestionamiento existe –por una minoría de la doctrina constitucional–; en razón de que según señalan estos últimos, es con estas sentencias donde el Colegiado no sólo cumple la labor de *legislador negativo*, esto es expulsando preceptos legales que son contrarios a la Constitución, según propone Kelsen; sino, se convierte en un legislador positivo, esto es al dictar preceptos normativos e *invadiendo* facultades propias del Legislador, en razón de que con las sentencias de este tipo, se reduce, se amplía o se sustituye el contenido normativo de los preceptos impugnados, criterio con el que sin duda no comparte la mayoría de la doctrina constitucional, resaltando por el contrario la importancia de las mismas en nuestro sistema de justicia, al que por nuestro lado nos adherimos.

En este tipo de sentencias, como se ha señalado, es donde el Colegiado desarrolla una amplia gama de criterios de interpretación; por eso el órgano contralor de la Constitución, aparte de actuar como legislador negativo, mediante estas sentencias propone una particular interpretación de la Ley fundamental, que generalmente tiene

como antecedente la elección de una sola interpretación de entre las normas que derivan de la disposición, que responde al criterio que esta debe hacerse de conformidad con la Ley fundamental, al respecto el profesor Francisco Eguiguren nos dice, “debido a ello se sostiene que *el Tribunal Constitucional actúa no sólo como intérprete de la ley, a través de lo cual termina “dando origen” a normas de carácter general*” (Eguiguren: 2008, op. cit. pág. 326) (el resaltado es nuestro).

Por su lado, el profesor español Díaz Revorio, citando a Zagrebelsky y a Romboli, nos dice, “se ha señalado que las sentencias manipulativas proceden la transformación del significado de la ley, más que a su eliminación o su interpretación conforme a la Constitución; o bien que proceden a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original” (Díaz: 2001, op. cit. pág.134) (resaltado es nuestro).

Dicho de otro modo, el Colegiado en este tipo de sentencias, se pronuncia no sobre el texto o disposición, sino sobre la norma que de ella se deduce mediante el empleo de métodos de interpretación.

El profesor español Fernández Segado, respecto de este tipo de sentencias, hace notar que su origen se encuentra en Italia, donde se implementó y puso en práctica a partir de la segunda mitad del siglo pasado y nos dice, “las omisiones del legislador han propiciado que el Tribunal Constitucional en la estela de la *Corte Costituzionale*, haya recurrido a una serie de decisiones a través de las cuales ha intentado acomodar el contenido (o falta de contenido) de las disposiciones ante él impugnadas a las normas constitucionales mediante su integración o modificación” (Fernández: 2000, pág. 174).

Por su lado el profesor Riccardo Guastini nos dice que: “se hace interpretación adecuada toda vez que se adapta –precisamente, se adecua– el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior” (Guastini: 2018, pág. 368).

Como es sabido, este tipo de sentencias en la segunda mitad del siglo pasado fue desarrollado principalmente en Italia, y la característica es que –como ya se tiene desarrollado supra– con ellas el Colegiado no sólo desarrolla la labor de legislador negativo, (expulsando del sistema las normas que son declaradas contrarias a la Ley fundamental), sino que supone la introducción, de *nuevas* normas, esto es un contenido diferente; éstas a su vez se subdividen en:

3.4.4.1. Sentencias reductoras

En este tipo de sentencias el Colegiado advierte que una parte del texto cuestionado es contrario a la Constitución, lo que –como es de entenderse– genera un vicio de inconstitucionalidad, ello se debe a varios factores –entre ellos–, a una excesiva redacción de parte del legislador, esto es que, como consecuencia de ello los alcances y efectos de la disposición impugnada excede realmente su límite, por ello se ordena la inaplicación de la parte que adolece de inconstitucionalidad; al respecto, el profesor español nos dice, “éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente al original” (Díaz: 2001, op.cit. pág. 134).

Añade nuestro autor que, “el fallo de este tipo de sentencias, puede adoptar diversas formas, entre las cuales las más frecuentes suponen la declaración de

inconstitucionalidad del precepto (en cuanto incluye), (en cuanto es aplicable), (en la parte que prevé), o (en la parte que no excluye)” (Díaz: 2001, op. cit. pág. 136).

Por ello, se dice que con estas sentencias se restringe el ámbito de aplicación o alcance de la ley impugnada a supuestos o consecuencias que derivan de la literalidad del texto normativo; con esta finalidad, el Colegiado en la parte resolutive de sus sentencias utiliza las frases “declárase la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto incluye”; “declárase la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que prevé”; y, “declárase la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que no excluye”.

La doctrina constitucional, señala que con este tipo de sentencias, lo que hace el Colegiado es precisar qué extremo del precepto normativo debe ser expulsado, parte de la disposición, -puede ser una palabra, párrafo, etc- del precepto legal impugnado contradice a la Ley fundamental, lo que deviene en vicio de inconstitucionalidad por las deficiencias ya anotadas, “en ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la (extensión) del contenido normativo de la ley impugnada; dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa y judicial” (Eguiguren: 2008, op. cit. págs. 340 y 341).

En esa misma línea de pensamiento, el profesor Landa Arroyo, refiere que en este tipo de sentencias, “se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en alguno de los supuestos contemplados genéricamente, o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas” (Landa: 2007, pág. 185).

Como se puede ver, lo que en puridad hace el Colegiado en este tipo de sentencias, es reducir los alcances de la norma impugnada, señalar el límite correcto de la misma, tomando en cuenta los principios y valores previstos en la Ley fundamental; es decir, corrige y coadyuva en la creación de preceptos normativos, mediante sus sentencias y, con ello, permite que la justicia ordinaria y constitucional en general pueda interpretar primero y aplicar luego las mismas en la solución de conflictos.

3.4.4.2. Sentencias aditivas

En este tipo de sentencias manipulativas el Colegiado advierte la inconstitucionalidad de un precepto legal, sin alterar o modificar el texto o disposición, ampliando o extendiendo sus efectos normativos, con ello permite su aplicación y efectos a supuestos no previstos expresamente en la disposición impugnada y por tanto amplía sus efectos jurídicos.

En este tipo de sentencias, el Colegiado no altera la disposición cuestionada y señala que la inconstitucionalidad de la misma se presenta en la parte que el legislador omitió los supuestos que debieron consignarse en el precepto normativo materia de examen, siendo necesario ampliar los mismos en el texto original, con lo que se logra a su vez ampliar sus efectos jurídicos, al respecto el profesor español nos dice, “como veremos, la inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma; o bien –desde otro punto de vista, o en otros supuestos– dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal” (Díaz: 2001, op. cit. pág. 146) (el resaltado es nuestro).

Como se puede ver, el vicio de inconstitucionalidad se advierte en la parte que *no expresa*, y que excluye la extensión de la norma, afectando derechos que deberían

comprender; al respecto, el profesor Landa Arroyo, define este tipo de sentencias del siguiente modo, “en puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción presenta un contenido normativo (menor) respecto al exigible constitucionalmente; en consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad, no del texto de la norma o disposición en general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar” (Landa: 2007, pág.185).

Luego de la Segunda gran guerra del siglo pasado, es que los tribunales constitucionales de Europa continental también se pronuncian respecto de los derechos fundamentales de las personas a fin de garantizar su plena vigencia en todos los Estados democráticos de la región, desarrollando conceptos como derechos fundamentales de primera, segunda, tercera y actualmente cuarta generación; ello implica que el sistema de justicia constitucional ha ido ampliando sus alcances y efectos, logrando por tanto la primacía de la Constitución por encima de las leyes comunes; estas sentencias se dan, cuando el Colegiado advierte que en un precepto normativo el legislador ha omitido los alcances de la misma, en perjuicio de un grupo de personas a las que debería alcanzar sus efectos; en ese talante, el profesor Eguiguren, respecto a este tipo de sentencias, nos dice que:

Son aquellas que tiene lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una norma cuya redacción, cuenta con un contenido normativo menor” del exigible constitucionalmente...su utilización ha tenido lugar mayormente En aquellos casos en los que el tribunal tuvo bajo análisis normas que lesionaban el principio de igualdad, al omitir –sin fundamento objetivo que lo justifique- dentro de la regulación de ciertos supuestos normativos, casos idénticos que merecían el mismo tratamiento.

En tal situación, luego de verificar la vulneración al principio en mención así como el contenido normativo menor al que debería tener, de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes, el Tribunal realiza una doble operación a fin de restablecer el principio de igualdad vulnerado. La primera operación “*demolitoria* o *ablatoria*”, consistirá en derogar la parte del texto legal que excluye a cierto grupo de determinada regulación, sin justificación objetiva y razonable. La segunda operación, de tipo “*reconstructiva*”, permitirá aumentar el inicial contenido normativo de la disposición mediante la introducción de una norma positiva “*sustitutiva*”. De esta forma, se extiende el beneficio al grupo originalmente excluido, restableciéndose el principio de igualdad inicialmente trasgredido, si haber creado un vacío legal que podría acarrear la declaración de inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos resultarían mucho más graves que la subsanación (Eguiguren: 2008, op. cit. pág. 329).

Este aspecto del desarrollo y progreso del constitucionalismo en Europa continental ha sido muy significativo, por eso se dice que el órgano de control de la constitucionalidad en el propósito de hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas, acude a este tipo de sentencias -cuya denominación varía de acuerdo a cada país- que permite la protección eficaz de los mismos, al respecto el profesor español Eliseo Aja, nos dice, “este nuevo tipo de sentencias reinterpretan las leyes, anulan parcialmente una norma para dar otro sentido a la ley, limitan algunos efectos de las propias sentencias, incluyen nuevos sectores sociales en leyes que no les afectaban, dirigen mandatos al legislador.., a menudo los Tribunales dejan de ser legisladores negativos para convertirse en legisladores positivos, en auténticos legisladores”. (Aja: 1998, pág. xxix) (resaltado es nuestro)

En esa misma línea de pensamiento el profesor Grández Castro, citando a Felippo Binelli, nos dice que, “en el caso de las sentencias aditivas clásicas, la Corte colma la

laguna que es causa de ilegitimidad constitucional con una regla completa e inmediatamente aplicable al caso. La ejecución de este tipo de decisiones, opera como la promulgación de cualquier ley” (Grández y otros: 2010, pág. 87).

Debemos reiterar que, la actividad interpretativa que el Colegiado desarrolla en estos casos es en puridad sobre el contenido normativo del precepto impugnado, cuando se advierte que éste no es *completo* y por tanto a través de su sentencia, *adiciona* la parte que el legislador había omitido, y es recién cuando el precepto impugnado se considera acorde con la Ley fundamental.

3.4.4.3. Sentencias sustitutivas

Dentro del grupo de las sentencias manipulativas, estas son las más complejas y más cuestionadas por un sector minoritario de la doctrina, en razón de que, con ellas, el Tribunal Constitucional declara parcialmente la inconstitucionalidad de la norma, a la vez que sustituye ese contenido por otro que el Colegiado señala de manera expresa, precisando que ésta última es conforme con la Constitución y, por ende, que en adelante debe interpretarse y aplicarse así.

En estas sentencias es donde se hace más evidente la labor creativa de normas de parte del Colegiado, es decir actuando como legislador positivo –en el buen sentido de la palabra-, al sustituir un precepto normativo por otro, pues propiamente el órgano contralor, no crea una norma nueva, sino que –al interpretarlo-, se pronuncia y adecúa sobre un precepto normativo ya existente –dictado por el legislador-.

Al respecto el profesor Landa Arroyo, nos dice que, “son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley” (Landa: 2007, op. cit. pág. 187).

Es decir en este caso en particular, el órgano contralor no enjuicia o analiza un precepto o norma cuestionada en su constitucionalidad, sino que, estima que ésta debe ser reemplazada por otra disposición y lógicamente de ella deriva *otra* norma distinta a la primigenia, para ser conforme a la Constitución.

En el proceso de constitucionalización del Derecho en Europa continental luego de la segunda guerra mundial del siglo pasado, con el desarrollo de este tipo de sentencias denominadas manipulativas, y en particular las denominadas sustitutivas; en razón de que con ellas, se declara la inconstitucionalidad parcial del precepto sujeto a examen, por ser contraria a la Constitución y al mismo tiempo se dispone se consigne un precepto sustitutorio considerado acorde con la Ley fundamental, “la fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto (en la parte en que) dispone algo en lugar de o (antes de) (*anziché*) otra cosa” (Díaz: 2001, op. cit. pág. 146).

El ex magistrado del Tribunal Constitucional nos enseña que, “estas sentencias representan una combinación de las de inconstitucionalidad clásica y de las aditivas, ya que, por un lado, anulan el precepto legal objeto de control generado por un vicio de regulación y, por otro como consecuencia de lo anterior, cubren o llenan el hueco normativo por medio de una adición normativa” (García: 2005, pág. 206)

Este tipo de sentencias, en puridad se diferencia de las otras sentencias (manipulativas) debido a que con ellas el Colegiado, declara la inconstitucionalidad de una parte de la disposición (texto) que obviamente alcanza a la norma, e introduce un contenido nuevo en lugar del que inicialmente había sido consignado por el Legislador, esto sustituyendo uno por otro.

El profesor Eguigen Praeli en relación con este tipo de sentencias nos dice que: “son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsando del ordenamiento jurídico, vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley” (Eguiguren: 2008, op. cit. pág. 342).

3.4.5. Sentencias exhortativas

En este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de parte o la totalidad del precepto legal impugnado; sin embargo, la característica de estos fallos radica en el hecho de que no ordena su inmediata expulsión del sistema jurídico -como ocurre con las otras-; sino, recomienda (exhorta) al Legislador a fin de que éste en un plazo razonable expida una ley sustitutoria, insertando en ella los principios y valores que la Constitución contiene, de acuerdo con lo señalado en la misma sentencia.

Se trata sin duda de una sentencia, en la que el Colegiado evalúa los posibles efectos negativos que pudiera tener el fallo –que vendrían a ser contraproducentes para la seguridad jurídica-, en caso de ordenar su expulsión del sistema, y opta por exhortar al Legislador a fin de que sea este quien mediante una ley corrija el vicio del que adolece el precepto legal analizado; es decir, pese a que el Colegiado advierte que una parte o la totalidad del precepto legal impugnado es contraria a la Ley fundamental, “pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda expresamente al Congreso para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas y principios o valores constitucionales (Landa: 2007, op. cit. pág. 188) (el resaltado es nuestro)

En este tipo de sentencias, se aplica el principio *vacatio sententiae*, en cuya virtud se suspende la eficacia de una parte del fallo, esto es se modula o regula los efectos de la decisión en el tiempo, a fin de evitar mayores perjuicios dentro del sistema jurídico.

Un ejemplo de este tipo de sentencias es la sentencia dictada por el Colegiado en el que don Pablo Miguel Fabián Martínez y otros, sobre demanda de cumplimiento contra Ministerio de Salud, solicitando se implemente una “estrategia de salud pública de emergencia” para la ciudad de La Oroya, a fin de afrontar la contaminación ambiental en la zona que venía afectando la salud de la población –sobre todo de niños y madres gestantes– de dicha ciudad; por lo que el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda; y en la parte resolutoria ordena entre otras: “6) exhorta al gobierno regional de Junín, municipalidad provincial de Yauli, Concejo Nacional del Ambiente y empresas privadas, como Doe Run Perú entre otras que desarrollan sus actividades mineras en la zona geográfica que comprende a la ciudad de la Oroya, a participar urgentemente, en las acciones pertinentes que permitan la protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como del medio ambiente de La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños y madres gestantes” (STC Exp. n.º 2002-2006-PC/TC, punto resolutorio 6).

En puridad el Colegiado con este tipo de sentencias, en las que advierte la inconstitucionalidad parcial o total de un precepto normativo, no lo expulsa del sistema, "sino que recomienda al Parlamento, para que dentro de un plazo razonable expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales" (Eguiguren: 2008, op. cit. pág. 342).

Como se puede apreciar, dentro de la gama o variedad de sentencias dictadas por el Colegiado donde se establece la inconstitucional de la ley; o lo que la doctrina denomina de mera incompatibilidad; en este caso en particular, no se declara la nulidad de la misma, pues se trata de evitar en lo posible propiciar una situación más perniciosa aún por el vacío normativo que ello implica, "y ello porque se entiende que la declaración de nulidad de la ley podría crear una situación todavía más alejada de la Constitución que la existente con la aplicación de dicha ley, produciendo un vacío legislativo provocado por la nulidad de toda la regulación"(Díaz: 2001, op. cit. pág. 260).

Debemos resaltar que la característica de estas sentencias, a diferencia de las ya estudiadas –reductoras, aditivas y sustitutivas–, es que éstas no son expulsadas del sistema jurídico de manera inmediata, sino que el Colegiado exhorta al Legislador a fin de que éste dentro de un *plazo razonable* emita una nueva ley, tomando en cuenta las recomendaciones hechas por el órgano contralor.

3.4.6. Sentencias de desestimación o rechazo

Con estas sentencias el Tribunal Constitucional, declara como inadmisibles, improcedentes o infundadas las demandas de inconstitucionalidad, en este caso, esto impide la interposición de una nueva demanda sobre el mismo o idéntico caso; al respecto, el profesor español, nos enseña que, "las sentencias interpretativas desestimatorias señalan que un artículo es *constitucional* (interpretado) o (si se interpreta) en un sentido determinado" (Díaz: 2001, pág. 26).

En el caso de desestimación por rechazo simple, el Tribunal Constitucional resuelve declarar infundada la demanda contra una ley –ya sea en parte o en su totalidad– o norma con rango de ley; en estos casos, el Colegiado declara inadmisibles, improcedentes o desestiman la demanda de inconstitucionalidad; "en este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo" (Landa: 2011, op. cit. pág. 192). (citando la STC Exp. n° 0048-2004-PI/TC, caso regalías mineras)

Ya hemos señalado anteriormente que, la norma o normas que derivan de la disposición o texto normativo es el resultado del proceso interpretativo, es decir es la consecuencia del mismo; y cuando una de estas –norma (s)- es contraria a la Constitución, es declarada así; esto es, el Colegiado rechaza la demanda y establece y señala cuál es la que corresponde para ser conforme a la Ley fundamental, "por ende se establece la obligación de interpretar dicha norma de (acuerdo) con la Constitución, vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida" (García: 2014, op. cit. pág. 400).

En este tipo de sentencias el Colegiado declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida en que ésta se interprete de manera adecuada y armónica

con la Ley fundamental, aspecto que es señalado por el órgano contralor en su sentencia.

3.5. Efectos y ejecución de las sentencias interpretativas, normativas (manipulativas) del Tribunal Constitucional en nuestro sistema de justicia.

En principio debemos señalar que, en todo sistema de justicia donde se desarrolla un proceso judicial y se discute un asunto, éste termina con una sentencia que pone fin a la controversia que puede darse entre el Estado y las personas o entre estas y por tanto el fallo debe cumplirse en los términos señalados en la parte resolutive de la misma, éste es un principio previsto en el numeral 2) del artículo 139° de la Constitución, bajo el epígrafe de *“La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”* que prevé: *“Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones; tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”*.

El artículo 35° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en esta clase de procesos, de manera expresa señala que: *“Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación...”* (énfasis es nuestro)

Por su lado, el artículo 22° del Código procesal constitucional, establece que: *“la sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda; las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad...”*; en concordancia con lo previsto por el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo el rubro de *“carácter vinculante de la decisiones judiciales..”*

El propio Tribunal Constitucional, respecto de los efectos de sus sentencias y en particular en las denominadas interpretativas, normativas y manipulativas, en el caso *Tineo Silva*, ha señalado que:

El Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución del Estado, tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ya sea por vicio de forma o fondo; además el artículo 35° de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los jueces, pues estos de conformidad con la primera disposición general de la ley acotada *“(…) interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resultan de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”* (STC Exp. n.° 010-2002-AI/TC, f. j. 27)

Es importante precisar los efectos normativos de las sentencias, tanto en las denominadas “de especie” y “de principio” dictadas por el Tribunal Constitucional y que éstas efectivamente se cumplen en nuestro sistema de justicia, ello es desarrollado por el profesor Adrián, quien bajo el título de *“La supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional respecto del Poder Judicial”* nos señala que, por eso se resalta la fuerza normativa de la Ley fundamental, ella es sin duda el sustento de su inmediata aplicación por todos los jueces así como por la sociedad en general, “toda

Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, tal como se puede deducir del principio fundamental de supremacía constitucional contenido en el artículo 51° de la Constitución de 1993, así como lo prescrito por el artículo 38° del mismo cuerpo normativo” (Adrián: 2002, pág. 504).

Debemos señalar que, una vez que el Colegiado emite este tipo de sentencias, éstas se publican en el diario oficial *El Peruano*, ello de acuerdo con lo previsto por el artículo 204° de la Constitución que a la letra dice: “*la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial El Peruano; al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto; no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte una norma legal*”.

Esto es que el precepto legal, cuya constitucionalidad ha sido enjuiciado por el Colegiado queda sin efecto legal alguno, en virtud de la aludida sentencia; ello implica, como ya lo hemos señalado en el punto 1.3.2 –supra–, que las sentencias – parte resolutive –, se incorpora como norma positiva al sistema de justicia; y, por otro lado, tiene efectos *erga omnes*, es decir, alcanza a todos los poderes del Estado, órganos y organismos en general que conforman la administración pública, al público en general y desde luego al propio Tribunal Constitucional.

Por otro lado, se debe precisar que dichas sentencias tiene efectos *ex nunc*, esto es para el futuro –desde el momento de la sentencia–, y por tanto no tiene efectos retroactivos, esto quiere decir que los casos resueltos con anterioridad –con el precepto impugnado–, tienen vigencia y aplicación en el futuro, de acuerdo a lo previsto por el artículo 103° de la Constitución, que establece: “*ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando es favorable al reo*”

En concordancia con lo estipulado por los artículos 81°, 82° y 83° del Código procesal constitucional, referidos a los efectos de las sentencias, la calidad de cosa juzgada que estas adquieren y la irretroactividad de estas, ésta última en concordancia con lo previsto por el artículo III del Título Preliminar de nuestro Código civil, que prevé: “*la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú*”.

Las sentencias en general tanto en sede ordinaria (civil, penal, laboral, etc.) y constitucional, tienen un común denominador, tiene carácter vinculante y son de cumplimiento obligatorio, así, el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece: “*toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de la autoridad judicial competente, en sus propios términos... no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución...*”

En el caso de las sentencias interpretativas normativas expedidas por el Tribunal Constitucional, éstas en verdad tienen una connotación y ejecución distinta a los fallos emitidos en sede ordinaria, incluso en las dictadas por el mismo Colegiado respecto de asuntos referidos a los derechos que afectan la libertad (*habeas corpus* y amparo).

Es de resaltar que, -como se ha desarrollado más arriba- el Colegiado en su labor interpretativa en los casos donde se discute la inconstitucionalidad de preceptos normativos, emite una variedad de sentencias -cada una con sus propias

características-; y por tanto; la ejecución de sus sentencias, tienen directa relación con su contenido, en razón de que es allí donde se explica y fundamenta la decisión, más aún si se tiene en cuenta que esta clase de procesos, es distinta a los procesos donde se discute los derechos fundamentales de la libertad que tienen carácter restitutivo de derechos afectados o violados, “es sabido que en la Teoría General del Proceso existe una clasificación de sentencias, según las particularidades de cada una; por lo que la doctrina admite pacíficamente una clasificación tripartita: sentencias de condena, declarativas y constitutivas, que ha acogido el TC “ (García y Eto: 2008, pág. 270.

Como se puede ver, esta importante y trascendental labor de control judicial de las leyes que el Colegiado lleva adelante dentro de un Estado constitucional y democrático de Derecho, significa en la práctica -cuando se estima la demanda-, la declaración de nulidad del precepto legal impugnado y su expulsión del sistema normativo; “en razón de la declaración judicial de siete jueces y no por un acto legislativo de los poderes políticos representativos –Parlamento o Poder Ejecutivo–. pero no debemos entender a esta potestad de la justicia constitucional de manera excluyente frente a los otros poderes, sino más bien integradora” (Landa: 2007, op. cit. pág. 193) (el resaltado es nuestro).

Es decir, una vez más, se corrobora el criterio de que el Tribunal Constitucional en el sentido de que a través de sus sentencias interpretativas normativas (manipulativas) no *invade* en modo alguno, ni menos se irroga facultades propias del Legislador, sino que, por el contrario, coadyuva en la creación normativa que permite –al órgano jurisdiccional ya sea ordinario y constitucional-, administrar o impartir justicia haciendo tangibles los derechos fundamentales dentro de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Capítulo IV

Sentencias interpretativas normativas (manipulativas) referidas a leyes sustantiva penales que serán analizadas en la presente investigación

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, ello de acuerdo con lo previsto por el artículo 201° de la Ley fundamental, y sus competencias están normadas por el artículo 202° del mismo cuerpo de leyes. En este sentido, tiene entre sus prerrogativas: “1. conocer en instancia única las acciones de inconstitucionalidad; 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento; y, 3. Conocer los conflictos de competencia.”

En todas ellas el Colegiado se pronuncia y resuelve de manera definitiva a través de sus sentencias, y éstas, a su vez –como puede entenderse–, son distintas; en efecto, debido a que los procesos de inconstitucionalidad tienen que ver directamente con el cuestionamiento que se hace respecto de la constitucionalidad de las leyes o normas de igual jerarquía, debe analizarse si ellas son o no conforme a la Ley fundamental; y en todo caso, cómo deben interpretarse para ser conformes con ella (sentencias interpretativas normativas, manipulativas). Cosa distinta ocurre con los procesos referidos a las libertades esto es habeas corpus, amparo etc., pues en este tipo de procesos el Colegiado se pronuncia, en instancia final, respecto de la tutela de derechos fundamentales que se inician ante el Poder Judicial; y, por último, en los procesos de conflicto de competencia se define qué poder, órgano u organismo es competente para conocer un asunto, cuando surge un conflicto de competencia, ya sea positivo o negativo.

Ahora bien, es evidente que el número de sentencias en procesos referidos a la tutela de derechos fundamentales (habeas corpus, amparo, etc.) es mucho mayor que las sentencias llamadas interpretativas, normativas, manipulativas; en efecto, se tiene que “entre los años 1993 a 2006 (...), se han emitido un total de 21,188 sentencias; mientras que en los procesos de inconstitucionalidad (...) se puede apreciar que entre los años 2000 a 2006, se han dictado 196 sentencias” (cfr. Landa: 2007, págs. 372, 397 y 434)

Sin embargo, no por su menor volumen debe dejar de mencionarse la importancia y trascendencia político-jurídica que las sentencias interpretativas normativas manipulativas tienen en nuestro sistema de justicia, debido a que éstas, una vez publicadas, forman parte de la normativa.

Pues bien, entre las sentencias que existen, por razones prácticas hemos escogido tres (3) sentencias entre las denominadas interpretativas normativas (manipulativas) expedidas por el Tribunal Constitucional entre los años 2002 a 2011, que consideramos las más importantes en atención a su trascendencia e importancia en nuestro sistema de justicia, referidos a preceptos legales en nuestro Código sustantivo penal, los cuales fueron cuestionados en su constitucionalidad, alegándose que adolecían de ambigüedad o de falta de claridad, o invocándose la presencia de lagunas jurídicas que fueron resueltas a través de los ya mencionados fallos.

4.1. STC Exp. n.º 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, sobre delitos de terrorismo y otras.

- Demandantes** : Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos
- Materia** : Acción de inconstitucionalidad a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes N.ºs. 25475, 25659, 25708 y 25880
- Fallo** : Fundada en parte.
- Tipo de sentencia** : Interpretativa, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, como el propio Colegiado señala en el fundamento jurídico 33 de la sentencia en comento.

Precepto legal impugnado	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional
<p>Decretos Leyes N.ºs. 25475, 25659, 25708 y 25880</p> <p>Por afectación del principio de legalidad</p> <p>En la demanda se señala que:</p> <p>“Las normas antiterroristas y las que regulan el tema de terrorismo especial, vulneran reiteradamente derechos fundamentales y principios constitucionales consagrados”</p> <p>En cuanto a los Decretos Leyes N.ºs. 25475, 25659, 25708 y 25880.</p> <p>Los demandantes señalan que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece y que contradicen y violan derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los tratados internacionales suscritos por el Perú.</p> <p>Respecto del principio de legalidad sostienen que, el párrafo “d)” del inciso 24) del artículo 2º, la Constitución prescribe “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley “</p> <p>Los demandantes enfatizan que, el artículo 2 del Decreto Ley N.º 25475, define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta violando el principio de legalidad.</p>	<p>Sentencia de 3 de enero de 2003.</p> <p>Fundada en parte la demanda y declara:</p> <p>Inconstitucionales el artículo 7º, y el inc. h) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475, así como la frase “con aislamiento celular continuo durante el primer año de detención y luego” y “En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”, del artículo 20º del Decreto Ley 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12º del mismo Decreto Ley 25475;</p> <p>Asimismo, se consideran inconstitucionales los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del Decreto Ley 25659 y los artículos 1, 2 y 3. También la frase “o traición a la patria” del artículo 6 del mismo Decreto Ley 25659 y los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Ley 25708; los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N.º 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Ley N.º 25744.</p> <p>Y declara infundada, por mayoría en lo demás que contiene; y señala que forma parte integrante de la parte resolutive los fundamentos jurídicos N.ºs. 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 88, 93, 104, 106, 107, 128, 130, 131, 135, 137, 142, 146, 154, 159, 172 y 174.; Tribunal Constitucional, Exp.010-2002-AI/TC; párrafos primero, segundo y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 3 de enero de 2003.</p> <p>En tal sentido, consideramos necesario resaltar los aspectos más importantes y trascendentes del fallo:</p>

Con relación al Decreto Ley N° 25659, que tipifica el llamado delito de traición a la patria, en realidad –dicen– no tipifica ninguna figura nueva de delito, no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475; y que su objetivo fue trasladar arbitraria e inconstitucionalmente el procesamiento y juzgamiento de civiles al fuero militar, no permitido por la Constitución de 1979, con lo cual también se ha violado el principio de legalidad.

Las modalidades delictivas descritas en los Decretos Leyes N°s. 25475 y 25659, según los demandantes, están comprendidas indistintamente tanto dentro del delito de terrorismo como del delito de traición a la patria. Consideran que, de esa manera, se ha violado el principio de legalidad previsto en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La demanda también se funda en el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

Consideran los demandantes que los Decretos Leyes que impugnan impiden el ejercicio del derecho de defensa, que es una garantía constitucional, al no permitir que los abogados defensores patrocinen simultáneamente a más de un encausado, así como el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto imponen al juez penal que dicte el auto apertorio de instrucción con orden de detención.

También sostienen los accionantes que, se viola los derechos constitucionales a la jurisdicción predeterminada por la ley, al debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser incomunicado sino tan solo por el tiempo necesario, a la pluralidad de instancias y otros.

Finalmente los demandantes estiman que los decretos leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de beneficios penitenciarios y del derecho internacional humanitario. (Tribunal

a) Respecto de la inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria

En el fundamento 36) de la sentencia en comento, el Colegiado señala de manera expresa: “El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1 del Decreto Ley N° 25659... En esencia, pues un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos.”; Tribunal Constitucional, Exp.010-2002-AI/TC; f.j. n° 36, de la sentencia de 3 de enero de 2003

b) Respecto del principio de legalidad respecto del tipo penal de terrorismo que se ha vulnerado con los preceptos legales impugnados.

El Colegiado en los fundamentos 45) de la misma sentencia señala que: “El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en el Ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa sea “expresa e inequívoca” (*Lex certa*).” (Tribunal Constitucional, Exp.010-2002-AI/TC; f.j. n° 45, de la sentencia de 3 de enero de 2003)

Comentario:

En la sentencia en comento, el Colegiado, aplica de manera directa la Constitución – característica de todo Estado constitucional y democrático– y, precisa que los Decretos Leyes sujetos a control de constitucionalidad fueron emitidos por un gobierno de facto en el año 1992 estando vigente la Carta política de 1979, que luego, al restablecerse el sistema democrático en nuestro país, fueron convalidados por Ley Constitucional de 9 de enero de 1993; por ello, refiere que es de aplicación *la teoría de la continuidad* (f. j. 13) y por tanto el control de constitucionalidad se hará –como en efecto se hizo– en base a la Constitución de 1993 (f. j. 19), pues la demanda se presentó estando en vigencia esta última (f. j. 22).

Por otro lado, respecto de *la legitimidad de las sentencias interpretativas*, el Colegiado señala que existe un aspecto muy importante que debe resaltarse, que es que los preceptos legales cuestionados, al haberse convalidado, como ya se ha señalado en el párrafo precedente, y al haberse incorporado a nuestro sistema jurídico, fueron analizados tanto teniendo en cuenta su *texto* como en su *sentido normativo*; tratándose en este sentido de sentencias interpretativas normativas, que abarcan ambos conceptos, lo cual, normalmente –no siempre–, el Colegiado, analiza y se pronuncia sólo respecto de la norma o normas que deriva o derivan del texto, dejando inalterada la disposición.

Debe resaltarse el hecho de que, si bien es cierto que ya no está en discusión la facultad del Colegiado para emitir este tipo de sentencias, también lo es que esta atribución no es ilimitada, en razón de que de la propia Constitución surgen límites para la judicatura; por eso, en el presente caso, el órgano contralor señala que tomará en cuenta –entre otros– los principios de *conservación de la ley* así como el de *interpretación conforme a la Constitución* (f. j. 35).

Ello es, desde nuestro punto vista, de singular importancia en razón de que –como lo hemos señalado supra en el presente trabajo (numeral 3.1)–, una de las características de este tipo de sentencia es que deben dictarse teniendo en cuenta los principios previstos en la misma Ley fundamental, a fin de enjuiciar la constitucionalidad de los Decretos Leyes cuestionados, en cuya virtud determina cuál es el contenido normativo de los mismos (cómo debe entenderse para ser conforme a la Constitución); lo cual le permite al operador judicial, ya sea al juez ordinario o juez constitucional, una correcta aplicación, demostrándose con ello cómo los fallos del Colegiado coadyuvan al legislador en la creación de preceptos normativos en nuestro sistema de justicia, tal como el Colegiado lo hace en la sentencia que venimos comentando.

En relación con la *inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria*, el Colegiado señala que *comparte el criterio sostenido por los demandantes* (f. j. 36); ello porque –según sostiene– éste se encuentra previsto tanto en el Decreto Ley N° 25659, como en el Decreto Ley N° 25475 (cuestionados por inconstitucionales); esto es, que un mismo hecho está reglado por dos tipos penales distintos; ello es así porque el legislador en el primero ha reiterado –duplicado– el contenido del delito de terrorismo en el tipo penal de traición a la patria, que ya se encontraba previsto en el último, lo que daba lugar a que los investigados por estos delitos, fueran

juzgados tanto por lo justicia ordinaria como la justicia militar; por ello mismo el Colegiado constitucional, señala que *ello significó un inaceptable grado de discrecionalidad tanto del Ministerio Público y las autoridades judiciales* –citando el caso Castillo Petruzzi– (f. j. 39); a nuestro modo de ver, como lo señala el Colegiado, se ha vulnerado el principio de legalidad previsto en el literal “d”, numeral 24) del artículo 2° de la Constitución, concordante con lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código penal, por ello el Colegiado declara inconstitucional el citado Decreto Ley, ordenando de este modo el sistema normativo en relación a este tipo de delitos y no permitiendo el uso arbitrario o abusivo del poder estatal –*ius puniendi*–, siendo por tanto, una respuesta jurídica pertinente y adecuada a la demanda planteada.

Respecto a la vulneración del derecho al juez natural, que se habría violado con el artículo 4° del Decreto Ley N° 25659 y artículo 2° del Decreto Ley N° 25880 y los artículos 2° y 3° del Decreto Ley N° 25708, que establecían que los tribunales militares podían juzgar civiles en los delitos de traición a la patria o de terrorismo; el Colegiado refiere que, con los preceptos legales impugnados se afecta el principio del derecho a un juez natural, en razón de que, los tribunales militares tienen por función juzgar delitos de función de efectivos militares; y por tanto, no es posible, que los miembros de las Fuerzas Armadas que tienen la misión de combatir a los grupos levantados en armas (subversivos), tengan a su vez la tarea de juzgar a civiles por estos delitos.

En este extremo el Colegiado, citando al efecto el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (f. j. 98), realiza una labor interpretativa desde la Constitución, así como de los tratados internacionales de derechos humanos (de acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución) y concluye que los preceptos impugnados son inconstitucionales (f. j. 109) al afectar el Derecho al Juez natural, al que toda persona tiene en el ejercicio de sus derechos.

De otro lado, es importante resaltar el pronunciamiento que el Colegiado hace en relación a la pena de cadena perpetua, cuya inconstitucionalidad es planteada por los demandantes, bajo el epígrafe de *la cadena perpetua y la reincorporación del penado a la sociedad* (f. j. 178).

Al respecto, citando al efecto lo previsto por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere que el régimen penitenciario tiene por finalidad la reforma y readaptación social de los penados; este límite está previsto en el numeral 22) del artículo 139° de la Constitución (f. j. 180). En ese orden de ideas concluye que, si bien, la cadena perpetua está prevista en nuestro sistema penal; sin embargo, la inconstitucionalidad de esta radica en el hecho de que ella sea indefinida, por lo que exhorta al Legislador a fin de que este determine que la cadena perpetua no sea un pena sin plazo de culminación y, por tanto, propone que luego de 30 años de iniciada su ejecución se deben establecer mecanismos de revisión de dichas sentencias, con la posibilidad de (eventualmente) variar las mismas.

En este extremo es de resaltar cómo el Colegiado hace notar que las penas no pueden ser arbitrarias y abusivas, ni menos ilimitadas, sino que deben tener una duración o plazo definido; en este sentido, la pena tiene por objeto readaptar al penado a fin de que éste pueda, una vez cumplida la condena, reincorporarse a la sociedad, (artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código penal), lo cual sin duda no puede lograrse con la cadena perpetua; sin embargo, teniendo en cuenta

que esta modalidad de sanción sí está prevista en nuestro sistema de justicia sólo cuando se trata de delitos de traición a la patria (artículo 140° de la Constitución), el Colegiado exhorta al legislador a fin de que en un plazo razonable, pueda legislar al respecto (fund. jur. 194).

Desde nuestro punto de vista, en la sentencia en comento, se ha cumplido con el objetivo o mejor dicho la razón de ser de las sentencias interpretativas, respecto de los preceptos normativos a que fueron materia de cuestionamiento, al haber establecido que ellos –una parte–, son inconstitucionales, por lo que algunos son expulsados del sistema, en otros, se determina cómo debe entenderse para ser conforme con la Ley fundamental, y finalmente exhorta al Legislador respecto de lo señalado en el párrafo precedente; siendo por ello a nuestro modo de ver una respuesta adecuada al problema de inconstitucionalidad planteado por los demandantes.

4.2. Exp. 0004-2006 PI/TC de 29 de marzo de 2006, respecto de la inconstitucionalidad de la Ley 28665 sobre organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial;

Demandante : Fiscal de la Nación.

Materia : Proceso de inconstitucionalidad a fin de que se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de la Ley 28665 de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial

Fallo : Fundada en parte la demanda y declara inconstitucionales las disposiciones de la ley N° 28665:

Tipo de sentencia : Interpretativa, normativa, reductora

Precepto legal impugnado	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional
<p>Ley N° 28665 de Organización Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.</p> <p>Por afectación de los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de autonomía del Ministerio Público, de independencia e imparcialidad, así como el derecho a la igualdad ante la ley.</p> <p>Concretamente se declare inconstitucionales:</p> <p>a) Artículo 10, inc. 2), que dispone que la Sala Suprema Penal Militar Policial se encuentre a cargo de uno de los tres vocales</p>	<p>Sentencia de 29 de marzo de 2006, que declara:</p> <p>Fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, en consecuencia, inconstitucionales las siguientes disposiciones:</p> <p>a) Inconstitucional, el extremo del artículo 8, que establece lo siguiente “Las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial”</p>

supremos del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, Aduce que vulnera el mencionado principio, toda vez que se excluye sin causa objetiva los dos vocales supremos de la jurisdicción ordinaria

b). Cuarta Disposición transitoria, según la cual los fiscales supremos penales militares policiales, designados por la Junta Transitoria, Calificadora y Designadora, se integran a la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público. Alega que la presente disposición vulnera el principio constitucional de igualdad, en tanto que únicamente los mencionados fiscales supremos penales, militares policiales designados “Provisionalmente” por la junta señalada podrán integrar la junta de fiscales supremos, excluyendo de esta manera a los fiscales supremos provisionales nombrados de acuerdo con el Decreto Legislativo 052-Ley Orgánica del Ministerio Público. (Tribunal Constitucional, Exp. 0004-2006-PI/TC, “antecedentes-argumentos de la demandante”)

Señala que las disposiciones cuestionadas, también vulneran los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, por ello se cuestiona:

a) artículo I del Título Preliminar, el cual prescribe que la Jurisdicción Especial en Materia Penal Militar se vincula en el vértice de su organización con el Poder Judicial y administra justicia en nombre del pueblo. Al respecto refiere que, conceptualmente, la unidad afirma la propiedad de todo ente, según el cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En el caso del Poder Judicial, es imprescindible que todos los jueces se sujeten a un estatuto orgánico único, pues mientras

el Poder Judicial sea un ente orgánico, cohesionado, jerarquizado, y con una sola cabeza directriz, podrá decirse que está en aptitud de ser independiente. Pero - si como hace la ley-, se introduce en el un cuerpo extraño, ajeno a su organización, el principio de unidad desaparece y se abren las puertas para minar su independencia.

Asimismo, refiere que se vulneran los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional al haberse establecido

b) Inconstitucional en parte, el artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Cuarta Disposición Modificatoria de la Ley N° 28665, en el extremo que establece: “cuya conformación y presidencia, se regulan en la Ley de Organizaciones, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo “ El trabajo jurisdiccional en Penal Militar Policiales realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial”

c) Inconstitucional el extremo de la Sexta Disposición Complementaria que establece “la misma que previa aprobación por la Sala Suprema Penal Militar Policial, es remitida al Poder Ejecutivo para que en el plazo de diez (10) días contados desde su recepción proceda a aprobarla mediante Decreto Supremo”, quedando redactado del siguiente modo: “La Sala Suprema Penal Militar Policial, a más tardar dentro de los cinco (5) días calendario de instalada, procede a designar a la Comisión encargada de elaborar en el plazo de ciento veinte (120) días calendario, la propuesta de Reglamento de la Ley”.

d) Inconstitucional el extremo del inciso 1) del artículo 10 que establece: “del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo. “La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco (5) Vocales Supremos; tres (3) de formación jurídico militar policial, los mismos que pasan a situación de retiro en la fecha de su nombramiento, con el grado militar o policial que ostenten; y dos (2) Vocales provenientes de la jurisdicción ordinaria.

e) Inconstitucional el inc. 2) del artículo 10.

f) Inconstitucional el inc. 3) del artículo 12.

g) Inconstitucionales los extremos del artículo 14 que establecen lo siguiente: “Del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial” y “para todos los efectos”, quedando redactado del siguiente modo:

que la Sala Suprema Penal Militar Policial sea integrada además por tres vocales provenientes de la jurisdicción especial, a quienes se les ha otorgado los mismos derechos que los vocales supremos, es decir que tienen “plenos derechos para intervenir con voz y voto en la Sala Plena de la Corte Suprema en asuntos que competen a la jurisdicción ordinaria.

b) Primera Disposición Complementaria, en concordancia con el artículo 15, inciso 3) en cuanto ambas disposiciones establecen criterios acerca del Pliego Presupuestal de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. Según refiere las mencionadas disposiciones disponen que administrativa y económicamente el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial tiene plena autonomía, no teniendo punto de conexión con la estructura organizativa y económica del Poder Judicial.

c) artículos 23 y 28, que otorgan competencia al Consejo Superior Penal Militar Policial Para crear, reducir y trasladar sedes; así como para determinar la demarcación geográfica de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales y los juzgados Penales Militares Policiales. Al respecto manifiestan que dichas disposiciones vulneran el principio de unidad y autonomía del Poder Judicial, toda vez que este carece de la citada competencia.

También la Fiscalía de la Nación sostiene que el principio de autonomía del Ministerio Público es vulnerado por las siguientes disposiciones:

a) artículo XII del Título Preliminar, el cual dispone que el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial depende funcionalmente del Fiscal Supremo Penal Militar Policial. Alega que este artículo vulnera el mencionado principio, toda vez que los Fiscales Penales Militares Policiales dependen administrativa, funcional y orgánicamente de la Fiscalía Suprema Penal Militar Policial, quedando fuera del ámbito de control de los órganos de línea del Ministerio Público

Por otra parte, arguye que los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional son vulnerados por las

“Al asumir el cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, el magistrado adquiere la condición de Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en concordancia con lo dispuesto en párrafo 10.1”

h) Inconstitucionales el extremo del inciso 6) del artículo 9, que establece lo siguiente: “las cuestiones de competencias, en relación con los delitos de función, así como”, quedando redactado del siguiente modo: “Dirimir los conflictos sobre atribuciones que se presenten entre órganos de esta jurisdicción especializada; en los casos de cuestiones de competencias corresponde actuar como Vocal ponente a cualquiera de los Vocales Supremos provenientes de la Jurisdicción Ordinaria”, y los incisos 1, 2 y 3 del artículo 6.

i) Inconstitucionales el inciso 7) del artículo 9, el inciso 5) del artículo 17 y los incisos 1), 2) y 3) del artículo 36

j) Inconstitucional el inciso 7) del artículo 15.

k) Inconstitucionales el primer y segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria.

l) Inconstitucional el inciso a) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar del artículo XII del Título Preliminar, en el extremo que establece lo siguiente: “en la Junta Suprema de Fiscales del Ministerio Público”.

m) Inconstitucionales el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Judicial Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en el extremo que establece lo siguiente: “Oficiales Judiciales en situación militar o policial de actividad que se desempeñan como”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Vocales Superiores; Territoriales, Jueces, Relatores y Secretarios de Sala y de juzgado de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, así como el cuarto párrafo del artículo XII y el inciso 3 del artículo 81, este último en los extremos que establece lo siguiente “en situación de actividad”.

<p>siguientes disposiciones, que establecen entre otras previsiones que la función jurisdiccional y la función fiscal pueden ser desempeñadas por oficiales en situación de actividad:</p> <p>a) artículo 16, inciso 1, que establece que el Consejo Superior está conformado por vocales con grado militar policial de General de Brigada, o equivalente en situación de actividad.</p> <p>b) artículo 24, inciso 2. Que dispone que los miembros de cada sala de los Consejos Territoriales Penales Militares Policiales tengan grado militar o policial de Coronel, o equivalente en situación de actividad.</p> <p>c) artículo 31, que establece que los Jueces Penales Militares Policiales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial deben tener grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad.</p> <p>d) artículo 49, que dispone que los Fiscales Penales Militares Policiales que actúan en la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, son oficiales en situación de actividad, a excepción de los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales quienes deberán pasar a la situación de retiro para ejercer dicho cargo.</p> <p>Finalmente, sostiene que, de acuerdo a las disposiciones precitadas “aquellos que actúan en la función fiscal militar policial, mantendrán sus cargos castrenses; por lo tanto rigen con respecto a ellos, los principios de obediencia, jerarquía y de autoridad y subordinación; principios todos ellos, incompatibles con los postulados de un Estado constitucional de Derecho. (Tribunal Constitucional Exp. 0004-2006-PI/TC, “antecedentes-argumentos de la demandante”)</p>	<p>n) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 16, en el extremo que establece lo siguiente “Del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo:” El Consejo Superior está conformado por diez (10) Vocales Superiores.</p> <p>o) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 24, en el extremo que establece lo siguiente: “con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Cada Sala está conformada por tres (3) Vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial; son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura previo concurso público de méritos y evaluación personal, el que extiende el título oficial que los acredita.</p> <p>p) Inconstitucional el artículo 31, en el extremo que establece lo siguiente: “Del Cuerpo Judicial Penal Militar y Policial, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad, en razón del nivel jurisdiccional que ejercen”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Jueces Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal, el que extiende el título oficial que los acredita”.</p> <p>q) Inconstitucional la Cuarta Disposición Complementaria</p> <p>r) Inconstitucional los incisos 1) y 2) del artículo 3, el inciso 1) del artículo 81, el inciso 5) del artículo 15, los artículos 23° y 28, los artículos 5, y la Séptima Disposición Complementaria.</p> <p>s) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 55 en el extremo que establece lo siguiente: “entre los Fiscales Penales Militares Policiales, con el grado de General de Brigada o equivalente en situación de actividad”, quedando redactado del siguiente modo:” Los Fiscales Supremos Penales Militares Policiales son nombrados por el Consejo</p>
---	---

	<p>Nacional de la Magistratura, previo concurso público de méritos y evaluación personal; el que extiende la resolución de nombramiento y entrega el título oficial que lo acredita”.</p> <p>t) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 55 que establece lo siguiente:” e integrar el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “Para ser nombrado Fiscal Supremo Penal Militar Policial se requiere tener necesariamente formación jurídico militar policial”</p> <p>u) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 49 en los extremos que establecen lo siguiente: “e integran el Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del Ministerio Público”, “a sus órganos de control; conforme” y “a lo dispuesto en la presente Ley”; esto último en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Son nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura, se encuentran sujetos a la Constitución y a la Ley Orgánica del Ministerio Público”.</p> <p>v) Inconstitucional el artículo 53 en el extremo que establece lo siguiente: “con excepción de lo previsto en la presente Ley, en aplicación del principio de supremacía de la norma específica”, quedando redactado del siguiente modo: “Los Fiscales Penales, Militares, Policiales se rigen conforme a las disposiciones emanadas de los órganos de gestión contemplados en la Ley Orgánica del Ministerio Público”.</p> <p>w) Inconstitucional el inciso 2) del artículo 56, los incisos 1), 2) y 4) del artículo 82, así como el último párrafo del artículo XII del Título Preliminar y el apartado 8 del inciso 1) del artículo 56.</p> <p>x) Inconstitucional el inciso 1) del artículo 49.</p> <p>y) Inconstitucionales el inciso 3) del artículo 57, los incisos 3) y 4) del artículo 58, el inciso 2) del artículo 59, el inciso 1) del artículo 60, el inciso 2) del artículo 61, el inciso 1) del artículo 62°, el inciso 2) del artículo 63, y el inciso 3) del artículo 82, en cuando establecen lo</p>
--	---

	<p>siguiente: “en situación de actividad”</p> <p>z) Inconstitucional el inciso b) del apartado referido al Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial del artículo XII del Título Preliminar en los extremos que establecen lo siguiente: “Oficiales” y “en situación militar o policial en actividad”, quedando redactado del siguiente modo:” Los Fiscales que se desempeñan como Fiscales Superiores; Territoriales, ante juzgados, y los adjuntos, que actúan ante las diferentes instancias de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”</p> <p>aa) Inconstitucionales la Segunda Disposición Transitoria que crea la Junta Transitoria; calificadora y Designadora, así como la Cuarta y Quinta Disposición Transitoria.</p> <p>Declarar que el inciso 1) del artículo 9 debe ser interpretado conforme a lo expuesto en los fundamentos 54 a 58 de la presente sentencia.</p> <p>Declarar infundada la demanda en los extremos en que se cuestionan el artículo I, el inciso 1) del artículo 1, los incisos 3) y 4) del artículo 15 y el artículo 80 de la Ley N° 28665.</p> <p>Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en el fundamento N°2 de la presente sentencia.</p> <p>Disponer que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la Ley N° 28665 surte efectos al día siguiente de la publicación de la presente sentencia.</p> <p>Disponer respecto del resto de las normas declaradas inconstitucionales, una <i>vacatio sententiae</i> por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. (Tribunal Constitucional, Exp.004-2006-PI/TC; numeral 1) literales a) a la z) y aa); numerales 2), 3), 4), 5) y 6) respectivamente de la parte resolutive de la sentencia de 29 de</p>
--	--

Comentario:

Como se puede ver de la demanda, la Fiscalía de la Nación, plantea que se declare la inconstitucionalidad de los artículos I y XII del Título Preliminar, así como varios artículos de la Ley N° 28665, Ley de Organización y Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal, Militar Policial, de 7 de enero de 2006, en razón de que con ellas se habría vulnerado los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, prevista en el numeral 1) del artículo 139° de la Constitución, de autonomía del Ministerio Público, de independencia e imparcialidad; y, el derecho a la igualdad ante la ley; concretamente, se señala que será materia de análisis de constitucionalidad los siguientes aspectos:

1. Si la regulación de la Sala Suprema Penal Militar Policial y del Consejo Penal Militar Policial vulnera los principios de unidad e independencia judicial.
2. Si la creación de la Fiscalía Penal Militar Policial vulnera la autonomía del Ministerio Público.
3. Si la participación de “oficiales en actividad” en la jurisdicción especializada en lo militar vulnera los principios de independencia e imparcialidad judicial
4. Si la regulación de un Cuerpo Judicial Penal Militar Policial vulnera los principios de independencia y imparcialidad judicial, entre otros.
5. Si la creación reducción, supresión o traslado de los órganos de la jurisdicción penal militar policial dispuesta por la Ley 28665, vulnera la garantía de la inamovilidad; y otros.

Respecto del primer punto, el Colegiado señala que ya en anteriores oportunidades (SSTC Exps. n.ºs 0017-2003 AI/TC y 0023-2003 AI/TC) se ha pronunciado, y *ha establecido cuáles son los alcances de los principios básicos que rigen la actividad de los órganos jurisdiccionales, entre ellos los especializados en materia militar* (f. j. 1) y explica que la atribución o facultad de administrar justicia corresponde única y exclusivamente al Poder Judicial (numeral 1) del artículo 139 de la Constitución; y que si bien en el mismo también se considera a *la justicia militar*; ello, en modo alguno puede entenderse como una jurisdicción “independiente” de la forma general que establece la norma constitucional citada, tal como pretende el legislador con el precepto legal impugnado, máxime cuando, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, está prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial (D. S. n.º 017-93-JUS).

En este caso, el Colegiado corrige la errónea interpretación hecha por el legislador al haber señalado en la Ley que es materia de cuestionamiento que, la presidencia de la Sala Suprema Penal Militar Policial recaerá en uno de los tres vocales supremos del Cuerpo Judicial Penal Militar, excluyendo sin sustento jurídico alguno a los dos jueces supremos (integrantes del mismo Colegiado) provenientes de la jurisdicción ordinaria.

El cuestionamiento hecho por el Tribunal Constitucional es que no es posible que el legislador pueda hacer coexistir dos o más estatutos jurídicos que contengan reglas básicas de organización y funciones del Poder Judicial, así como el régimen jurídico de sus magistrados, (f. j. 35); pues con ello no sólo se generaría un estado de

incertidumbre dentro del Poder Judicial; sino que se desnaturalizaría el principio de unidad y exclusividad de administrar justicia que tiene este Poder del Estado.

Por otro lado, si bien es cierto que es constitucional que la Sala Suprema Penal Militar Policial forma parte de la Corte Suprema, al estar sujeta tanto a la Constitución y a la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin embargo, no lo es el artículo 8 de la Ley impugnada (Ley 28665), al pretender que “solo” la citada Sala especializada se encuentra sujeta a Ley cuestionada, es decir con ello se duplica innecesariamente estatutos de organización y funciones, cuando la misma está plenamente regulada por la Ley orgánica ya mencionada, en razón de que en ella están comprendidas todas las Salas de la Corte Suprema y todos órganos de este Poder del Estado; por ello, el colegiado concluye que el citado artículo 8 es inconstitucional; en razón de que: somete a la Sala Suprema Penal Militar Policial a un régimen especial distinto a aquel establecido en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial (f. j. 35)

Por otro lado, la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la cuestionada Ley 28665, con la que se modifica el artículo 30 –segundo párrafo– de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en la que se establece que la conformación y la presidencia de esta se regulan por la Ley impugnada, y no por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Al respecto se debe señalar que, la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, radica en el hecho de que si bien es cierto que la Sala Suprema Penal Militar Policial, ejerce una labor especializada; también lo es –como ya se ha señalado en el párrafo precedente–, que ésta forma parte de un todo, en este caso de la Corte Suprema y los demás órganos del Poder Judicial, cuya función exclusiva se encuentra regulada por la Constitución y la Ley Orgánica de este Poder del Estado, siendo por tanto sin justificación alguna crear un estatuto aparte, sólo para la mencionada Sala especializada; por ello, el Colegiado, declara inconstitucional el precepto legal cuestionado.

Por otro lado, respecto del artículo 10° de la Ley 28665 –cuestionada por inconstitucional– y en la que se establece que, los integrantes de la Sala Suprema Penal Militar Policial *deberán provenir* del Cuerpo Jurídico Militar Policial; así como el artículo 12.3. en cuya virtud se establece que para postular al cargo de juez supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial, se requiere necesariamente formar parte del Cuerpo Jurídico ya mencionado y ostentar el grado de General de Brigada o su equivalente; y el artículo 14 de la misma Ley cuestionada reitera los mismos conceptos para acceder al cargo de juez supremo de la ya mencionada Sala especializada; y que el “concurso” para acceder a dicho cargo lo lleve el Consejo Nacional de la Magistratura “solo” para los integrantes del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial; es decir excluyendo sin justificación ni sustento alguno, a profesionales del Derecho que, sin formar parte del citado cuerpo, posean conocimientos en la especialidad militar-policial.

Al respecto se debe señalar que, el numeral 1) del artículo 154° de la Constitución establece que es el Consejo Nacional de la Magistratura –hoy Junta Nacional de Justicia– quien tiene como atribución la de nombrar previo concurso público a jueces y fiscales de todos los niveles; y, lo que se pretende con la disposición impugnada es desnaturalizar la labor del citado Consejo, creando un órgano *ad hoc* para dicho propósito, lo que desde todo punto de vista resulta inconstitucional, máxime si con el precepto legal impugnado, se afecta los principios de igualdad en el acceso a la función pública, así como la libertad de trabajo, al excluir y no permitir que los jueces

supremos integrantes de la ya mencionada Sala especializada de la Corte Suprema no puedan postular a la presidencia de la misma; como lo ha señalado el Colegiado. (f. j. 40).

Por otro lado, en relación con el numeral 7) del artículo 9° y numeral 9) del artículo 17, de la Ley impugnada, en cuanto dispone que la Sala especializada, “es competente para designar al presidente del Consejo Superior Penal Militar Policial, a los vocales de cada una de las Salas y al vocal instructor; como se aprecia, también en este extremo, como lo hace notar el Colegiado, (f. j. 47), los preceptos impugnados son inconstitucionales, al afectar el principio de independencia judicial, debido a que esta atribución corresponde a la Sala Plena de la Corte Suprema (artículo 80° de la LOPJ); demostrándose la ilegal asignación de potestades a la Sala especializada, antes mencionada.

Respecto de la autonomía del Ministerio Público, esta se ve afectada por los artículos 55°, 56° y 82° de la Ley 28665, en razón de que con ellas se establece que los fiscales penales militares policiales, para efectos de control, se encuentran sujetos tanto a la Ley Orgánica del Ministerio Público como a la misma Ley 28665; y que, en todo caso, “debe prevalecer esta última, por el principio de norma específica”. Como puede apreciarse, el legislador, sin sustento alguno, pretende “duplicar” estatutos referidos al control de magistrados del Ministerio Público, esto es la Ley Orgánica ya mencionada, que rige para la totalidad de los fiscales de todos los niveles, generando una regulación especial (Ley 28665) exclusiva para los fiscales de la especialidad penal, militar y policial; afectándose con ello el principio de autonomía del Ministerio Público; por ello, el Colegiado igualmente declara inconstitucional los mencionados preceptos; como se aprecia, son muchos los preceptos legales impugnados en este proceso, todos ellos están referidos a que con estos se habría afectado los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, tanto en el Poder Judicial, cuanto en el Ministerio Público, lo que ha sido corregido por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento.

Finalmente debemos precisar que el Colegiado en la parte resolutive de esta sentencia (numeral 5) declara que la inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la Ley 28665 surte efectos desde el día siguiente de su publicación, y en el caso de las demás normas (declaradas inconstitucionales), ordena la *vacatio sententiae*, (numeral 6) por el lapso de 6 meses, desde la publicación de la misma en el diario oficial *El Peruano*, ello como es sabido es una figura jurídica dentro de la jurisdicción constitucional que tiene por objeto evitar un vacío en nuestro sistema normativo que podría ocasionar un perjuicio mayor al que se pretende solucionar.

4.3. Exp. n.º 00017-2011-PI/TC de 3 de mayo de 2012, respecto del delito de Colusión simple y agravada, previsto en el artículo 384° y delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400° del Código Sustantivo Penal.

Demandante : Fiscal de la Nación

Materia : Inconstitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en la Ley 29703 en el extremo que modifica los artículos 384° y 400° del Código Penal, referidos a los delitos de colusión y tráfico de influencias respectivamente.

Fallo : Fundada en parte.

Tipo de sentencia : Se trata de una sentencia interpretativa, manipulativa-reductora.

Precepto legal impugnado	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional
<p>Ley N° 29703 que modifica los artículos 384 y 400 del Código penal, respecto de los delitos de colusión y tráfico de influencias.</p> <p>“Artículo 1°.- Modificase los artículos 376, 384,387,388,400 y 401 del Código penal, con los textos siguientes:</p> <p>“Artículo 384. Colusión.</p> <p>El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad...</p> <p>Artículo 400. Tráfico de influencias</p> <p>El que solicita, recibe, hace dar o prometer, para sí o para otro, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio por el ofrecimiento real de interceder ante un funcionario o servidor público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer un caso judicial o administrativo será reprimido con pena privativa de libertad...</p> <p>Si al agente es funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código penal”</p> <p>El fiscal de la Nación, solicita que una vez que se declare fundada la demanda se emita sentencia interpretativa-manipulativa, reductora, suprimiendo la frase “patrimonialmente” del delito de colusión</p> <p>Y respecto del delito de tráfico de influencias, se emita igualmente el mismo tipo de sentencia, suprimiendo la palabra “real” a fin de descartar cualquier interpretación del citado dispositivo en el sentido de entender la influencia que alega el sujeto activo tenga que ser necesariamente</p>	<p>Sentencia de 3 de mayo de 2012, que declara Fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384° del Código penal a través de la Ley 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente” (Tribunal Constitucional, Exp.00017-2011-PI/TC; numeral 1) de la parte resolutive de la sentencia de 3 de mayo de 2012.</p> <p>Al respecto el Colegiado en el fundamento 30 de la sentencia en comento señala:</p> <p>“30). En este contexto, la pretensión postulada por la parte demandante en el sentido de cuestionar la modificatoria del artículo 384 del Código Penal, resulta atendible, y en tal sentido debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término “patrimonialmente”, a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador-,orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública; Tribunal Constitucional, Exp.00017-2011-PI/TC; f.j. n° 30, de la sentencia de 3 de mayo de 2012</p> <p>Es pertinente precisar que en el presente caso el control constitucional constituye un caso atípico en el que la ley cuestionada tuvo vigencia muy breve, la misma que habiendo sido publicada el 10 de junio de 2011 fue reemplazada por una nueva ley del 21 de junio del mismo año, que elimina el vocablo “patrimonialmente” del supuesto básico y que lo incluye únicamente en el supuesto agravado: De manera tal que la decisión de este Colegiado contenida en la presente sentencia está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador.” (el resaltado es nuestro)</p>

real y no aparente.

En la demanda se señala que, *los preceptos impugnados, contravienen los artículos 3 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la corrupción, como parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43,44, y 76 de la Constitución.*

Sostiene que.. *“Así la contravención a los principios que se tienden a proteger en las adquisiciones del Estado (transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario) no precisa de un perjuicio patrimonial al Estado. En ese sentido, alega que los referidos tratados internacionales contienen normas de desarrollo constitucional en la medida que establecen que no es requisito indispensable el perjuicio patrimonial para la configuración de los delitos de corrupción, entre ellos colusión (artículo 384 del Código penal). (Tribunal Constitucional, Exp. 00017-2011-PI/TC, “antecedentes-argumentos del demandante”)*

Y declara **infundada** en lo demás que contiene

Creemos importante señalar que en relación con la demanda de **inconstitucionalidad** del artículo 1 de la Ley 29703, a fin de que se suprima la palabra **“real”** en el delito de tráfico de influencias previsto en el artículo 400 del Código Penal.

El Colegiado, en los fundamentos 35 y 36 de la sentencia en comento ha señalado:

Fundamento 35.

“En cuanto al argumento esgrimido por la parte demandante atinente a que la exclusión del supuesto de tráfico de influencias simuladas no es conforme con el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, cabe señalar que el referido tratado no contiene en estricto un mandato imperativo al Estado peruano para criminalizar de determinada manera el delito de tráfico de influencias. Este no es el caso, por ejemplo, de los artículos 16,17 y 23, de la Convención, referidos a la obligación de reprimir soborno de funcionarios públicos extranjeros, la desviación de bienes y blanqueo del producto del dinero respectivamente, que sí contienen un mandato imperativo para el Estado peruano. Así en cuanto al soborno de funcionarios públicos extranjeros se prescribe que. “cada estado parte adoptará las medidas legislativas para tipificar como delito en cuanto a la desviación de bienes ... En cambio para el delito de tráfico de influencias el referido tratado internacional en su artículo 18 prescribe “cada Estado parte, considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito. De este modo -señala- **el Tribunal Constitucional no considera que de dicho tratado se derive la obligación del Estado peruano de prever como supuestos de tráfico de influencias los casos de influencias simuladas** (el resaltado es nuestro) Tribunal Constitucional, Exp.00017-2011-PI/TC; f.j. n° 35, de la sentencia de 3 de mayo de 2012

Fundamento 36

“36) Ahora bien, cabe señalar que la desestimatoria de este extremo de la demanda atiente al cuestionamiento de la descriminalización del tráfico de

	<p>influencias simuladas no implica en modo alguno que necesariamente la persecución penal de los actos de tráfico de influencias cuando estas sean simuladas resulte inconstitucional. En efecto, en el presente caso se ha analizado la constitucionalidad de la despenalización de los actos de tráfico de influencias irreales, no habiéndose encontrado disconformidad con la norma constitucional. Sin embargo, de ello no se puede inferir de manera mecánica que el legislador esté prohibido de incorporarlo al ordenamiento jurídico. Ello supondría un nuevo juicio de constitucionalidad sobre su criminalización, aspecto que no ha sido materia de demanda de inconstitucionalidad”. Tribunal Constitucional, Exp.00017-2011-PI/TC; f.j. n° 35, de la sentencia de 3 de mayo de 2012</p>
--	---

Comentario:

La sentencia resuelve una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 29703, en el extremo que modificó los artículos 384° y 400° del Código penal, alegándose que, indebidamente, añadieron las palabras de “patrimonialmente” y “real” en los delitos de colusión y tráfico de influencias respectivamente.

En la demanda se alega que los preceptos legales cuestionados contravienen los artículos 3° y 18° de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, así como el artículo XII de la Convención Interamericana contra la corrupción.

Previamente debemos señalar que los delitos de colusión y tráfico de influencias se encuentran comprendidos en el Libro II, Título XVIII (delitos cometidos contra la administración pública), y específicamente en su Capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos); es decir, se trata de ilícitos cometidos no por cualquier ciudadano, sino por personas que tienen la calidad de servidores de la administración pública del Estado.

También es necesario precisar que la parte demandada en este caso el Poder Legislativo, al contestar la demanda señala que no está obligada a argumentar la misma, debido a que por Ley N° 29758 de 21 de julio de 2011, dejó sin efecto los artículos 384° y 400° del Código penal sobre colusión y tráfico de influencias, esto es derogó la modificación que el mismo Legislador hizo con la Ley cuestionada; y que por ello debería operar la sustracción de la materia.

Al respecto el Colegiado señala que, ello no impide que las normas cuestionadas –pese a haber sido derogadas– puedan tener efectos jurídicos y, por tanto, en este caso no puede operar la sustracción de la materia; señala que en anterior oportunidad ha emitido criterio jurisprudencial al respecto (Exp. n.° 004-2004-CC, f. j. 2 y otros) y, por tanto, será analizada y se pronunciará sobre el fondo del asunto (f. j. 3).

El Tribunal Constitucional, bajo el epígrafe de *Derecho Penal y Constitución* (f. j. 4.3) refiere que, a diferencia de la regulación de los delitos y penas que se hacía en el Estado legislativo de Derecho, en el Estado constitucional de Derecho la política penal en general (delitos y sanciones) toman como sustento los valores y principios de la Constitución, aspecto que hemos señalado en el numeral 1.2.2 *supra* del presente trabajo; por eso, con razón, señala que: “De este modo, existen una serie de principios limitadores de la potestad punitiva estatal”, (f. j. 5); y concluye señalando que: “Estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma penal no prevé una protección suficiente a los derechos constitucionales que pretende proteger” (f. j. 8).

Un aspecto importante que deseamos resaltar es el hecho de que el Colegido en su sentencia, respecto de la persecución penal de los delitos de corrupción, señala que en los delitos de colusión y tráfico de influencias –donde se han añadido conceptos, cuya constitucionalidad se cuestiona–, están referidos a la función pública, citando el preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, señala que: “La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos” (f. j.15).

De otro lado, se debe señalar que el artículo 384° (colusión) del Código penal tiene por objeto proteger y garantizar la transparencia, imparcialidad en los contratos que el Estado celebra con terceros; al respecto, la Corte Suprema, señala que: “el delito de colusión es de resultado, que se comprueba con la lesión a los intereses del Estado, que no necesariamente han de ser medidas económicas, en la medida que son los principios de objetividad e imparcialidad en la contratación pública la que se lesiona” (R. N. n.° 1111-2014-Huancavelica, *Jurisprudencia*, Ediciones Legales, pág. 267). La importancia de proteger los bienes jurídicos del Estado mediante el Código penal es resaltada en la presente sentencia por el Tribunal Constitucional. (f. j. 19) y, respecto del delito de tráfico de influencias (artículo 400° del Código penal), supone que incurre en este el funcionario que invoca tener influencias reales o simuladas, y en virtud de ello obtiene beneficio para sí o para un tercero.

Ahora bien, siendo que la pretensión del Fiscal de la Nación es que se expulse del artículo 384° del Código penal impugnado, y más específicamente la palabra “patrimonialmente”, es evidente que el Colegiado estimó la demanda y por ello dictó una sentencia interpretativa manipulativa reductora; sin embargo, debemos advertir que, como se ha señalado al inicio de este comentario, el propio legislador derogó el precepto legal que contenía la palabra “patrimonialmente”, por lo que el Tribunal Constitucional, como él mismo lo señala, “está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador” (f. j. 30, segundo párrafo).

Por otro lado, respecto de la palabra “real” contenida en el artículo 400° (tráfico de influencias) del Código penal, tal como fue señalado al inicio de este comentario, lo que el legislador pretendía concretamente con dicho precepto legal es que el tráfico de influencias simulado no pueda ser perseguido penalmente. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que del artículo 18° de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, invocado por el Fiscal de la Nación en su demanda, concluye que: no considera que de dicho tratado se derive una obligación del Estado peruano de prever como supuesto de tráfico de influencias los casos de influencias simuladas (f. j. 35) (el subrayado es nuestro)

Por ello, el Colegiado en este extremo declaró infundada la demanda; no obstante, de manera acertada sostiene que ello no implica que el legislador en el futuro no pueda incorporar dicho concepto (simulación) en el ordenamiento jurídico penal a fin de sancionar este tipo de ilícitos cometidos por funcionarios públicos.



Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

1. Iniciamos el presente trabajo, señalando la importancia que la Constitución tiene como norma jurídica suprema; precisamos que en Occidente, luego de las revoluciones de fines del siglo XVIII, tanto en EE.UU. de Norteamérica como en Francia, el constitucionalismo surgente se tradujo en la declaración de libertad de ambas naciones, a través de la Constitución política de 1787 en el primero; y, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en el segundo (como los hemos señalados en los puntos 1.1.2. y 1.1.3. del presente trabajo), y se consolidaron los sistemas jurídicos del *Common Law* y Europeo continental, respectivamente, el primero basado en la experiencia anglosajona, proveniente de Inglaterra, y en el segundo el Estado legislativo de Derecho, basado en la Ley emitida por dicho poder; en ambos casos se termina la ligazón con las monarquías absolutas que los gobernaron y se implementaron sistemas democráticos, esto es, basados el gobierno del pueblo; en ambos por primera vez se reconoció el valor de la persona humana y la defensa de sus derechos fundamentales, estableciéndose a la vez la división del poder (legislativo, ejecutivo y judicial), con facultades asignadas de manera precisa a cada uno de ellos, con la finalidad evitar la concentración del poder en uno solo de ellos.
2. En el sistema Europeo-continental, al que se encuentra adscrito el Perú por razones históricas, se implementó –como lo hemos señalado– el denominado Estado legislativo de Derecho, donde la Ley emitida por el legislador tenía una mayor importancia y prevalencia que la propia Constitución, en razón de que ésta solo era considerada como un catálogo de principios políticos y normas encargadas de organizar el Estado.

En este sistema no era posible la constitucionalización del Derecho y el respeto de los derechos fundamentales previstos en la Carta fundamental, distinto a lo que ocurría con el sistema de justicia del *Common Law*; esto se pone particularmente en evidencia en Inglaterra, donde en el año 1610 el Juez Coke, con el célebre *Bonham's Case*, con el cual por vez primera el poder judicial declaró la supremacía del Derecho o Ley Común sobre las leyes dictadas por el Parlamento, como lo señalamos en el numeral 1.1.2 *supra* del presente trabajo. También, y sobre todo, queda claro con el célebre caso *Marbury vs Madison* a través de la sentencia (cuya ponencia corresponde al Juez Jhon Marshall) del año 1803, a través de la cual la Suprema Corte de los EE.UU. de Norteamérica puso en práctica el *judicial review* o control judicial de las leyes y se hizo prevalecer el valor normativo de la Constitución como Ley Suprema, tal como lo vimos en numeral 1.1.2.2 *supra*.

En el Estado legislativo de Derecho, pese a que los Estados contaban con una Constitución escrita, no era posible la constitucionalización del Derecho, esto es la aplicación de la Carta fundamental como norma jurídica, menos aún, el control judicial de las leyes emitidas por el legislador por parte del Tribunal Constitucional, en razón de que éste, de acuerdo a la concepción de su creador el gran jurista y filósofo Hans Kelsen, sólo tenía la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes cuando estas son contrarias a la Constitución.

3. Es a partir de la segunda mitad del siglo pasado que en el sistema Europeo-continental, principalmente en Italia, Alemania, Francia y España, y luego en América latina, incluyendo desde luego al Perú, tomando como referente la experiencia constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, se implementa una nueva corriente en el pensamiento jurídico denominado constitucionalismo moderno; y con él se tiene a la Constitución como la norma jurídica de mayor jerarquía en el sistema de justicia, desarrollándose desde entonces la constitucionalización del Derecho, cuyo principal protagonista es el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la misma.

Ello ha permitido que el Colegiado, a través a de sus sentencias interpretativas, manipulativas normativas, la aplicación de la Carta fundamental, establezca nuevos conceptos y reescriba el Derecho, pronunciándose sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, en nuestro caso leyes sustantivas penales, así como aclarar la ambigüedad o vaguedad de las que en ocasiones estas adolecen y como no colmando las lagunas jurídicas que se presenta en el sistema, pero principalmente resolver o dar respuesta jurídica al problema de la inconstitucionalidad de los preceptos normativos –en nuestro caso de leyes sustantiva penales–; es decir, su actuación ya no está circunscrita solamente a la expulsión de normas del sistema de justicia cuando estas son contrarias a la Carta fundamental, como legislador negativo (artículo 103°, tercer párrafo, de la Constitución), sino adquiere mayor protagonismo, y a través de sus fallos coadyuva al Legislador en la creación de normas que permiten el funcionamiento del sistema de justicia, esto es, actúa como legislador positivo, en el buen sentido de la palabra (numeral 2.3.3 *supra* del presente trabajo).

4. En relación al tema de si Colegiado tiene o no facultades para dictar sentencias interpretativas manipulativas normativas, debe partirse atendiendo a que es el Legislativo quien, por mandato constitucional (artículo 102° de la Constitución), está facultado para dictar leyes, considerando asimismo que en esta clase de preceptos legales debe observarse los principios constitucionales de legalidad y reserva de la Ley penal (literal d) numeral 24, del artículo 2° de la Ley fundamental y artículo II del Título Preliminar del Código penal).

Si bien el artículo 201° de la Constitución no establece de manera expresa esta prerrogativa, también lo es que ella deriva precisamente de la norma constitucional, como señala el profesor Rubio Correa, cuando analiza el caso *Marbury vs Madison* (numeral 1.1.2.1. décimo segundo párrafo, *supra*); en el mismo talante, el profesor Landa Arroyo, citando textualmente lo manifestado por el juez norteamericano Hughes quien dice que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, afirma nuestro autor que la labor interpretativa del Colegiado efectivamente tiene origen en la Constitución (numeral 1.1.2.2 *supra*).

Además, es necesario recordar que la propia Constitución prevé el mayor rango de la Constitución frente al resto de disposiciones legales (artículo 51°) y que establece como un deber para todos los jueces el preferir a la Constitución frente a otras disposiciones de inferior jerarquía (artículo 138°), por lo cual la interpretación de las normas de rango legal conforme a la Constitución, base de las sentencias interpretativas, es no solo una posibilidad, sino una obligación que surge de la propia Carta fundamental.

En adición a lo explicado, el propio Tribunal Constitucional en su sentencia (STC Exp. n.º 0014-2003-AI/TC f. j. 21) precisa que su labor no es sólo establecer si un precepto normativo adolece de inconstitucionalidad y, por tanto, debe ordenar la expulsión del mismo (artículo 204º de la Constitución); sino, llevar a cabo un juicio abstracto de leyes sometidas a su conocimiento y establecer el correcto sentido de las mismas a través precisamente de este tipo de sentencias (numeral 2.3.1. *supra*).

De todo ello, podemos concluir que efectivamente se demuestra que el Colegiado está facultado constitucionalmente para emitir este tipo de sentencias; sin embargo, creemos que para evitar el cuestionamiento a la facultad del Colegiado, ésta debe manifestarse de manera expresa en la Constitución, aspecto que consignaremos en el rubro de propuestas *infra*.

5. Respecto a la interrogante de si el Tribunal Constitucional al emitir las sentencias interpretativas manipulativas normativas invade las prerrogativas del Legislador, debemos señalar que, en puridad, cuando el primero a través de sus sentencias interpretativas manipulativas normativas, como señala el profesor Rubio Llorente: “no enjuician hechos sino normas” (numeral 2.5.2 décimo párrafo, *supra*), en razón de que la labor de creación de leyes hecha por el legislador es una acción política que tiene un procedimiento totalmente diferente. Siendo así, no existe invasión alguna del primero en las labores de Parlamento; esto también es resaltado por el profesor Sosa Sacio, cuando señala que en estas sentencias “no se declara fundado o infundado un recurso, sino dan sentido o contenido a la norma mediante su interpretación”, (numeral 2.5.2, décimo segundo párrafo, *supra*). En este sentido, no existe ninguna interferencia y menos una actitud invasiva de parte del Colegiado en las labores del Parlamento; por el contrario, como se ha señalado, con esta clase de sentencias el órgano contralor de la Constitución coadyuva al legislador en la concreción de las normas a través de su labor de interpretación, en este caso de normas sustantivas penales.
6. Respecto a la pregunta de si estas sentencias son una respuesta adecuada al problema de inconstitucionalidad, o de falta de claridad en leyes de Derecho sustantivo penal que en ocasiones se presenta, debemos señalar que en el presente trabajo hemos empleado el método inductivo, esto es, ir de lo particular a lo general, y por eso hemos iniciado el análisis con el concepto de Constitución como norma jurídica, del constitucionalismo, así como del tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional y democrático de Derecho que se ha dado en los países adscritos al sistema Europeo continental (y también en el Perú) a partir de la segunda mitad del siglo pasado, lo cual ha permitido la constitucionalización del Derecho. Como consecuencia de todo ello, el Tribunal Constitucional, en calidad de órgano de control de la Constitución, adquiere protagonismo, y a través de sus sentencias denominadas de principio y atípicas (entre estas últimas, encontramos a las llamadas interpretativas, manipulativas normativas), ha logrado crear normas jurídicas que sirven de parámetro o guía para la aplicación del Derecho; y con ellas ha dado respuesta adecuada y oportuna al problemas de inconstitucionalidad, ambigüedad o falta de claridad, así como colmado las lagunas jurídicas que se presentan en nuestro sistema jurídico.
7. Como resultado de la presente investigación hemos podido demostrar la importancia y trascendencia que las mencionadas sentencias tienen en nuestro

sistema de justicia al resolver los vicios que en ocasiones ellas adolecen, y evitar la falta de normas que el Estado requiere en su tarea de administrar o impartir justicia; pero fundamentalmente hacer prevalecer el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, es a través de este tipo de sentencias que el Colegiado, sobre todo en las denominadas manipulativas (aditivas, reductoras y sustitutivas), con mayor énfasis ha desplegado no sólo su labor creativa o creadora de Derecho; sino una labor pedagógica en el ámbito del Derecho constitucional, estableciendo criterios en las diversas ramas del Derecho, los cuales permiten dar pautas a la justicia ordinaria en general, y en especial a la constitucional, lo cual permite una correcta interpretación y aplicación del Derecho en el sistema de justicia, permitiendo con ello la consolidación del sistema democrático en nuestro país.

Con lo señalado, la implicancia que el presente trabajo tiene es de reafirmar la validez y utilidad que las mencionadas sentencias tienen en nuestro sistema de justicia y, desde luego, su perfeccionamiento para afianzar la justicia constitucional en nuestro país; de este modo, coadyuvamos al objetivo de preciarnos de ser un Estado democrático y constitucional, donde los ciudadanos en general puedan confiar en el Estado y en su sistema de justicia.

Finalmente, consideramos que ha quedado demostrada la importancia de las sentencias denominadas atípicas (interpretativas, manipulativas normativas) y que ellas son una respuesta adecuada a los vicios de inconstitucionalidad y otros de las que en ocasiones adolecen las leyes sustantiva penales.

Recomendaciones o propuestas de reforma

Proponemos al Poder Legislativo a fin de que en virtud de lo previsto por el artículo 206 de la Constitución se sirva a llevar adelante la siguiente reforma constitucional:

- Consignar de manera expresa en el artículo 202° de la Constitución la facultad del Tribunal Constitucional de emitir sentencias interpretativas (normativas, manipulativas), con ocasión de los procesos de inconstitucionalidad de leyes o de normas de igual rango.

Bibliografía

1. ABAD YUPANQUI, Samuel.
2002, “Inconstitucionalidad de las autoamnistías, Derechos Fundamentales y Estado, Memoria” del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.
2. ABOUD, Georges
2019, “Garantías Procesales y Poderes del Juez”, (Coordinador Renzo Cavani), Puno, Perú.
3. ADRIAN CORIPUNA, Javier
2012, “Sobre la interpretación constitucional vinculante del Tribunal Constitucional.” Monografías, Lima, Perú
www.C:/Users/FN/Downloads/3290-texto%20del%20articulo
Consulta: 4 de mayo de 2020.
4. AGUILAR & AGUILAR, Corporación de Abogados.
2013. “Antecedentes del Constitucionalismo”
Consulta: 18 de febrero de 2013,
<http://canalegal.com/conenido.php?c=antecedentes-constitucionalismo>
5. AJA, Eliseo
1998, “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual”, Editorial Ariel, Barcelona, España.
6. ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN Eugenio.
1998, “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”, Editorial Astrea, 3º reimpresión, Buenos Aires, Argentina.
7. ALEXY, Robert
2003. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”
En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid España.
8. ALVITES Elena.
2018: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso”, Revista de Derecho N°80 (Junio-noviembre 2018), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
9. ARROYO ZAPATERO, Luis,
1983, “Principio de legalidad y reserva de la Ley en materia Penal”, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 1, N° 8, mayo-agosto, Madrid-España.
10. ATIENZA, Manuel
2010, “Interpretación Constitucional”, Universidad Libre, Bogotá, Colombia.
11. BARBERIS, Mauro.
2013. “Estado, derechos, interpretación”, Palestra Editores, Lima, Perú.
12. BERNAL PULIDO, Carlos
2009. “El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho”
Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
13. BIDART CAMPOS, Germán,
1987, “La Interpretación y el control constitucional en la Jurisdicción Constitucional”, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.
14. BLUME FORTINI, Ernesto,
2019, “Garantista y Finalista, El TC en la docencia constitucional”, diario oficial El Peruano, Revista Jurídica N°.733, Lima, Perú.
1996, “El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución”, Revista Derecho PUCP. N°. 50, diciembre de 1996, Lima, Perú.

15. BOBBIO, Norberto,
2005, “Teoría General del Derecho”, Editorial Temis, Bogotá-Colombia.
16. BOCANEGRA SIERRA, Raúl,
1982 “El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional”, Instituto de
Administración Local, Madrid, España.
17. BULYGIN, Eugenio,
2003, Universidad de Buenos Aires “Poder Judicial y democracia”, bajo el
título Los jueces ¿crean derecho?, Revista Isonomía N°18, México.
www.scielo.org.mx/scielo.
Consulta: 17-9-2019.
18. CÁCERES ARCE, Jorge Luis y otros. (Eto Cruz, Gerardo-Coordinador)2013:
“Coloquio por el Bicentenario de la Constitución de Cádiz”,
Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales
Lima, Perú.
19. CARPIO MARCOS, Edgar
2016, “Evolución del constitucionalismo peruano”, Revista Vox Juris, N°
31, Facultad de Derecho USMP, Lima, Perú
2015, “Los Vicios de la Ley”. Revista de Derecho Constitucional, N°1.
Facultad de Derecho USMP, Lima, Perú
2011, “Principio de legalidad penal y sentencias manipulativas” Revista
Vox Juris N° 21, Facultad de Derecho USMP, Lima. Perú.
2008, “Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias
interpretativas,(con especial referencia a la experiencia alemana)
www.juridicas.unam.mx
Consulta: 28 de marzo de 2020.
20. CARPIZO, Jorge,
2009, “El Tribunal Constitucional y sus límites”, Editora Grijley, Lima,
Perú.
1969, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, Boletín Mexicano
de Derecho Comparado, N° 4, 1969, México.
21. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL -Ley N° 28237 de 31-5-2004.
22. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE
NORTEAMERICA 1787 (Preámbulo)
23. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU (1993) y TRATADO SOBRE
DERECHOS HUMANOS, Ministerio de Justicia, Editora Perú, Lima, Perú.
24. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San
José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969.
25. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA PENAL PERMANENTE
2018 Casación. Expediente N°724-2-018 de 10 de julio de 2019.
26. CHANAME ORBE, Raúl
2015: “La Carta Magna-cumple ocho siglos de vigencia” diario oficial El
Peruano, revista Jurídica N°554. Lima. Perú.
27. CHIASSONI, Pierluigi.
2011, “Técnicas de Interpretación Jurídica”, Ediciones Jurídicas y Sociales,
Madrid, España.
28. DIAZ REVORIO, Francisco Javier
2003. “La interpretación Constitucional de la Ley”. Palestra Editores, Lima-
Perú.
2001, “Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional,” Editorial
Lex Nova, Valladolid- España.
1997. “Valores superiores e interpretación constitucional”, Centro de
Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.
29. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO LEXUS.

- 2000, Lima-Perú.
30. DWORKIN, Ronald
1988, “El imperio de la justicia”, Editorial Gedisa, Barcelona, España
31. EGUIGUREN PRAELI, Francisco José.
2008, “Las Sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
www.juridicas.unam.mx
Consulta: 27 de marzo de 2020.
32. ETO CRUZ, Gerardo.
2019 “Derecho Procesal Constitucional, su interpretación y desarrollo jurisprudencial”, Editora Grijley, Sexta edición, Lima.
2010. ETO CRUZ Gerardo (coordinador), GARCIA BELAUNDE, Domingo y otros “ La Sentencia Constitucional en el Perú”, Centro de Estudios Constitucionales, Editorial Adrus, Lima, Perú.
33. EZQUIAGA, GANUZAS, Francisco Javier,
2017, “ La Argumentación en el Justicia Constitucional”, Editora Grijley, Lima-Perú.
1999, “Sobre Inconstitucionalidad y Derogación”, Universidad del País Vasco, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España
34. FERNANDEZ SEGADO, Francisco.
2000. “El Tribunal Constitucional español como legislador positivo”.
Revista: Pensamiento Constitucional Año XV. N° 15 , Madrid-España.
1997. “Sir Edward Coke, El Bonham’s case y la Judicial Review, Instituto Brasilense de Dereito Público”, Año 6, N° 2, Madrid, España.
1997. “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”,
Revista P.U.C.P, Pensamiento Constitucional Año IV, N°4,
revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article
Consulta: 18 de abril de 2020.
1993. “La judicialización del Derecho Constitucional”, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 3, Valencia –España
Dialnet.LajudicializacióndelDerechoConstitucional-229787.pdf
Consulta:20 de abril de 2020.
35. FERRAJOLI, Luigi.
2016:“Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo”,
Santiago Ortegas Gomero (traducción), RZ Editores, Lima, Perú.
2011: “Principia iuris –Teoría del derecho y de la democracia” Editorial Trotta, Madrid-España.
2003. “Pasado y futuro del Estado de derecho” En:
Neoconstitucionalismo(s) Editorial Trotta, Madrid España.
2000 “El garantismo y la filosofía del derecho”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia
1995: “Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, Madrid. España.
36. FIGUEROA GUTARRA, Edwin y otros
2014 ”Vinculatoriedad de las categorías interpretativas constitucionales. Un acercamiento conceptual a las sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional”, Corte Suprema de Justicia de la República, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, Perú.
37. FIGUEROA MEJIA, Giovanni Azael.
2011,“La Presunción de Constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

38. FRIEDRICH, Carl Joachim
1997, "Filosofía del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México.
39. GARAY, Alberto F.
2009, Argentina, "Revista de enseñanza de Derecho, Bs. As.", Año 7, número 13, Buenos Aires, Argentina.
40. GARCIA AMADO, Juan Antonio.
2005a, "Retórica, argumentación y derecho", Editorial Isegoría, Madrid, España.
2005b, "Interpretación y Aplicación de la Ley Penal", Anuario de la Ley Penal, Madrid, España.
41. GARCIA BELAUNDE, Domingo.
2006, "La Constitución y su Dinámica" Palestra Editores, Lima-Perú,
GARCIA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José F.
2013: "El control de la convencionalidad en el Perú". Revista Pensamiento Constitucional. PUCP. Revistas.pucp.edu.pe
GARCIA BELAUNDE, Domingo y ETO CRUZ Gerardo
2008: "Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú" Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Político Constitucionales. Madrid-España.
42. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo
1985 "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Civitas, 4ta. Edición, Madrid, España.
43. GARCIA FIGUEROA, Alfonso
2004, "Constitución y Derechos fundamentales", Ministerio de la Presidencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.
44. GARCÍA GARCÍA, José Francisco.
2007, "Tres aportes fundamentales de El Federalista a la teoría constitucional moderna", Revista de Derecho, Vol. XX, N° 1, Santiago, Chile.
45. GARCIA PELAYO, Manuel.
1991, "Estado legal y Estado constitucional de derecho", en Obras completas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España.
1961, "Derecho constitucional comparado", 6ta. Ed. Castilla. Madrid, España.
46. GARCIA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta,
2014, "Cuestiones constitucionales, Consideraciones sobre principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. www.juridicas.unam.mx.
Consulta: 15 de enero de 2020.
47. GARCIA ROCA, Javier
2017: "Teoría y Realidad Constitucional - De la Revisión de las Constituciones: Constituciones Nuevas y Viejas" UNED, N° 40. Madrid -España
48. GARCIA TOMA, Víctor.
2014 "Teoría del Estado y Derecho Constitucional", Adrus D & L Editores, Cuarta edición, Lima-Perú.
2005 "Interpretación y Aplicación de la Ley Penal, Anuario de Derecho Penal" Lima, Perú.
www.tc.gob.pe
1994 "La Acción Popular", Gaceta Jurídica, Tomo XI, Lima, Perú.
49. GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso

- 2002, "Interpretación y Argumentación Jurídica", Revista, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.
- GASCON ABELLAN, Marina.
1994, Madrid-España." La Justicia Constitucional, Entre Legislación y Jurisdicción", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, Madrid, España.
50. GONZÁLES RIVAS, Juan José.
2005. "La Interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)", Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España.
51. GRANDEZ CASTRO, Pedro y otros.
2010: "La Sentencia Constitucional en el Perú". Editorial ADRUS, Lima, Perú.
52. GUASTINI Riccardo.
2018 "Interpretar y Argumentar". Ediciones Legales E.I.R.L., Lima, Perú.
2017 "Las Fuentes del Derecho, Fundamentos Teóricos", Ediciones Legales, Segunda edición, Lima, Perú.
2016. "La Sintaxis del Derecho", (Traducción de Álvaro Núñez Vaquero) Editorial Marcial Pons, Madrid-España.
2010. "Interpretación, Estado y Constitución". Colección Filosofía y Teoría el Derecho, Ara Editores, Lima, Perú.
2001. "Estudios de teoría constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
53. GUERRA Margarita
2016. "Cronología de la Independencia del Perú". Instituto Riva Agüero- Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
54. HABERLE, Peter
2003, "El Estado constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México.
55. HART, Herbert.
1998, "El Concepto de Derecho", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
56. HESSE, Konrad.
2012, "Escritos de Derecho Constitucional" (Selección y traducción Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez) Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.
1992, "La interpretación de la Constitución" Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España
57. HOBBS, Thomas,
1974, "Leviatán", Biblioteca del Político, Madrid.
58. KELSEN, Hans,
2001, "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución", Universidad Autónoma de México, 1era. Edición, México.
1996, "Teoría Pura del Derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.
59. LANDA ARROYO, César
2013. "La constitucionalización del derecho peruano", Revista de la facultad de Derecho PUCP N° 71, Lima, Perú.
2007, "El Tribunal Constitucional y Estado Democrático", Palestra Editores, tercera edición, Lima, Perú.
2005, "Interpretación y aplicación de la Ley Penal", Anuario de Derecho Penal, Lima, Perú.

60. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - Ley 28301 de 1-7-2004.
61. LOCKE Jhon,
2006, "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", Editorial Tecnos, Madrid, España.
62. LOMBARDI, Georgio.
1969,"Estudio preliminar, La polémica Schmit/Kelsen, sobre la justicia constitucional", Editorial Tecnos, 1era. Edición, Madrid España.
63. LÓPEZ BOFILL, Héctor,
2017, "Decisiones Interpretativas en el Control de la Constitucionalidad de la Ley", Editorial Porrúa, México.
64. LUCAS VERDU, Pablo
1983. "Estado de Derecho y Justicia Constitucional". Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 33. mayo-junio 1983, Madrid, España
65. MÁRQUEZ RIVAS, Fernando.
2010, "El Neoconstitucionalismo como nuevo paradigma", Universidad De La Salle, México.
66. MARTINES, Temistocles.
2000, "*Diritto Costituzionale*", Madrid.España.
67. MONTESQUIEU,
2010, "El Espíritu de las Leyes", Ebisa Ediciones, Lima, Perú.
68. MORALIA, Angelo Maio,
1922, "Plutarco" Roma, Italia
69. MORON URBINA, Juan Carlos
2014. "Evolución de la acción popular: el modelo de control constitucional sobre reglamentos". Revista Pensamiento Constitucional N° 19, Lima, Perú.
70. NOGUEIRA ALCALA, Humberto
2006. "Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur. Palestra Editores, Lima, Perú.
71. NUGUENT LOPEZ-GUERRA, Ricardo
1953: "El impulso y la preclusión procesales"
<http://revistaspuccp.edu.pe/index.php/derechopuccp/article/view/13242>
Consulta: 1-5-2020.
72. PRIETO SANCHÍS, Luis.
2013 "El constitucionalismo de los derechos". Editorial Trotta, Madrid, España.
73. RAMOS NUÑEZ, Carlos.
2002, "Cómo hacer una tesis de Derecho" Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima, Perú.
74. ROUSSEAU, Juan Jacobo,
1996: "El Contrato Social o Principios de Derecho Político", Taurus Ediciones, Madrid-España.
75. RUBIO CORREA, Marcial
1999, "El Sistema Jurídico" Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Octava edición, Lima, Perú.
1992: "Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842), Revista Ayer, N° 8, Madrid-España
- RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES Ballesteros, Enrique
1988. "Constitución: Fuentes e Interpretación", Mesa redonda editores s.a., Lima, Perú.
76. RUBIO LLORENTE, Francisco

- 1988, "La Jurisdicción Constitucional como forma de creación de Derecho", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8 Número 22, Madrid-España.
77. SAGUES, Néstor Pedro.
2003, "Del juez legal al juez constitucional", Dialnet, Universidad de La Rioja, Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, Buenos Aires, Argentina.
1998, "La Interpretación Judicial de la Constitución", Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.
1996, "Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional.." en La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios III, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú.
78. SALCEDO CUADROS, Carlo Magno.
2013. "El Tribunal Constitucional Legisla a Través de las Sentencias Normativas?",
Consulta: 23-9-2019.
www.blog.pucp.edu.pe/blog.ariojabermudez/2011/05/13
79. SOBREVILLA, David,
2013. "La filosofía del Derecho en el Perú", Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, Perú.
80. SOSA SACIO, Juan Manuel.
2015, "El caso Marbury vs. Madison (1803)", Editorial Enfoque Derecho, 6-noviembre, Lima, Perú.
2011, "Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional", Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
2004 "Tipología de las sentencias de inconstitucionalidad" Actualidad Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
81. SCARPELLI Uberto.
1985, "Norma, Gli strumenti del sapere contemporáneo", Turin, Italia.
82. TARELLO, Giovanni.
2013, "La Interpretación de la Ley", Palestra Editores, Lima, Perú.
83. TOMAS DE AQUINO.
1997, "Suma Teológica," Civitas, Tomo I, Madrid, España
84. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
2012. Expediente 00156-2012-PHC/TC Sentencia de 8 de agosto de 2012,
Consulta: 23 de diciembre de 2019,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
2011. Expediente 00017-2011-PI/TC. Sentencia de 3 de mayo de 2012
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
2010. Expediente 0197-2010-PA/TC Sentencia de 24 de agosto de 2010
Consulta: 17 de diciembre de 2019,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
2007, Expediente 0005-2007-PI/TC Sentencia de 26 de agosto de 2008.
Consulta: 17 de septiembre de 2019,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
2006. Expediente 2002-2006. de PC/TC Sentencia de 12 de mayo de 2006,
Consulta : 27 de diciembre de 2019.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>.
2006. Expediente 0004-2006-PI/TC Sentencia de 29 de marzo de 2006.
Consulta: 27 de diciembre de 2017.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>.
2005. Expediente 3361-2005. AA/TC Sentencia de 12 de agosto de 2005.
Consulta: 29 de diciembre de 2019.

- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>.
2005. Expediente 5458-2005-PA/TC Sentencia de 8 de noviembre de 2005.
Consulta: 21 de octubre de 2019,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
2005. Expediente . 0019-2005-PI/TC Sentencia de 21 de julio de 2005,
Consulta: 11 de diciembre de 2019,
2004. Expediente 90-2004- Sentencia: 5 de julio de 2004.
Consulta: 15 de junio de 2019,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
2004. Expediente 004-2004-CC/TC Sentencia de 31 de diciembre de 2004,
Consulta: 23 de diciembre de 2019,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
2002. Expediente 010-2002-AI/TC Sentencia de 3 de enero de 2003
Consulta: 17 de diciembre de 2017
<http://www.tc.gob.pe>.
2002. Expediente 1230-2002-HC/TC Sentencia de 20 de junio de 2002
Consulta: 17 de septiembre de 2019,
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/90-2004-A1.pdf>
85. TUSHNET, Mark
2013. “Constitucionalismo y *Judicial Review*” Palestra Editores, primera edición, Lima, Perú.
86. VANOSSI, Jorge Reynaldo,
2000, “La interpretación constitucional y las lagunas del Derecho” “Teoría Constitucional” 2da. Edición, Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.
87. VIGO, Rodolfo Luis.
2004, “Interpretación constitucional”, Editorial Lexis Nexis 2da.edición, Buenos Aires, Argentina.
88. WROBLEWSKI, Jerzy.
1985, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, Editorial Civitas, Madrid, España.
89. ZAFFARONI, Raúl
2020: “Principio de Reserva: Su Enunciad. Intimidado y privacidad.
www.consulex.com.ar/DocumentoAno2/trabajo%20-%Fuentes%20
Consulta: 6 de mayo de 2020.
90. ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENO, Valeria.
2018. “Justicia Constitucional”, Vol. I. Historia, Principios e Interpretaciones. Zela, grupo editorial, Puno. Perú.
ZAGREBELSKY, Gustavo.
2008, “El Derecho Dúctil”, Editorial Trotta, 8va. Edición, Madrid. España.