

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU

ESCUELA DE POSGRADO



PUCP

**“FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO”**

Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho
con mención en Derecho Constitucional que presenta la alumna

ARACELI ACUÑA CHAVEZ

ASESOR

ENRIQUE MARTIN BERNALES BALLESTEROS

JURADO

JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ MONTERO – Presidente

LUÍS FERNANDO CASTILLO CÓRDOVA – Tercer Miembro

Lima, 2014

FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

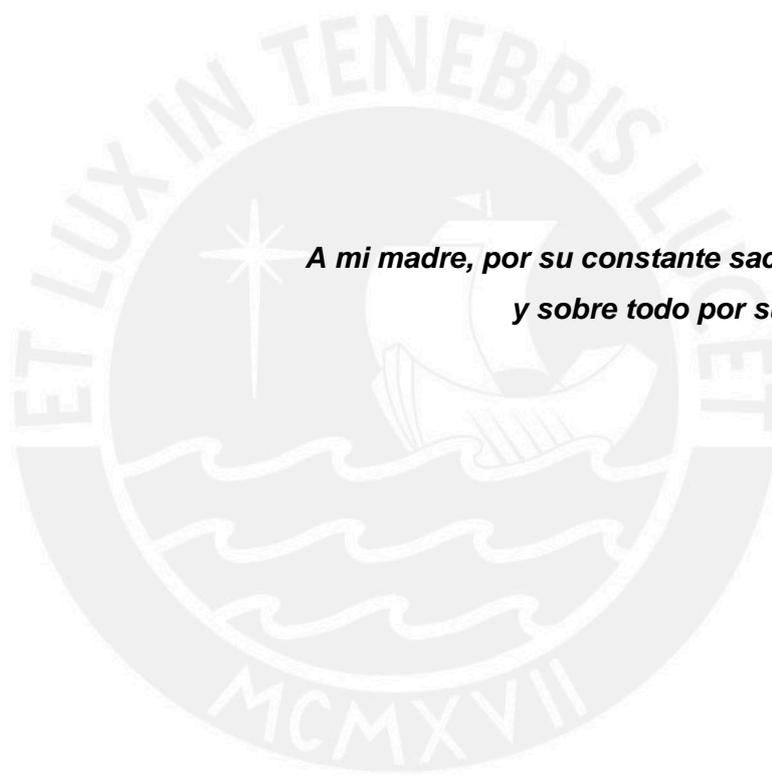
INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	5
Capítulo I	
Naturaleza y Organización del Tribunal Constitucional	
1. La jurisdicción constitucional.....	7
2. Origen del Tribunal Constitucional.....	9
3. Finalidad del Tribunal Constitucional.....	11
4. Naturaleza del Tribunal Constitucional peruano.....	12
2.1. El Tribunal Constitucional como órgano constitucional.....	14
2.2. El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional.....	16
2.3. El Tribunal Constitucional como órgano político.....	18
5. El estatuto jurídico del Tribunal Constitucional.....	23
5.1. Magistrados.....	24
5.1.1. Requisitos e impedimentos.....	25
5.1.2. Número de magistrados, duración, reelección y renovación en el cargo.....	27
5.1.3. Elección, designación, votación y juramento.....	30
5.1.4. Derechos, prerrogativas e inmunidades.....	36
5.1.5. Deberes e incompatibilidades.....	37
5.1.6. Vacancia, suspensión, inhabilitación y destitución.....	39
5.2. Composición del Tribunal Constitucional.....	42
5.2.1. El Pleno.....	42
5.2.2. Las Salas.....	43
5.3. Funcionamiento del Tribunal Constitucional.....	44
5.3.1. Sede.....	44
5.3.2. Votación y tipo de las resoluciones.....	45
5.3.4. Los recursos impugnatorios y pedidos ante esta sede.....	46
5.3.5. La imposibilidad de impugnar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional dentro de la jurisdicción interna, y la facultad del Tribunal de declarar la nulidad de sus propias resoluciones.	50
Capítulo II	
Posición Jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema de control	
1. El principio de separación de poderes y el sistema de control y balance de poderes.....	52
2. El control del Tribunal Constitucional a los poderes del Estado.....	57
2.1. El control al Poder Legislativo.....	58
2.2. El control al Poder Judicial.....	67
2.3. El control al Poder Ejecutivo.....	70
3. El control del Tribunal Constitucional a los órganos de gobierno.....	74
3.1. El control a los Gobiernos Regionales.....	75
3.2. El control a los Gobiernos Locales.....	77

4.	El control del Tribunal Constitucional a los órganos constitucionales.....	79
4.1.	El control al Consejo Nacional de la Magistratura.....	80
4.2.	El control al Jurado Nacional de Elecciones.....	83
5.	El control al Tribunal Constitucional: ¿Quién controla al Controlador?.....	86
5.1.	El control que ejercer la justicia supranacional.....	87
5.2.	El control que ejercer la opinión pública y la opinión especializada.....	89
5.3.	El control que ejercer el Congreso y el Presidente de la República.....	91
5.4.	El auto control que ejerce el propio Tribunal Constitucional.....	93

Capítulo III
Competencias del Tribunal Constitucional peruano

1.	Autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional.....	96
1.1.	Autonomía institucional.....	96
1.2.	Autonomía normativa.....	97
2.	La competencias del Tribunal Constitucionales en los procesos constitucionales.....	98
2.1.	Competencias exclusivas.....	100
2.1.1	El Tribunal Constitucional como órgano de control abstracto de las normas legales: Proceso de inconstitucionalidad.....	103
2.1.2	El Tribunal Constitucional como última instancia en todos los procesos de amparo, cumplimiento, hábeas data y hábeas corpus.....	119
2.1.3	Conflicto competencial.....	121
2.2.	Competencias compartidas.....	124
2.2.1.	Como órgano de control difuso de las normas legales.....	124
2.3.	Competencias no previstas y competencias implícitas.....	128
2.3.1.	El control de las omisiones constitucionales: Proceso de inconstitucionalidad por omisión.....	129
2.3.2.	El control de constitucionalidad de las normas infra legales.....	133
2.3.3.	El control previo de tratados.....	135
2.3.4.	El control de los decretos que declaran los estados de excepción.....	140
2.3.5.	El control del procedimiento de reforma constitucional.....	144
2.3.6.	El control constitucional de los proyectos de ley observados por el Poder Ejecutivo.....	147
2.3.7.	El control constitucional a las convocatorias a consultas populares y plebiscitos.....	148
2.3.8.	El control de constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos.....	150
2.3.9.	Otras competencias atípicas.....	151
3.	La cláusula abierta de competencias.....	152
4.	Algunos problemas y objeciones en relación a la creación de nuevas competencias del Tribunal Constitucional peruano.....	153
CONCLUSIONES.....		155
BIBLIOGRAFÍA.....		159
ANEXOS		
Cuadro comparativo del estatuto jurídico de los Tribunales Constitucionales de América del Sur.....		165
Cuadro comparativo de las competencias y atribuciones de los Tribunales Constitucionales de América del Sur.....		166



*A mi madre, por su constante sacrificio y entrega,
y sobre todo por su inmenso amor.*

“El único contenido “sólido” que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y definitivamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios.(...) Tal vez sea ésta una conclusión que no satisfaga las exigencias de claridad, pureza y coherencia del pensamiento, pero la convivencia humana no es un asunto de puro pensamiento. En hacer posible aquella coexistencia hay una labor altamente meritorio para quienes piensan que la multiplicidad, aun cuando difícil, nunca deja de ser deseable y que la plenitud de la vida, tanto individual como social, no puede reducirse a abrazar obstinadamente un solo valor y a encerrarse en la ciega defensa del mismo.”

Gustavo SAGREBELSKY
en **“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”**.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene por objeto estudiar las funciones y competencias asignadas a nuestro Tribunal Constitucional. Para este propósito, en el primer capítulo se desarrollará un análisis general del origen de la jurisdicción constitucional y las razones de su existencia. Asimismo se estudiará el origen del Tribunal Constitucional, entendido como aquel organismo constitucional autónomo e independiente, que al interior del ordenamiento jurídico, ejerce la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, garantizando los valores propios de la democracia. Luego de abordar el origen del Tribunal Constitucional a nivel mundial, veremos desde cuándo nuestro país adoptó esta institución y los motivos de dicha adopción, para luego pasar a analizar su finalidad y naturaleza. Seguidamente. Veremos el estatuto jurídico de nuestro Tribunal Constitucional, es decir, su organización y estructura: el número de magistrados que la integran, su periodo de mandato, los requisitos e impedimentos, vacancia, forma de elección de sus miembros, etc. Asimismo estudiaremos su composición a través de un Pleno y de dos Salas, su funcionamiento, su sede y el tipo de resoluciones que emite, entre otros aspectos.

En el segundo capítulo se examinará el rol que el Tribunal Constitucional juega en el Estado de Derecho y su posición jurídica en el sistema de control de poderes. En este capítulo, la investigación se centrará en analizar el control que ejerce nuestro Tribunal Constitucional sobre los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sobre los órganos de gobierno locales y regionales y, sobre algunos organismos constitucionales autónomos, como el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones; para lo cual desarrollaremos un análisis en base a casos o decisiones jurisdiccionales. Para concluir con este capítulo, se estudiará el control que otras instituciones nacionales e internacionales ejercen sobre el Tribunal Constitucional y el denominado autocontrol que este órgano ejerce sobre sí mismo.

Finalmente, en el tercer capítulo se analizará a mayor profundidad las competencias y atribuciones que se le ha encomendado al Tribunal Constitucional peruano y los límites a su ejercicio, realizando una labor comparativa con otros Tribunales y Cortes de la región, a fin de determinar si se hace necesario que nuestro Tribunal

Constitucional cuenta con nuevas competencias o si su eficacia y legitimidad depende únicamente de una regulación coherente que asegure su independencia y autolimitación. En este último capítulo prestaremos mayor importancia a las denominadas competencias no previstas, tales como: el control de las omisiones constitucionales, el control de constitucionalidad de las normas infra legales, el control previo de tratados, el control de los decretos que declaran los estados de excepción, el control del procedimiento de reforma constitucional, el control constitucional de los proyectos de ley observados por el Poder Ejecutivo, el control constitucional a las convocatorias a consultas populares y plebiscitos, y el control de constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos. Luego de realizar un análisis comparado de estas atribuciones o competencias, se verificará si muchas de ellas vienen siendo aplicadas por nuestro Tribunal Constitucional a pesar de no encontrarse previstas expresamente en nuestro ordenamiento.

Durante el desarrollo del tercer capítulo se responderá a la pregunta de si es aceptable la tesis de que el Tribunal Constitucional no necesita facultad expresa para poder ejercer ciertas competencias no previstas, debido a que muchas de éstas son en realidad concreciones de las competencias sí previstas recogidas en nuestro ordenamiento jurídico a través de fórmulas genéricas.

El análisis que efectuaremos tiene una triple dimensión: *diacrónica*, porque se estudiará la evolución histórica de cada institución a desarrollar; *sin crónica*, porque se evaluará la situación actual de las instituciones desde un punto de vista crítico; y, *comparativa*, porque se contrastará permanentemente nuestro sistema de jurisdicción constitucional con los modelos adoptados por otros países, especialmente de países latinoamericanos, a fin de establecer los aspectos comunes y las diferencias especiales, con el fin de tener una visión global del tema materia de tesis.

Lima, febrero de 2014.

CAPITULO I

NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La jurisdicción constitucional

El desarrollo de un Estado de Derecho Constitucional llevó a la necesidad de garantizar la justicia constitucional, y dentro de esta necesidad se desarrolló lo que denominamos como “jurisdicción constitucional”, concebida como aquel conjunto de normas, órganos y procesos que tienen por finalidad garantizar la plena vigencia de la Constitución.

Respecto al fundamento de la existencia de una jurisdicción constitucional, Néstor Pedro Sagüés ha señalado que para que existe un sistema de control constitucional es necesario que exista: **i)** una Constitución total o parcialmente rígida, y **ii)** un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados¹. La justicia constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de Constitución, por lo que debe ser considerada como una manifestación del Estado Constitucional de Derecho, donde prima la tutela de los derechos fundamentales, la aceptación del principio de división de poderes y principalmente el principio de supremacía constitucional, que sólo es posible en aquellos sistemas dotados de una Constitución rígida.

Sobre las razones de la existencia de la jurisdicción constitucional, podemos destacar lo señalado por Luís Castillo Córdova, quien considera que con 3 las razones que justifican la aparición de una jurisdicción constitucional, y de un órgano encargado de ejercerla: **i)** Que, a través de un órgano de control de constitucionalidad será posible asegurar la efectiva vigencia de la Constitución, **ii)** Que, a través de un órgano de la jurisdicción constitucional será posible afianzar una democracia, no sólo formal, sino material, es decir, aquella que se define según los valores y principios que subyacen de la Constitución, en particular la vigencia de los

¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derecho procesal constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 30.

derechos fundamentales; y, **iii)** Que, a través de un órgano que interpreta la Constitución como máximo órgano de decisión en los asuntos de relevancia constitucional, permitirá mantener en lo posible el consenso en cada momento histórico².

Carpizo señala por su parte, que la configuración de la jurisdicción constitucional, y con ello, de Tribunales o Cortes Constitucionales, es, pese a sus debilidades, problemas y objeciones, el mejor sistema que se ha creado para resguardar la supremacía de la norma fundamental, para controlar a los demás poderes del Estado y para defender los derechos fundamentales, es decir es el mejor defensor del orden constitucional y democrático³.

Es por esta razón que actualmente la jurisdicción constitucional se concibe no sólo como un medio de defensa del texto constitucional, sino como un verdadero componedor de conflictos sociales, es decir, es un promotor de consenso social. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00005-2005-CC/TC, cuando señala que “La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De ahí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”⁴. En ese sentido, el Tribunal Constitucional es “una institución de diálogo social y de construcción pacífica de la sociedad plural, pues participa como un auténtico órgano con sentido social, estableciendo a través de su jurisprudencia, las pautas por las que ha de recorrer la sociedad”⁵.

En consecuencia, cada vez se hace más indispensable analizar e identificar los principales problemas y objeciones que afronta la institución encargada de ejercer estas funciones, llámese Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, a fin de

² CASTILLO CORDOVA, Luis, “*El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*”, Palestra, 1ra. Edición, Lima, 2008, p. 57.

³ CARPIZO, Jorge. “*El Tribunal Constitucional y sus límites*”, Editorial Jurídica Grijley, 1ra. Edición, Lima. 2009, p. 1

⁴ STC N° 00005-2005-CC/TC, Fj. 59

⁵ STC N° 00048-2004-AI, Fj. 3 y 7

reforzar el sistema de justicia constitucional. Estos problemas van desde la organización hasta las competencias de estos Tribunales, por lo que es necesario estudiar nuevas formas de solución que vienen siendo adoptadas por otros Tribunales Constitucionales de países latinoamericanos; sin embargo, para llegar a este propósito conviene repasar algunos conceptos, categorías e instituciones propias del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

2. Origen del Tribunal Constitucional

Los Tribunales y Cortes Constitucionales existen hoy en día en casi toda América Latina, Europa, Asia y África; sin embargo, sus orígenes se remontan al siglo XX después de la primera guerra mundial, razón por la cual se dice que el Tribunal Constitucional es el producto de la tradición jurídica europea.

Si bien el nacimiento del Tribunal Constitucional como institución se produjo en Checoslovaquia y en Austria en 1920⁶, algún sector de la doctrina considera que su verdadero origen se remonta todavía al denominado *jury constitutionnaire* de Immanuel Sieyès, quien en su época ya había teorizado el rango prioritario de la Constitución respecto de las demás fuentes del derecho, así como la forma de garantizar su supremacía a través de un órgano defensor.

En cuanto a su nombre, no fue tomado de su matriz originaria austriaca de 1920, sino del modelo republicano español de 1931, a través del denominado Tribunal de Garantías Constitucionales. Posteriormente se creó el Tribunal Constitucional italiano en 1948, el Tribunal Constitucional alemán en 1949, el turco en 1961 y el yugoslavo en 1963. A lo que hay que agregar la creación del Consejo Constitucional francés en 1959, el Tribunal Constitucional portugués en 1976, el Tribunal Especial Superior griego de 1975 y el Tribunal de Arbitraje belga de 1983, y más recientemente los Tribunales Constitucionales de Polonia en 1985, Hungría en 1989 y Bulgaria en 1991.

En Latinoamérica, el primer país que incorporó un Tribunal Constitucional fue el Perú en 1979, seguido de Chile en 1980⁷, El Salvador en 1982, Costa Rica en 1989 a

⁶ Fue Hans Kelsen quien presentó su Proyecto de creación del Tribunal Constitucional Austriaco de 1918, siendo aprobado por la Asamblea Nacional Provisional de 1919, e incluido en la Constitución Austriaca de octubre de 1920.

⁷ El Tribunal Constitucional de Chile se instauró en 1971, sin embargo, sus magistrados fueron cesados luego del golpe militar de 1973. Fue con la Constitución chilena de 1980 que se reconoció al Tribunal Constitucional.

través de una Sala Constitucional en la Corte Suprema, Colombia instauró una Corte Constitucional en 1991, Paraguay creó una Sala Constitucional en 1992, al igual que Nicaragua en 1995, Bolivia creó un Tribunal en 1994, México ese mismo año, Ecuador en 1998⁸, Venezuela en 1999, y Honduras en el 2001.

Respecto a la causa de su creación se advierte que la introducción del Tribunal Constitucional en Europa se debió fundamentalmente a que fue una solución para superar la soberanía del parlamento y accesoriamente para solucionar otro tipo de problemas, como los conflictos entre los Estados de una Federación, el enjuiciamiento de los altos funcionarios públicos, el control de constitucionalidad de las leyes, etc.

Sin embargo, la creación de Tribunales Constitucionales no se extendió de inmediato a la totalidad de los países con Constitución escrita, sino que su adopción se fue dando paulatinamente, pues en un inicio se consideraba que su creación constituía una “anomalía histórica”, que no fue otra cosa que la transición a la democracia de determinados países europeos. Por esta razón Pérez Royo señala que el Tribunal Constitucional no se creó en todos los países de Europa, sino únicamente en aquellos que tuvieron dificultades para transitar del Estado liberal del siglo XIX al Estado democrático del siglo XX, como Austria, Alemania, Italia, Portugal y España.⁹ Ha sido el tiempo el que ha propiciado la apertura de los países para adoptar en sus Constituciones la jurisdicción constitucional y con ello la existencia de un Tribunal o Corte Constitucional.

En nuestro país el Tribunal Constitucional tuvo su origen con la Constitución de 1979 con el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), pero, a diferencia de lo acontecido en Europa, donde tuvo una trayectoria definida, en el Perú el TGC fue concebido como un organismo que iba a poner coto a la ineficacia del Poder Judicial. Así se advierte de los debates de la Asamblea Constituyente de 1978. En esa época el Perú venía de un gobierno militar populista de 12 años, iniciado por el General Velasco Alvarado, que se caracterizó por una serie de atropellos. Precisamente, para contrarrestar dicho exceso de poder, se consideró que el Poder Judicial no había sabido resistir frente a los excesos de un gobierno de facto; en consecuencia, lo que quedaba por hacer era crear un Tribunal independiente. Ese

⁸ El Tribunal Constitucional de Ecuador fue reconocido en la Constitución de 1945, sin embargo, funcionó solamente por 1 año, realizando únicamente funciones contencioso - administrativas.

⁹ Sobre el particular ver: DIAZ REVORIO, Francisco Javier. “*Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*”. Estudios Constitucionales, Nº 2, Año 7, 2009, p. 83, y PÉREZ ROYO, Javier. “*Curso de Derecho Constitucional*”. 5ta Edición, Madrid, España, Marcial Pons, 1998 p. 675.

fue el objetivo de la Asamblea Constituyente de 1978: crear un organismo que supliese las deficiencias que tenía el Poder Judicial en aquel momento. Fue Javier Valle Riestra, quien trajo el modelo de España, luego de haber vivido largos años de exilio en ese país, desempeñándose como abogado en Madrid. La idea fundamental del mencionado jurista fue crear un poder al lado del aparato judicial, un ente no burocratiza ni profesionalizado, que tuviera a su cargo el control de la Constitución y la defensa de los Derechos Humanos a través de determinadas atribuciones¹⁰; sin embargo, como veremos más adelante, la Asamblea Constituyente de 1978 no recogió todas las propuestas de Valle Riestra. Finalmente, la Asamblea Constituyente de 1978 aprobó la Constitución de 1979, creando el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyo periodo de vigencia comprendió entre el 19 de noviembre de 1982, fecha en que se produjo su instalación, hasta el 05 de abril de 1992, fecha en que fue desactivado a raíz del autogolpe del entonces Presidente de la República Alberto Fujimori. Instaurado el gobierno *de facto* en 1992, Alberto Fujimori promovió la elaboración de una nueva carta constitucional, logrando la aprobación y posterior ratificación, vía referéndum, de la actual Constitución de 1993. En ella se ha mantenido en esencia el modelo de la Constitución de 1979, con algunas diferencias, que incluyen el cambio de nombre del Tribunal de Garantías Constitucionales por el de Tribunal Constitucional, la reducción del número de magistrados, y el aumento de competencias a este ente de control, como veremos más adelante.

3. Finalidad del Tribunal Constitucional

Desde que se creó el Tribunal Constitucional austriaco en 1920, hasta nuestros días, se ha concebido que los Tribunales Constitucionales han sido creados con una específica finalidad: la de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, la misión principal de los Tribunales o Cortes Constitucionales es la defensa de la Constitución, pues una Constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria; sin embargo, esta garantía de defensa de la Constitución no existe sino cuando el

¹⁰ GARCIA BELAUNDE, Domingo, "El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales". En: Enfoques peruanos temas latinoamericanos N° 06: "El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate", Fundación Friedrich Naumann, Segunda Edición, Lima 1988, pp. 113 a 115.

control de constitucionalidad lo ejerce un órgano diferente e independiente (órgano constituido) de aquel que produjo la norma constitucional (órgano constituyente).

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

A lo anterior habría que agregar que los Tribunales Constitucionales tienen por misión controlar el ejercicio del poder del Estado, por lo que son consideradas como verdaderas instituciones defensoras del régimen constitucional democrático de cada país.

4. Naturaleza del Tribunal Constitucional peruano

En cuanto a la naturaleza del Tribunal Constitucional existen varias teorías: hay quienes consideran como un órgano estrictamente judicial o jurisdiccional, hoy otros que afirman su naturaleza política con cierto cariz legislativo, y unos pocos le otorgan una naturaleza administrativa.

En el caso peruano, vemos que desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales con la Constitución de 1979, hasta el actual Tribunal Constitucional por la Constitución de 1993, este organismo se ha ido perfilando en el tiempo, dotándole de una serie de características y funciones que la identifican y que estructuran su naturaleza.

En primer lugar, se señala que es el supremo órgano de control e interpretación de constitucionalidad, por cuya razón se le considera un *poder constituyente constituido*, pues se encarga de declarar y establecer el contenido de los valores, principios y normas contenidos en la Constitución (acción hermenéutica e integradora). En segundo lugar, se señala que es *autónomo e independiente*, porque en el ejercicio de sus funciones y atribuciones no depende de ningún órgano constitucional, ya que se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica - Ley N° 28301. En tercer lugar, se dice que el Tribunal Constitucional *cumple una función de racionalizar el ejercicio del poder público y privado*, pues vela por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas. En

cuarto lugar, se dice que *cumple el deber de integrar los vacíos normativos*, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución, por lo que tiene una función normativa. Y en quinto lugar, se señala que el Tribunal Constitucional *cumple una función de componedor de conflictos sociales*¹¹.

Para el tratadista Javier Pérez Royo¹² las características de los tribunales constitucionales con las siguientes:

1. Es un órgano único, en el que se concreta la interpretación definitiva y vinculante de la Constitución.
2. Es un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial.
3. Su competencia básica consiste en el control constitucional de las leyes.
4. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, protección de la distribución territorial del poder y, protección de la división de poderes.

De lo antes dicho, se puede ver que el Tribunal Constitucional no puede ser comprendido únicamente a partir de las funciones normativas que el artículo 204° de la Constitución le asigna, ni del régimen jurídico-constitucional que lo regula; pues estos aspectos resultan insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político; por lo tanto resulta indispensable analizar el papel que este órgano desempeña dentro de un Estado social de derecho.

En efecto, si verificamos la Constitución peruana de 1993 veremos que el Tribunal Constitucional tiene una particular posición en el esquema constitucional de división y separación de poderes que lo ubica como supremo guardián e intérprete de la Constitución; sin embargo, su naturaleza y carácter no se agota en esta función, pues no sólo se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, sino de los derechos constitucionales en particular. En ese sentido, se puede señalar que su naturaleza es “compleja”, en tanto que puede ser caracterizado como órgano constitucional y como órgano jurisdiccional. Incluso algunos autores le han otorgado una naturaleza de órgano político¹³.

¹¹ ETO CRUZ, Gerardo, “*El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*”, Editorial Adrus, Lima, 4ta. Ed. 2011, pp. 191-199.

¹² PÉREZ ROYO, Javier, *Ob. Cit.*, p. 925.

¹³ LANDA ARROYO, César. “*Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional*”, Palestra Editores, Lima, 1ra. Ed., 2011, p. 16-17.

4.1. El Tribunal Constitucional como órgano constitucional

El italiano Santi Romano, seguidor de las doctrinas alemanas, señala que los órganos constitucionales son aquellos cuyo estatuto jurídico está en la Constitución. En ese mismo sentido, Caballero Ochoa señala que los órganos constitucionales se caracterizan porque “son creados de manera expresa por el poder constituyente en la Constitución; son órganos técnicos altamente especializados; son independientes funcionalmente de los poderes del Estado; los titulares son elegidos o designados por los poderes públicos o residualmente por gremios o entidades privadas; gozan de autonomía administrativa, presupuestal y normativa, básicamente; los titulares gozan de prerrogativas e inmunidades para la determinación de sus responsabilidades; sostiene con los poderes y gobiernos descentralizados relaciones de coordinación; y, son entidades públicas con competencias de cobertura nacional”¹⁴.

César Landa señala por su parte que, los órganos constitucionales cuentan con una configuración que les viene dada directamente por la propia Constitución, y cuyo reconocimiento no se limita a la simple mención de sus funciones o competencias, sino que en muchos casos la propia norma fundamental establece su composición, estructura, funciones, entre otros. En otras palabras, reciben de la Constitución todos los atributos esenciales de su condición y posición en el sistema constitucional. Sin embargo, esto no impide que el legislador pueda completar, a través de su ley orgánica, los elementos no esenciales o complementarios, y en muchos casos, estos órganos constitucionales están en la capacidad de emitir sus propias normas para regularse¹⁵. Es decir, tienen capacidad autonormativa, tal como lo señala Hans Nawiasky, quien recuerda que los órganos constitucionales tienen un radio de acción exterior conformado por sus competencias y capacidades, y un radio de acción interior que se basa en la autonomía normativa, en la capacidad autonormativa y en la autonomía funcional¹⁶.

De lo antes expuesto, podemos encontrar los siguientes elementos definitorios de los órganos constituciones:

- Son creados directamente por la Constitución.

¹⁴ CABALLERO OCHOA, José Luís. “Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”. En *Jurídica*. Anuario del Departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 30, Universidad Iberoamericana, México, 2000, p. 153.

¹⁵ LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...)*, Ob. Cit., p. 17.

¹⁶ NAWIASKY Hans, “*Teoría General del Derecho*”, Editora Nacional, 2da. Edición, 1980, p. 214.

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

En el caso del Tribunal Constitucional peruano, el artículo 201° de la Constitución de 1993, además de señalar expresamente que el Tribunal es un órgano constitucional, le reconoce independencia y autonomía, cuando señala que *“el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación”*.

Por su parte, el artículo 202 le reconoce competencia al Tribunal Constitucional para: *“1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”*.

De las normas constitucionales citadas se puede ver que la Constitución le ha otorgado al Tribunal Constitucional la calidad de un órgano constitucional de especial importancia, pues a diferencia de otros órganos constitucionalidad, el Tribunal Constitucional es considerado como su supremo intérprete, no porque la Constitución así lo declare (ya que expresamente no lo hace), sino porque su configuración dentro del ordenamiento jurídico y las competencias que se le asignan, determinan que, aunque no sea el único que interprete y controle la Constitución, es el último.

Carpizo, explica esta supremacía bajo la diferencia de órganos constituidos primarios y secundarios, señalando lo siguiente: “Los poderes constituidos creados por la Constitución son: el poder revisor de ésta y el tribunal constitucional, donde ellos

existan, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y los órganos constitucionales autónomos. No obstante, ellos no tienen la misma jerarquía constitucional. (...) Todos son constituidos porque se crean en la Constitución, pero los primarios gozan de una jerarquía superior respecto a los secundarios, debido a la naturaleza de sus funciones (...) en virtud de que pueden alterar su estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los pueden crear (...) El tribunal constitucional es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los poderes u órganos secundarios debido a que es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de jerarquía superior, el tribunal constitucional no podría revisar, declarar inválidos o anular los actos de los órganos secundarios”¹⁷.

Por lo tanto, si bien el Tribunal Constitucional no es el único, si es el último para declarar la validez constitucional de las normas jurídicas, actos de gobierno o resoluciones de los poderes del Estado y de los actos privados de los ciudadanos, lo que en modo alguno significa que estos actores queden subordinados frente al Tribunal Constitucional, pues lo que se requiere en un Estado Constitucional de Derecho es que exista un órgano de control especializado, que tenga la legitimidad formal de ejercer un poder constitucional para llevar a cabo el control constitucional. Este es el caso del Tribunal Constitucional peruano; por ello, la Constitución, se refiere al Tribunal como el órgano de control de la Constitución.

4.2. El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional

Favoreu define al Tribunal Constitucional como “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”¹⁸. En ese mismo sentido, Ferrer Mac-Gregor define al Tribunal Constitucional como el “órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental”¹⁹.

De estas dos definiciones podemos ver a simple vista la naturaleza jurisdiccional que tiene el Tribunal Constitucional, sin embargo, como señala Trujillo Rincón, el hecho

¹⁷ CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites (...)*, Ob. Cit. pp. 29-30.

¹⁸ FAVOREU, Louis, “*Los Tribunales Constitucionales*”, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13. Citado por CARPIZO, Jorge. *Id.*, p. 19.

¹⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “*Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional*”, México, Porrúa y CNDH, 2004, p. 37.

de que la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional sea de naturaleza jurisdiccional no quiere decir que el Tribunal Constitucional esté dentro del Poder Judicial, pues el Tribunal Constitucional es un Tribunal independiente de los demás órganos constitucionales, único en su orden, extendiendo su jurisdicción a todo el territorio nacional, estando sometido solamente a la Constitución y a su Ley Orgánica²⁰.

En efecto, si verificamos la Constitución peruana de 1993 veremos que el Tribunal Constitucional, pese a tener un carácter jurisdiccional, no se ubica dentro de la estructura y organización del Poder Judicial; sino que le reconoce un régimen constitucional propio. Esto responde, a la necesidad de otorgarle mayor autonomía e independencia en relación con el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y demás órganos constitucionales²¹ que son objeto de control.

Por lo tanto, el hecho que la Constitución peruana no haya comprendido al Tribunal Constitucional como un órgano integrante del Poder Judicial, ello no le priva de su naturaleza de órgano jurisdiccional, pues aun cuando el artículo 201° de la Constitución señala que el Tribunal es el órgano de control de la Constitución, no implica sólo la función constitucional de velar por la supremacía de la Constitución, sino también por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, por lo que su función de administrar justicia constitucional le viene atribuido cuando el artículo 202° de la Constitución le reconoce la competencia para conocer en instancia única los procesos de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y la acción de cumplimiento; y, finalmente, los conflictos de competencia.

Por tanto, como órgano jurisdiccional, el Tribunal no sólo asume un control de constitucionalidad, sino también el respeto de los derechos fundamentales, precisando su contenido y estableciendo sus límites²². Sin embargo, ello no significa que la justicia constitucional pueda considerarse como justicia análoga y paralela a la justicia ordinaria, pues como lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, mediante los procesos constitucionales se ha “*encomendado proteger los derechos*

²⁰ TRUJILLO RINCÓN, María Antonia. “La posición del Tribunal Constitucional en el sistema de los órganos supremos del Estado”, p. 118. Consulta: 16 de junio de 2012, <www.dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=816260>

²¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 50.

²² PRIETO SANCHÍS, Luis. “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid: Trotta, 2003. pp. 217 y ss.; también: “Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. Lima: Palestra Editores, 2002. pp. 45-108.

*fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución*²³.

Precisamente, el profesor colombiano Manuel Martínez Sospedra²⁴ enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales:

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

4.3. El Tribunal Constitucional como órgano político

Autores como César Landa y Jorge Carpizo, señalan que, al carácter de órgano constitucional y jurisdiccional del Tribunal Constitucional, se suma su carácter de órgano político en tanto vocero del poder constituyente. Es decir, la naturaleza política del Tribunal Constitucional está determinado por dos razones: **i)** porque sus decisiones pueden tener efectos políticos; y, **ii)** porque cabe la posibilidad de someter a control constitucional las cuestiones políticas –*political questions*–²⁵. Sin

²³ STC 104/1985.

²⁴ MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel. "El Tribunal Constitucional como órgano político". Citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado Social de Derecho", Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 23. Consulta: 27 de diciembre de 2013. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr3.pdf>>

²⁵ LANDA, César. "Justicia constitucional y political questions". En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.º 4, CEPC, Madrid, 2000. pp. 173 y ss.

embargo, se señala también que esta naturaleza del Tribunal Constitucional se hace patente en sistemas democráticos débiles, donde las clásicas instituciones democráticas del Estado –Poder Ejecutivo, Congreso de la República y Poder Judicial– carecen de representatividad y se encuentran sumidas en una crisis de legitimidad democrática, permitiendo consolidar el peso político del Tribunal Constitucional²⁶ al asumir un rol de poder moderador, más que de un cuarto poder, en las relaciones y conflictos entre los poderes del Estado.

Con una postura similar, Alfonso Santiago señala que los órganos de control de la constitucionalidad “ejercen poder político ya que hacen prevalecer su decisión sobre lo dispuesto por el Poder Ejecutivo o Legislativo” y que la imposición “frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política”²⁷.

Cabe recordar que el origen del Tribunal Constitucional en el Perú se debe al fracaso del Poder Judicial para impartir justicia constitucional; pero, esta realidad histórica que legitimó la necesidad de la justicia constitucional autónoma e independiente; a su vez se encuentra legitimada por su ejercicio, en la medida que al ejercer el control constitucional ha puesto en evidencia la falta de credibilidad ciudadana del Parlamento y del Poder Ejecutivo; por cuanto ante la crisis de representatividad de las instancias políticas para la toma de decisiones constitucionales sobre los asuntos de Estado, las minorías políticas y sociales trasladan de la sede política a la sede judicial constitucional, la resolución de los litigios políticos.

Para muchos el Tribunal Constitucional, es un órgano jurisdiccional que se diferencia de la actividad del Poder Judicial, por cuanto la jurisdicción constitucional entra dentro del dominio de lo político. En esa línea Leibholz señalaba que “bajo cada litigio Constitucional se esconde una cuestión política susceptible de convertirse en un problema de poder”²⁸. Por ello, se señala que muchas de las sentencias constitucionales tienen, en determinadas circunstancias, un extraordinario impacto en el juego político del Estado y la nación.

¿Pero es esto suficiente para señalar que el Tribunal Constitucional es un órgano político?

²⁶ SIMON, Helmut. “*La jurisdicción constitucional*”. En Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. *Manual de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 839.

²⁷ Citado por: GARCIA TOMA, Víctor. “*Teoría del Estado y Derecho Constitucional*”. 1ra Edición. Palestra Editores, Lima, 2005. p. 523

²⁸ LEIBHOLZ, Gerhard, “*Problemas fundamentales de la democracia moderna*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 149. Citado por: LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...)* Ob. Cit, p. 44.

Si revisamos el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente de 1978-1979 veremos que al discutir el tema de la creación del Tribunal de Garantías Constitucional se planteó el debate si dicho Tribunal debía ser exclusivamente jurisdiccional o exclusivamente político, o mixto²⁹, debido a que en los países donde se crearon estos Tribunales existía gran discusión al respecto.

El legítimo ejercicio del control constitucional sobre los poderes públicos ha sido motivo de rechazos por la política, debido a que no toleran que sus medidas políticas puedan ser anuladas o revisadas en sede de la justicia constitucional, prueba de ello es el Proyecto de Ley N° 14321/2005-CR presentado por el ex congresista Antero Flores-Aráoz.

El mencionado anteproyecto proponía recortar las facultades del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional, eliminando de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional su facultad de ser el supremo intérprete de la Constitución, a fin de que no pudiese dictar sentencias interpretativas. Dicho anteproyecto no logró un dictamen favorable y en consecuencia fue archivado, pero abrió un debate público sobre los límites del Tribunal Constitucional con relaciones a otros poderes, los que serán materia de mayor análisis en el siguiente capítulo. Sin embargo, cabe señalar que la tensión entre la Política y el Derecho, es un conflicto permanente que no es exclusivo en nuestro país. En efecto, las críticas al rol político de los tribunales es una constante en muchos países.

Estados Unidos ofrece ejemplos claros de decisiones judiciales con importante alcance político. Uno de ellos es la polémica decisión tomada por el Tribunal Supremo, en diciembre de 2000, que posibilitó el acceso a la presidencia del país al candidato George Bush. En dicha ocasión, la elección dependía de la validación de una mínima diferencia favorable al republicano Bush: 400 sufragios entre un total de seis millones de votos emitidos en el estado de Florida gobernado por J. Bush, hermano del candidato. A petición del candidato demócrata Al Gore se inició un nuevo recuento de votos para comprobar la diferencia que otros cómputos desmentían. Pese a los indicios de manipulación del proceso electoral en beneficio del candidato republicano, el Tribunal Supremo –a petición de los abogados de Bush y por una mayoría de siete a dos- encontró argumentos legales para suspender este

²⁹ Ver las sesiones permanentes de los días 03 y 04 de abril de 1979 en los Diarios de Debates de la Asamblea Constituyente de 1978-1979. Consulta: 08 de junio de 2012.
<<http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/inicio.htm>>

nuevo recuento y proclamar vencedor al candidato republicano. Una decisión judicial de tanta trascendencia política fue interpretada por algunos observadores como una concesión a la necesidad de tranquilizar a los mercados financieros, inquietos por la incertidumbre del resultado electoral, sin embargo, no por ello dejó de ser una decisión cuestionable.

A este tipo de activismo judicial norteamericano se le ha denominado "El gobierno de los jueces", que tiene como origen y sustento la doctrina de las *political question*, en virtud de la cual, la jurisdicción está excluida de revisar los litigios puramente políticos. Sin embargo, a diferencia de la doctrina norteamericana -que no diferencia entre los litigios jurídicos de contenido político que se someten al control jurisdiccional, de los litigios en que la controversia es puramente política- en Europa los temas políticos no pueden ser resueltos con la mera aplicación de la norma jurídica, sino que se hace necesaria la aplicación de reglas y principios constitucionales, así como valores democráticos, tales como la tolerancia y el pluralismo, que hagan posible la eficacia de la decisión judicial y la existencia de un consenso social.

Esto último se debe al origen que ha tenido la judicialización de la política en Europa. Autores como Josep M. Vallés³⁰ han entendido que el origen de este problema se debe a la búsqueda de la independencia e imparcialidad de los jueces. Señala que en la segunda mitad del siglo XX, los países europeos de tradición liberal-democrática han intentado reforzar la garantía de imparcialidad de los jueces otorgándoles un margen de autogobierno amplio. Así, en muchos países europeos, son los mismos jueces quienes controlan el reclutamiento, el ascenso, el régimen de traslados, el control y, la sanción del personal judicial. Mediante la creación de órganos colectivos en los que los jueces tienen una intervención exclusiva o dominante –tales como los consejos de magistratura o del poder judicial– se ha querido disminuir o eliminar cualquier interferencia del ejecutivo político en los tribunales. Así ha ocurrido, en mayor o menor medida, en países como Italia, Alemania, Francia o España. Pero para este autor, esta creciente independencia judicial ha suscitado, a la vez, otro problema político: si los jueces se protegen de cualquier influencia exterior y se les concede el derecho a un generoso autogobierno, ¿cómo se asegura su responsabilidad?; al reforzar su independencia, ¿no se está dificultando el control sobre las posibles desviaciones o errores que cometan?.

³⁰ VALLÉS, Josep M., "La política estatal: elementos, instituciones, formas de gobierno". En: "Ciencia política: una introducción", Editorial Ariel, Barcelona, 2007.

Según Vallés, esta preocupación ha aumentado en las dos últimas décadas, debido a la denominada "judicialización de la política", que no es otra cosa que la creciente intervención de los jueces y tribunales para dirimir desacuerdos políticos que en otro tiempo hubieran sido resueltos en otros ámbitos, como el parlamento.

Para este autor, esta judicialización de la política resulta arriesgada desde un punto de vista democrático. En primer lugar, porque la mayoría los jueces, incluidos los de Tribunales Constitucionales, no cuentan con la preparación adecuada ni con medios técnicos suficientes para intervenir en cuestiones complejas de orden político. En segundo lugar, porque las garantías que protegen su independencia les pone a salvo de mecanismos de responsabilidad respecto a sus decisiones. Por tanto, conviene establecer un razonable equilibrio entre tres exigencias de un sistema judicial en una sociedad democrática: eficacia de la administración de justicia, imparcialidad de quienes la ejercen y responsabilidad ante la ciudadanía, lo que requiere un mecanismo de rendición de cuentas.

Ahora bien, definir qué punto de las materias políticas es justiciable o no, es un tema de valoración constitucional para establecer las fronteras entre el Derecho y la Política. Por eso, el Tribunal Constitucional cuando ejerce control frente a las leyes, incluidas las de naturaleza política, tiene que resolver no solo una cuestión política sobre la base de una legitimidad constitucional, sino también de una argumentación jurídica adecuada, necesaria y proporcional. Por lo tanto, para quienes asumen que el Tribunal Constitucional es un órgano político, su status político debe estar sometido a la Constitución y a los propios límites que los jueces constitucionales se establezcan.

García de Enterría, haciendo mención a la obra de Otto Bachof, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik (El Juez Constitucional y la Política)*, señala que la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y por sus criterios de fondo, pues el juez constitucional no pierde en ningún momento las consecuencias prácticas (políticas) de la decisión que está llamado a dictar. Este autor nos recuerda que para Bachof, la situación de interés que presenta un juez constitucional, es contraria a la de un juez ordinario, pues mientras que el último enfrenta un conflicto entre la justicia del caso concreto y la ley, el juez constitucional enfrenta un conflicto entre la norma y un bien general, lo que se ve con mayor claridad en aquellas sentencias con efectos vinculantes generales o fuerza de ley, pues estas sentencias no sólo pueden generar

catástrofes para el caso en concreto, sino para un indivisible número de casos, cuando son políticamente inexactas o falsas; sin embargo, para el autor alemán, este hecho no justifica que el juez constitucional deba quebrantar el discurso jurídico con el principio puramente político *salus populi suprema lex* (el derecho es lo que es útil al pueblo), pues introducir consideraciones puramente políticas en las interpretaciones de las amplias cláusulas generales de la Constitución sería equivocarse desde el comienzo, pues el Derecho Constitucional, como cualquier otra rama jurídica, exige un método interpretativo específico³¹.

Bocanegra por su parte manifiesta que “el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios”³².

Para estos autores es innegable que la justicia constitucional puede conocer de conflictos de carácter político, pero ello no impide que éstos se resuelvan de conformidad con un criterio y una metodología jurídica. Conclusión que compartimos, pues consideramos que el Tribunal Constitucional no tiene propiamente una naturaleza política, sino que los casos que le son dados tienen connotaciones político - jurídicas, que determinan que muchas de sus sentencias generan impacto y trascendencia política. Por lo tanto, el control que ejerce el Tribunal Constitucional no es un control político, sino jurídico.

5. El Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional

La organización e integración del Tribunal Constitucional se encuentra recogida no sólo en la Constitución Política del Estado, sino en el Reglamento Normativo del Tribunal, que da cuenta de su composición, estructura, funcionamiento y atribuciones, las mismas que serán desarrolladas en las siguientes líneas.

³¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civiltas S.A., Madrid, 1985, pp. 179-182.

³² BOCANEGRA SIERRA, Raúl. “Cosa juzgada, vinculación de fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán”. Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 01, Enero-abril, 1981, p. 242.

5.1. Magistrados

Los operadores jurisdiccionales de los Tribunales Constitucionales son sus magistrados, por ello, determinar quiénes los nombran, cuál debe ser su perfil y formación jurídica, son aspectos medulares para la adecuada concreción de la justicia constitucional. Esta es la razón por la que la labor jurídica realizada por el Tribunal Constitucional requiere que los magistrados que la integren tengan una especial legitimidad que se verá reflejada en dos aspectos: su preparación jurídica especializada y, su nombramiento por órganos representativos del poder político. Bajo esa misma línea Carpizo señala que, por la especial trascendencia del Tribunal Constitucional, hay dos temas muy importantes por tratar: el perfil del magistrado constitucional y, el procedimiento para su elección o designación³³.

Respecto al primer punto, tenemos que los magistrados que integran los tribunales o cortes constitucionales deben ser juristas destacados que cuenten con cierta experiencia para ejercer cabalmente el cargo encomendado; sin embargo, vemos que en muchas ocasiones los magistrados que integran el Tribunal Constitucional no son juristas ni especialistas en cuestiones constitucionales, sino que lograron su nombramiento como producto de las negociaciones entre los partidos políticos.

En cuanto al segundo punto, tenemos que los magistrados constitucionales casi siempre son escogidos y nombrados por las asambleas parlamentarias, por el Presidente de la República, por los Jueces Supremos, o por un órgano determinado.

Por lo tanto, a fin de lograr la independencia del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y de dotar de imparcialidad a los magistrados que lo integran, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico establezca determinados requisitos y exigencias que tengan por finalidad contar con magistrados que cuenten con una formación y experiencia jurídica sólida en materia constitucional, a fin de evitar la intromisión en su labor jurisdiccional y la politización en sus fallos. Ello será posible únicamente a través de un sistema de selección adecuado, que permita establecer los requisitos para ser nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, las incompatibilidades, la duración del cargo, las posibilidades de reelección, el régimen de inmunidades y de prerrogativas, entre otros.

³³ CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites (...)*, Ob. Cit., p. 44

5.1.1. Requisitos e impedimentos

La propia Constitución establece una diferencia entre los requisitos y las incompatibilidades o impedimentos. Los requisitos se refieren a las condiciones generales que debe tener quien postula al cargo, en tanto que los impedimentos tienen que ver con las incompatibilidades para postular al cargo de magistrado constitucional, además de los impedimentos que se dan durante el ejercicio del cargo, los mismos que se encuentran recogida por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – Ley N° 28301 (en adelante LOTC).

a) Requisitos

En cuanto a los requisitos legales, el artículo 201 de la Constitución señala que para ser miembro del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser juez de la Corte Suprema, los mismos que se encuentran regulados en el artículo 147 de la Constitución, norma que debe ser complementada con el artículo 11 de la LOTC y el artículo 15 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC, que precisan que para ser magistrado del Tribunal Constitucional, se requiere:

1. Ser peruano de nacimiento, ya sea por el derecho de suelo o de sangre.
2. Ser ciudadano en ejercicio, es decir no haber sido declarado judicialmente interdicto, inhabilitado en sus derechos políticos o privado de la libertad por sentencia judicial;
3. Ser mayor de 45 años, no al momento de postular sino al momento de ser elegido por el Pleno del Congreso³⁴;
4. Haber sido Magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años; y
5. No estar comprendido en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 12 de la Ley N° 28301.

En cuanto a los requisitos de legitimidad, el magistrado debe respetar los principios de independencia judicial y legitimidad democrática, es decir, debe mostrar un grado

³⁴ Este tema fue debatido con ocasión de la postulación del entonces candidato Carlos Mesía Ramírez, quien no había cumplido los 45 años de edad al momento de postular. Como quiera que hasta ese entonces no se sabía desde qué momento debía contar el candidato con dicha edad, se formuló una tacha contra dicha candidatura, que fue resuelta por la Comisión Especial del Congreso, desestimando la tacha bajo el argumento que era exigible tener la edad mínima al momento de ser elegido por el pleno del parlamento.

independencia con el poder legislativo que van a elegirlo, a fin de que represente los intereses de un determinado grupo político o económico.

b) Impedimentos

La candidatura para ser magistrado del Tribunal podrá ser desestimada de incurrirse en alguno de los siguientes impedimentos establecidos por el artículo 12 de la LOTC:

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

En caso que el candidato sea magistrado o fiscal, el artículo 201 de la Constitución señala además que no pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional si no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Asimismo, la última parte del artículo 13 de la LOTC señala que en caso concurriera alguna de estas causales de incompatibilidad en el candidato que fuera designado como magistrado de Tribunal Constitucional, éste debe cesar en el cargo antes de tomar posesión de él o renunciar a la actividad que es incompatible. Dicha renuncia debe ser efectuada dentro del plazo de 10 días naturales siguientes a su designación ante el Presidente del Tribunal. si no lo hace dentro del plazo señalado, se entiende que no acepta el cargo, quedando vacante el cargo de magistrado.

En cuanto a los requisitos e impedimentos regulados en el derecho comparado, es interesante hacer mención a la investigación realizada por Humberto Nogueira Alcalá respecto al estatuto de los magistrados de los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica. Así tenemos que, en casi todos los países se requiere la nacionalidad de origen del respectivo país, a excepción de Costa Rica y Chile que únicamente exigen que el postulante esté en posesión de la nacionalidad, sea de origen o sea adquirida, y en el caso de Venezuela se exige adicionalmente no tener otra nacionalidad, es decir no tener doble nacionalidad. En cuanto a la edad mínima requerida, ésta fluctúa entre los 35 años, como en el caso de Bolivia, hasta los 45 años, como en el caso de Ecuador y Perú. En cuanto a la profesión, todos los países

latinoamericanos exigen que el postulante sea abogado con una experiencia mínima de 10 años en el ejercicio profesional o cátedra universitaria, o en la función fiscal o de juez del Poder Judicial. Además de estos requisitos, existen países como Bolivia que exigen requisitos adicionales referidos a la idoneidad y compromiso ciudadano, que en realidad constituyen impedimentos, como no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, salvo que haya sido rehabilitado, ni tener un cargo en el Ejecutivo³⁵.

5.1.2. Número de magistrados, duración, reelección y renovación en el cargo.

Según el artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano está integrado por 7 magistrados que ocupan el cargo por 5 años; número y duración en el cargo que son reducidos si lo comparamos con otros Tribunales Constitucionales, como analizaremos a continuación.

a) *Número de magistrados*

En cuanto al número de magistrados, por regla general debe ser impar a fin de evitar empates al momento de votar las causas, dado que nuestra legislación no prevé que el voto del Presidente tenga mayor valor.

En Latinoamérica, la mayoría de tribunales y cortes constitucionales están compuestos de miembros impares, a excepción del caso chileno integrado por un número par de 10 magistrados. En los casos del Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Suprema en pleno de Uruguay y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador están compuestos de 5 magistrados; las Salas Constitucionales de la Corte Suprema de Costa Rica y de Venezuela, al igual que el Tribunal Constitucional peruano están integradas por 7 magistrados; la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Ecuador están integrados por 9 magistrados, y el Supremo Tribunal Federal de Brasil está integrado por 11 magistrados³⁶.

En el caso peruano tenemos que en el Anteproyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1979 se planteó que el entonces TGC estuviera integrado por 12 miembros, designados por los distintos poderes del Estado: 2 designados por la

³⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; "La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales de Latinoamérica"; Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 283-286, ISSN 0718-0195; Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 283-286. Consulta: 12 de enero de 2013. <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Laintegracion14.pdf>

³⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Id.* p. 283.

Cámara de Senadores, 1 por la Cámara de Diputados, 3 por el Poder Ejecutivo, 3 por la Corte Suprema, 1 por el Colegio de Abogados de la República, 1 por el Consejo Nacional de la Magistratura, y 1 por las facultades de Derecho de las Universidades del país; sin embargo, el pleno de la Asamblea Constituyente aprobó que el TGC estuviera compuesta por 9 magistrados, de los cuales 3 iban a ser designados por el Poder Legislativo, 3 por el Poder Ejecutivo y 3 por el Poder Judicial, lo cual se vio reflejado en el artículo 296 de la Constitución de 1979; sin embargo, esta forma de elección generó una dependencia de origen, pues al momento de la votación no se alcanzaba la mayoría requerida. Esta fue la razón por la que la Asamblea Constituyente de 1993 decidió que el TC estuviera integrado únicamente por 7 magistrados.

b) Duración en el cargo

En cuanto a la duración del mandato, tenemos que el mandato por 9 años es la fórmula más usada en el derecho comparado, así tenemos los casos de España, Francia, Italia, Polonia, etc. En la República Checa y Letonia es de 10 años, en Alemania y Rusia es de 12 años, finalmente en Austria y Bélgica el mandato no tiene plazo fijo se extiende hasta el cumplimiento de 70 años de edad por los magistrados. En el caso latinoamericano, tenemos que los miembros de los tribunales constitucionales de Brasil, Argentina y Paraguay no tienen mandato fijo, a menos que renuncien, caso contrario estarán hasta su jubilación, es decir, cuando cumpla los 75 años de edad. En los casos de Chile (9 años), Colombia (8 años), Venezuela (12 años), y Ecuador (9 años), exceden el mandato de los órganos que realizan dichos nombramientos, lo que constituye una de las garantías que posibilitan el ejercicio independiente de presiones de los magistrados del Tribunal Constitucional por los órganos políticos representativos y eliminan las tentaciones de ser complacientes con los órganos que permitirán el nuevo mandato. La excepción en esta materia la constituyen los casos de Bolivia, Guatemala y Perú, donde los magistrados tienen una duración de solo 6 años el primero y 5 años los dos últimos³⁷.

Regresando a nuestra realidad, tenemos que si bien la duración en el cargo es de 5 años, no obstante, de acuerdo al artículo 10 de la LOTC, los Magistrados del Tribunal en deben continuar en el ejercicio del cargo hasta que sus sucesores hayan sido designados y hayan tomado posesión del cargo, para lo cual, antes de los 6 meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el Presidente del

³⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Id.* pp. 285-289. Ver además: Tribunales Constitucionales en el mundo: Consulta: 12 de enero de 2013: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comparado/>.

Tribunal solicita al Presidente del Congreso el inicio del procedimiento de elección de las vacantes dejadas por los magistrados que cumplen su período. Sin embargo, como se verá al tratar el tema de la elección de los magistrados, nuestra corta historia, desde que se creó el Tribunal Constitucional bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, ha demostrado que este periodo de 5 años no ha sido respetado, generándose un abuso de la facultad contenida en el artículo 10 de la LOTC, pues a excepción del caso de la ex magistrada Delia Revoredo de Mur³⁸, se ha visto que debido a la incapacidad del Congreso de la República de elegir las plazas vacantes, los magistrados con periodos caducos siguen ejercido el cargo, generando una falta de legitimidad institucional.

c) *Reelección*

El artículo 201 de la Constitución, señala que no hay lugar a la **reelección inmediata**; es decir, es posible la reelección pasado un período. En el Perú no se ha presentado caso alguno, salvo el particular caso del fallecido magistrado Manuel Aguirre Roca, quien fue magistrado del desaparecido Tribunal de Garantías Constitucionales, y luego fue magistrado del Tribunal Constitucional; sin embargo, la segunda elección no puede considerarse como un supuesto de reelección, por cuanto se trató de diferentes tribunales. En cuanto a lo demás países, siguen la misma regla que el nuestro.

d) *Renovación*

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

En el caso peruano, el artículo 297 de la Constitución de 1979 señalaba que el TGC se tenía de renovar por tercios cada 2 años; sin embargo, la actual Constitución no

³⁸ En mayo del 2004, con motivo del vencimiento del período de 5 años de la magistrada Delia Revoredo de Mur y, ante la falta de decisión del Congreso para elegir la vacante del séptimo magistrado del Tribunal por 1 año, el Pleno del Tribunal aceptó la renuncia a las funciones del cargo como magistrada constitucional a partir del 17 de junio de 2005. Recién el 13 de julio del 2006 el Congreso eligió a su reemplazo.

contempla esta figura. Lo que sí ha acontecido en nuestro país es que, producto de la destitución por acusación constitucional de 3 magistrados del Tribunal Constitucional durante el último Gobierno de Fujimori, los cuales presentaron su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que demandó ante la Corte Interamericana, órgano que ordenó reponer a los magistrados en sus cargos, lo que se produjo solo una vez que Fujimori abandonó el gobierno, ha establecido en la práctica, una renovación parcial de los magistrados, ya que concluyeron su mandato y debieron elegirse nuevos magistrados que reemplazaron a aquellos que habían completado su periodo, mientras los magistrados que habían sido restablecidos en sus funciones permanecen en ellas hasta completar el periodo por el cual habían sido elegidos.

La renovación parcial de magistrados de los tribunales constitucionales permite que los que acceden a la función puedan aprender más rápido en contacto con los que se encuentran en funciones anteriormente, los cuales tienen la memoria institucional. Asimismo, los antiguos pueden modificar su razonamiento o enfoque metodológico en contacto con los magistrados más nuevos, lo que posibilita la renovación de enfoques y jurisprudencia del respectivo Tribunal Constitucional. Por lo que resulta regresar a esta figura.

e) *La elección del Presidente del Tribunal Constitucional*

Según el artículo 6 de la LOTC, el Presidente del Tribunal Constitucional es elegido entre los magistrados constitucionales por votación secreta por un período máximo de 2 años, siendo factible la reelección por 1 año más. De igual forma y por el mismo período se elige al Vice Presidente.

5.1.3. Elección, designación, votación y juramento.

a) *Elección*

Por lo general, los magistrados de los Tribunales o Cortes Constitucionales son elegidos por el parlamento, que les otorga legitimidad democrática indirecta. La diferencia se presenta en cuanto al número de magistrados elegidos por el Poder Legislativo, pues se da el caso que en algunos países se delega a otra institución la facultad de elegir a un número minoritario de magistrados; por ejemplo en países como Ucrania y Moldavia un tercio de los magistrados de la Corte son nombrados por el Consejo de la Magistratura; en España, 2 de sus 9 miembros son nombrados por el Consejo General del Poder Judicial y, en Bosnia-Herzegovina, el Presidente

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, designa 3 de los 9 magistrados que integran el Tribunal constitucional.

En cuanto a la forma de elección dentro del parlamento, casi siempre se exige una mayoría calificada o reforzada, como en Alemania, España, Italia y Portugal. Esta forma de elección obliga a buscar consensos entre las mayorías y minorías parlamentarias, a fin de elegir un magistrado que represente intereses generales.

En el Perú, el Anteproyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1979, planteó que el TGC estuviera integrado por 12 miembros, designados por los distintos poderes del Estado: 2 designados por la Cámara de Senadores, 1 por la Cámara de Diputados, 3 por el Poder Ejecutivo, 3 por la Corte Suprema, 1 por el Colegio de Abogados de la República, 1 por el Consejo Nacional de la Magistratura, y 1 por las facultades de Derecho de las Universidades del país; sin embargo, el pleno de la Asamblea Constituyente aprobó que el TGC estuviera compuesta por 9 magistrados, de los cuales 3 iban a ser designados por el Poder Legislativo, 3 por el Poder Ejecutivo y 3 por el Poder Judicial, lo cual se vio reflejado en el artículo 296 de la Constitución de 1979; sin embargo, esta forma de elección generó una dependencia de origen, pues al momento de la votación no se alcanzaba la mayoría requerida. Por esta razón, la Constituyente de 1993 decidió cambiar esta forma de elección encomendando al parlamento la competencia exclusiva de elegir a los magistrados del TC, es así que el artículo 201 de la Constitución vigente, señala que corresponde al Congreso de la República el nombramiento de los 7 magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del número de parlamentarios del Pleno del Congreso.

Como señala Landa, esta forma de elección, supone una necesaria concertación parlamentaria para lograr la nominación de los candidatos; sin embargo, en la práctica se ha visto el déficit de este sistema, por 2 razones: la primera por la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias; y, la segunda por el sistema de elección por cuotas entre la mayoría y las minorías parlamentarias, que ha generado que la elección no se oriente a elegir a los candidatos de reconocida trayectoria jurídica e independencia política, sino a candidatos con cariz político o vínculos en los grupos parlamentarios³⁹.

³⁹ LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...)*, Ob. Cit., p. 142.

Una muestra de la falla en el sistema de elección de los magistrados del TC en nuestro país son las últimas elecciones realizadas por el Congreso de la República para nombrar a los 6 miembros del TC que tenían el periodo caduco, al titular de la Defensoría de Pueblo y a 3 Directores del BCR. En una polémica sesión, el 17 de julio del presente año, el pleno del Congreso eligió a Ernesto Blume, Francisco Eguiguren, José Luis Sardón, Víctor Mayorga, Rolando Sousa, y Cayo Galindo, estos 3 últimos muy cuestionados no sólo por su vinculación al fujimorismo y al partido de gobierno, sino por no reunir los méritos académicos suficientes ni la trayectoria debida para ser magistrados del TC. Si bien dicha elección formalmente fue correcta, generó un repudio en la opinión pública que calificando dicha elección como una “repartija”. Finalmente, debido a las protestas y a la presión popular, el Congreso, anuló la designación de los juristas Francisco Eguiguren, Ernesto Blume y José Luis Sardón, mientras que las designaciones de los ex congresistas Cayo Galindo, Víctor Mayorga y Rolando Sousa fueron dejadas sin efecto, sentando con ello un mal precedente en la forma de elección de los magistrados del TC, al haberse puesto al descubierto el juego político y los intereses subalternos de los grupos parlamentarios, además de advertirse el vacío legislativo respecto a una situación *sui generis* como la acontecida. Pese a ello, esta frustrada elección fortaleció el juego democrático, debido a la activa participación de la sociedad civil en las marchas de protesta.

Este ejemplo, y algunos otros del pasado, dan cuenta que constituye un gran problema haberle encomendado al Congreso la tarea de elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional; sin embargo, como podemos ver en el derecho comparado, es generalmente el Parlamento o Congreso el encargado de ejercer dicha labor, con ciertas particularidades. Por ejemplo, tenemos que en los casos de Ecuador, Venezuela, Bolivia, Costa Rica y El Salvador, la totalidad de sus miembros son elegidos por el Congreso. En el caso de Colombia todos son elegidos por la cámara de senadores. En el caso de Chile, de sus 10 miembros, 4 son elegidos por el parlamento, 3 elegidos por el Presidente de la República y 3 por la Corte Suprema.

b) Designación

Este procedimiento se encontraba regulado en el artículo 8 de la LOTC y en el Reglamento del Congreso, y estaba comprendido de las siguientes etapas:

1. El Pleno del Congreso designaba una Comisión Especial integrada por un mínimo de 5 y un máximo de 9 Congresistas, respetando en lo posible la proporción de cada grupo parlamentario en el Congreso, para encargarse de

- recibir propuestas y seleccionar a los candidatos que, a su juicio, merecían ser declarados aptos para ser elegidos.
2. La Comisión Especial publicaba en el Diario Oficial “El Peruano” la convocatoria para la presentación de propuestas. Asimismo, publicaba la relación de las personas propuestas a fin de que se puedan formular tachas debidamente sustentadas con prueba instrumental.
 3. Luego, la Comisión Especial pasaba a resolver las tachas presentadas y a designar a los candidatos que a su juicio se encontraban aptos para ser elegidos.
 4. Declarados aptos uno o más candidatos, el Congreso procedía a la elección mediante votación pública y ordinaria. Eran elegidos el Magistrado o los Magistrados que obtuvieran los dos tercios del número legal de congresistas. Si no se obtenía la mayoría requerida, se procedía a una segunda votación.
 5. Si se obtenía la mayoría requerida, se procedía a designar al Magistrado a Magistrados elegidos mediante resolución legislativa, pero si no se lograba cubrir las plazas vacantes, la Comisión procedía, en un plazo máximo de 10 días naturales, a formular sucesivas propuestas, hasta que se realice la elección.

Este proceso de elección no fue eficaz, razón por la cual el Congreso de la República votó el Proyecto de Ley N° 510-2011-CR para modificar el artículo 8 de la LOTC, a fin de incorporar el proceso de elección por invitación de los magistrados, no alcanzándose los votos necesarios para aprobarlo; sin embargo, luego de una reconsideración este proyecto fue sometida al Pleno del Congreso en sesión de 23 de mayo de 2012, siendo aprobado y remitido al Poder Ejecutivo para su promulgación. El objetivo de esta Ley es facilitar el proceso de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, a través de una Comisión Especial que debe emplear el sistema del concurso público o el sistema de invitación directa, a fin de proponer al Pleno del Congreso los candidatos seleccionados.

Esperemos que esta nueva forma de elección sirva para elegir prontamente a los magistrados del Tribunal Constitucional, ya que si vemos las elecciones pasadas, veremos que la falta de elección no se debió al trabajo realizado por las Comisiones Especiales responsables del proceso de elección, sino a la falta de consensos de las agrupaciones políticas en el Pleno del Congreso.

Como nunca en la corta historia de nuestro Tribunal Constitucional, 6 de los 7 magistrados deben ser reemplazados. Este es el resultado que dejó el gobierno del ex presidente Fujimori, quien en 1997 destituyó a 3 magistrados que habían sido

elegidos para el periodo 1996 a 2001, cuando éstos regresaron a sus puestos a finales del año 2000, debían cumplir el periodo de 5 años para los que fueron elegidos, los otros 4 magistrados que no fueron destituidos permanecieron en el cargo hasta el 2002, esto es, un año más de su periodo, generándose una renovación parcial que se fue arrastrando con el tiempo. Así en el año 2004, cuando los 3 magistrados restituidos habían culminado su periodo y debían ser reemplazados, sólo pudo elegirse a 2 reemplazos, quedando pendiente la elección del tercer magistrado hasta el año 2005.

Como se puede ver, ésta fue la razón por la cual, actualmente no se eligen a los 7 magistrados del Tribunal Constitucional en un solo bloque para un mismo periodo, lo que ha generado que hoy en día de los 7 magistrados que conforman el Tribunal Constitucional, el único con mandato vigente es Óscar Urviola Hani, en tanto que los restantes 6: Ernesto Álvarez Miranda, Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez, Ricardo Beaumont Callirgos, Fernando Calle Hayen y Gerardo Eto Cruz se encuentren ejerciendo sus funciones con mandato caduco, es decir fuera de la ley; lo cual genera un gran cuestionando a esta institución que debiera ser la primera en cumplir la Constitución y las leyes; sin embargo juega a su favor el hecho de que no está en manos de este órgano la elección de sus magistrados, sino del Congreso de la República. Esta es quizá la razón por la que el magistrado Ricardo Beaumont Callirgos decidió renunciar al cargo el pasado 23 de abril de 2013, a fin de acelerar las elecciones de los 6 magistrados por parte del Congreso de la República; sin embargo, dicha renuncia no fue aceptada por los demás magistrados del Tribunal Constitucional, quienes finalmente decidieron declarar su vacancia.

Esta renuncia nos lleva a analizar otra figura que no se encuentra prevista en nuestra Constitución ni en la LOTC, como es el caso de los *magistrados suplentes*. En Latinoamérica, países como Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Venezuela contemplan la existencia de magistrados suplentes. Perú y Colombia son de los pocos países que no contemplan esta figura a pesar de tener un Tribunal Constitucional separado del Poder Judicial, sin embargo, en el caso colombiano se exige que ante la falta absoluta de un magistrado el Senado elija a su reemplazo en un plazo de 30 días.

Consideramos que la existencia de magistrados suplentes es una adecuada técnica adecuada, siempre que se encuentre contemplada en la norma constitucional, y que sean elegidos por el mismo órgano y con los mismos requisitos que los magistrados titulares. La principal razón para incorporar esta figura es que evita paralizar la labor

jurisdiccional del Tribunal, pues puede darse el caso que nos encontremos antes la ausencia de un número significativo de magistrados que paralicen la jurisdicción constitucional, como ocurrió en el régimen fujimorista. Por lo tanto, consideramos conveniente una reforma constitucional que habilite de manera expresa esta institución. En cuanto a los casos en los que el suplente puede reemplazar al titular, estos pueden ser regulados en la LOTC.

c) *Votación*

En cuanto a la forma de votación para la elección de los Magistrados del TC, debe ser pública y ordinaria. Anteriormente, el artículo 8 de la LOTC establecía que la elección debía ser realizada mediante votación individual por cédulas, lo que implicaba que cada candidato era evaluado al momento de la elección de modo individual y que el voto era emitido en forma secreta en cédulas. Sin embargo, luego de la modificación introducida mediante la Ley N° 28764, publicada el 23 de junio de 2006, la votación es pública y ordinaria, lo que ha permitido que los candidatos puedan ser elegidos en bloque, sin que sea necesaria una votación por cada candidato, situación que ha generado que el criterio de elección sea el reparto de cuotas políticas partidarias antes que las cualidades de cada candidato. Consideramos que luego de lo ocurrido en la última elección, debería retomarse la forma de votación individual, que es la más técnica, pues se toma en cuenta las cualidades profesionales de los candidatos, a fin de asegurar que los magistrados elegidos sean las personas idóneas para el cargo y no meros representantes de partidos políticos; sin embargo, como quiera que nuestro TC requiere de 6 magistrados, esta elección individual atrasaría la elección aún más.

d) *Juramento*

El artículo 19 de la LOTC, establece que “Para asumir el cargo de Magistrado del Tribunal se requiere prestar juramento ante el Presidente del Tribunal y éste lo presta ante su predecesor, después de haber sido elegido en una audiencia preliminar”. Dicho juramente, según el artículo 16 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, consisten en la promesa de cumplir la Constitución, y debe ser hecho dentro de los 10 días siguientes a la publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, de la Resolución Legislativa en virtud de la cual se designó a los miembros del Tribunal Constitucional.

Es solo a partir del juramento que se asume constitucionalmente el cargo, con los derechos, deberes y responsabilidades que la función acarrea. Antes de jurar el cargo y tomar posesión de él, si estuviera frente a alguna causal de incompatibilidad, el magistrado electo deberá cesar en el cargo o en la actividad incompatible. Si no lo

hace en el plazo de 10 días naturales siguiente a su designación, se entiende que no aceptó el cargo (parte *in fine* del artículo 13 de la LOTC).

5.1.4. Derechos, prerrogativas e inmunidades

a) *Derechos*

Según el artículo 20 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, los magistrados tienen derecho de:

1. Participar con voz y voto en las sesiones del Pleno;
2. Contar con los servicios de personal, asesoría y apoyo logístico para el desempeño de sus funciones;
3. Percibir un ingreso adecuado sujeto al pago de los tributos de Ley, que será del mismo monto y por los mismos o análogos criterios que el que reciben los Congresistas y que se publicará en el diario oficial El Peruano, al iniciar sus funciones;
4. Recibir el pago por gastos de instalación, por una sola vez; y,
5. Gozar del derecho vacacional durante treinta días al año, según el orden que, a propuesta del Presidente, apruebe el Pleno.

En forma adicional a los servicios de seguridad social en materia de salud a cargo del Estado, los Magistrados tienen derecho a los beneficios de seguros privados que se contraten en su favor y de sus familiares dependientes (cónyuge e hijos menores); así como a los gastos de sepelio y a los honores inherentes a su cargo en caso de muerte.

b) *Prerrogativas e inmunidades*

De conformidad con el artículo 201 de la Constitución, los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas, contenidas en el artículo 93° de la Constitución y reproducidas en los artículos 14 y 15 de la LOTC. Son básicamente las siguientes:

1. *No están sujetos a mandato imperativo ni reciben instrucciones de ninguna autoridad.* El hecho de que los magistrados sean elegidos por parte del Congreso de la República, no implica que se encuentren subordinados a su voluntad, máxime cuando la función esencial de un Tribunal Constitucional es controlar la constitucionalidad de las leyes, es decir, verificar que la actuación de

los legisladores sea conforme a la Constitución. Además, dos de las garantías indispensables para el buen ejercicio de la función jurisdiccional son la independencia y la imparcialidad por parte del juzgador, las cuales forman parte del derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 139 de la Constitución.

2. *No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo, es decir, cuentan con inviolabilidad de opinión.* En consecuencia, los magistrados del Tribunal Constitucional, al momento de fundamentar sus resoluciones cuentan con total libertad de criterio para hacerlo en el sentido que estimen pertinente. No obstante, cabe aclarar que, en tanto el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía inherente al debido proceso, los magistrados están en la obligación de fundamentar sus resoluciones adecuadamente, expresando de una manera ordenada y coherente los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la decisión adoptada.
3. *No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del Pleno del Tribunal, salvo en el caso de flagrante delito.* Ante la eventualidad de responsabilidad penal del magistrado del Tribunal Constitucional, tiene lugar el antejuicio constitucional, regulado en los artículos 99 y 100 de la Constitución. No obstante, existe un vacío legal en la LOTC en cuanto a la inmunidad de arresto. Sin embargo, al tener las mismas prerrogativas que los Congresistas, cuando un magistrado es detenido en flagrante delito también les asistirá el derecho a ser puestos a disposición del Pleno del Tribunal Constitucional, a efectos de que su detención sea ratificada.

5.1.5. Deberes e incompatibilidades

a) Deberes

El artículo 19 del Reglamento Normativo establece que son deberes de los magistrados:

1. Cumplir y hacer cumplir el principio de primacía de la Constitución Política del Perú y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales;
2. Cumplir y hacer cumplir su Ley Orgánica, el Código Procesal Constitucional, el ordenamiento jurídico de la Nación y el presente Reglamento;

3. Resolver los asuntos de su competencia con sujeción a la garantía del debido proceso y dentro de los plazos legales;
4. Aplicar la norma constitucional correspondiente y los principios del derecho constitucional, aunque no hubieran sido invocados en el proceso;
5. Guardar absoluta reserva respecto de los asuntos en que interviene;
6. Observar el horario de trabajo y en especial el que corresponde a las audiencias;
7. Denegar liminarmente las peticiones maliciosas y los escritos y exposiciones contrarias a la dignidad de las personas, y poner el hecho en conocimiento del respectivo Colegio de Abogados;
8. Tratar con respeto a los abogados y a las partes;
9. Denunciar ante el Presidente los casos en que observen el ejercicio ilegal o indebido de la profesión;
10. Disponer la actuación de medios probatorios, siempre que sean indispensables para mejor resolver;
11. Formular declaración jurada de bienes y rentas, de acuerdo con la ley de la materia;
12. Mantener conducta personal ejemplar, de respeto mutuo y tolerancia, y observar las normas de cortesía de uso común;
13. Velar, a través de sus ponencias y la emisión de sus votos, por la correcta interpretación y el cabal cumplimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional;
14. Cuidar los bienes públicos que son puestos a su servicio y promover el uso racional de los bienes de consumo que les provee el Estado. Esta obligación incluye el deber de dar cuenta documentada de los gastos que importen sus viajes oficiales o visitas al exterior con bolsa de viaje; y
15. Presentar, luego de realizado un viaje oficial, un informe al Pleno sobre todo aquello que pueda ser de utilidad para el Tribunal Constitucional.

b) Incompatibilidades

Las incompatibilidades para el ejercicio del cargo son las mismas que las establecidas para los congresistas, las mismas que se encuentran señaladas en el artículo 92 de la Constitución, así como las reguladas en los artículos 12 y 13 de la LOTC y en el artículo 17 del Reglamento Normativo. Éstas son:

1. El ejercicio de cualquier otro cargo público o privado. Resulta especialmente incompatible la condición de. gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del directorio de empresas que

tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, que administran rentas públicas o prestan servicios públicos. Dicha incompatibilidad, también se extiende a aquellos cargos similares en empresas que, durante el ejercicio del cargo, obtengan concesiones del Estado, y en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

2. El ejercicio de cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria, siempre que la misma no afecte el normal funcionamiento del Tribunal.
3. La defensa o asesoría pública o privada del cónyuge o de los ascendientes o descendientes, salvo en causa propia.
4. La afiliación a organizaciones políticas.

5.1.6. Vacancia, suspensión, inhabilitación y destitución

Dependiendo del tipo de responsabilidad que tengan los magistrados, éstas pueden ser resueltas al interior de la institución, a través de la potestad disciplinaria del Tribunal Constitucional; o fuera del citado órgano, mediante la potestad extraordinaria de la intervención del Congreso de la República en caso de infracción constitucional y de la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones.

a) Vacancia

El artículo 16 de la LOTC ha establecido taxativamente las causales para declarar la vacancia del cargo de magistrado, éstas son:

1. Por muerte;
2. Por renuncia;
3. Por incapacidad moral o incapacidad física permanente que inhabilite para el ejercicio de la función;
4. Por incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo;
5. Por violar la reserva propia de la función;
6. Por haber sido condenado por la comisión de delito doloso; y,
7. Por incompatibilidad sobreviniente.

César Landa sistematiza estas causales en dos criterios:

- i) *Objetivo*, referido a causas derivadas una circunstancia objetiva que hacen insuperable que el magistrado pueda continuar ejerciendo el cargo, como es el caso de muerte, renuncia e incapacidad física permanente que inhabilita para el ejercicio de la función; y,
- ii) *Subjetivo*, referido a causas motivadas en la conducta del propio magistrado, como es el caso de la incapacidad moral, la culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, la violación de la reserva propia de la función, la incompatibilidad sobreviniente, y la condena por la comisión de delito doloso⁴⁰.

El artículo 16 de la LOTC señala además que, el magistrado que incurra en causal de vacancia y, no obstante ello, continúe en su cargo, es destituido por el Tribunal tan pronto como éste tome conocimiento de dicha situación. Si la vacancia se produjera por muerte, renuncia o porque el magistrado fue condenado por delito doloso, ésta se decreta por el Presidente; en los demás casos, decide el Tribunal en pleno, para lo cual se requiere no menos de 4 votos conformes.

Como se ha señalado líneas arriba, el único caso de vacancia que se ha presentado en el Tribunal Constitucional peruano es la reciente declaración de vacancia del ex magistrado Ricardo Beaumont Callirgos, luego de que el pasado 30 de abril, el Pleno del Tribunal no aceptara la renuncia al cargo del citado magistrado, por lo que éste debió reincorporarse a sus funciones a más tardar el 02 de mayo. Al no haberse producido la reincorporación voluntaria del magistrado, el Tribunal Constitucional, por Resolución Administrativa N° 066-2013-P/TC, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 03 de mayo último, declaró la vacancia del citado magistrado, por incumplir los deberes inherentes a su cargo en perjuicio del servicio de administración de justicia constitucional, debido al retraso en la tramitación de los procesos que se ventilan en dicha sede constitucional., dejando constancia que, de conformidad con el artículo 10° de la LOTC, un magistrado debe continuar en ejercicio de sus funciones hasta que haya tomado posesión quien ha de sucederlo.

b) Destitución, suspensión e inhabilitación

En consecuencia, cabe la posibilidad de que un magistrado del Tribunal Constitucional sea destituido, suspendido o inhabilitado para la función pública hasta por 10 años por el Congreso de la República, previo antejuicio político que haya

⁴⁰ LANDA ARROYO, César. *Id.* pp. 166-167.

seguido el procedimiento establecido en los artículos 99° y 100° de la Constitución, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometa en el ejercicio de sus funciones.

Dicho procedimiento se encuentra regulado en el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Se inicia con una acusación realizada por la Comisión Permanente ante el Pleno del Congreso de la República, en virtud de la cual, se le imputa al magistrado la comisión de una infracción constitucional que no se encuentra tipificada expresamente en la Constitución ni en la ley, y por la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones que si están tipificadas en el Código Penal⁴¹. El Pleno del Congreso, puede optar entre destituirlo, pudiendo decretar su inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por 10 años. Para la aprobación de la sanción de destitución se requiere del voto conforme de dos tercios del número legal de congresistas, sin contar a los miembros de la Comisión Permanente, de conformidad con lo establecido en el inciso i) del artículo 89 del Reglamento del Congreso y con el artículo 21 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

La única vez que el Congreso ha destituido a magistrados del Tribunal Constitucional fue con ocasión de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 26657, más conocida como la ley de la re-reelección presidencial de Alberto Fujimori. Esta sentencia que fue suscrita por los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Delia Revoredo, a quienes la mayoría parlamentaria oficialista acusó constitucionalmente de usurpación de funciones del Pleno, y destituyó mediante R. L. N.° 002-97-CR, R.L. N° 003-97-CR y R.L. N° 004-97-CR. Sin embargo, luego de la caída del régimen fujimorista estos magistrados fueron repuestos en sus cargos, en mérito de una sentencia favorable de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴².

Lo ocurrido en el Perú con la destitución de los citados magistrados, así como el caso de la acusación constitucional de cinco de los nueve magistrados del Tribunal Constitucional de Ecuador en el año 2003, y la remoción de algunos magistrados del Tribunal Supremo de Venezuela, por un desacuerdo político, son ejemplos elocuentes por los cuales un sector de la doctrina considera que la posibilidad de destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional a través de un juicio político o

⁴¹ LANDA ARROYO, César. "Antejuicio Político". En Elecciones N. 5, año 4, ONPE, Lima, 2005, pp. 125-138

⁴² LANDA ARROYO, César, "Tribunal Constitucional y estado democrático" (...), *Ob. Cit.*, pp. 307.

acusación constitucional por parte del Congreso, constituye un riesgo para la independencia de los magistrados del Tribunal en el ejercicio de sus funciones.

5.2. Composición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional está compuesto por un Pleno integrado por los 7 magistrados con competencias especiales y presidido por el Presidente del Tribunal Constitucional, y por dos Salas integradas por 3 magistrados cada una, con iguales competencias.

5.2.1. El Pleno

El Pleno del Tribunal Constitucional es el máximo órgano de deliberación y decisión del colegiado, está compuesto por los siete magistrados, pero puede sesionar con el quórum de cinco magistrados. El Pleno cumple con la función constitucional de impartir justicia constitucional, a través de las audiencias públicas, las sesiones del Pleno jurisdiccional y administrativo del colegiado.

a) Audiencia pública del Pleno Jurisdiccional

La audiencia pública es el acto procesal mediante el cual los magistrados escuchan a las partes y a los abogados que, oportunamente, solicitaron informar sobre los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. Su inicio, desarrollo y conclusión se encuentran regulados en los artículos 33 a 35 del Reglamento Normativo.

b) Tipos de sesiones

De acuerdo al tema a tratar, las sesiones pueden ser:

b.1.) Sesiones Jurisdiccionales del Pleno

Se encuentra regulado en el artículo 40 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Tiene por finalidad discutir las causas puestas a voto. El Pleno queda constituido con el quórum establecido en el artículo 5 de la LOTC vale decir, con la presencia de 5 magistrados.

b.2) Sesiones administrativas del Pleno

Se encuentran regulados en el artículo 42 del Reglamento Normativo. Los temas a tratar en estas sesiones están regulados en el artículo 28 del Reglamento Normativo, éstas son las siguientes:

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

b.3.) Sesiones ordinarias y extraordinarias del Pleno

Las sesiones ordinarias son aquellas que tienen lugar regularmente y que son convocadas por el Presidente del Tribunal Constitucional. En cambio, las sesiones extraordinarias son convocadas por tres magistrados, lo cual procede siempre que lo hicieren con 24 horas de anticipación y con la agenda a tratar. Asimismo, excepcionalmente, puede haber sesiones extraordinarias en días no laborables, cuando las circunstancias especiales así lo exijan, a convocatoria de los magistrados o del Presidente.

5.2.2 Las Salas

El Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 5 de su Ley Orgánica, en concordancia con lo establecido en el artículo 11 de su Reglamento Normativo, se organiza en 2 Salas, con 3 miembros cada una. Según lo establecido en el artículo 11 del Reglamento Normativo, corresponde a una de las salas calificar la

procedencia de las causas que llegan al Tribunal. Asimismo, corresponde a cada Sala resolver sobre el fondo del asunto en última y definitiva instancia.

5.3. Funcionamiento del Tribunal Constitucional

5.3.1. Sede

De acuerdo al artículo 1 de la LOTC, el Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa, sede que todavía fue establecida en la Constitución de 1979 y ratificada en la Constitución de 1993. Sin embargo, en la práctica no se cumple este mandato, pues el propio TC estableció que podía tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República. Es así que el TC, en atención a que la mayor parte de la carga procesal proviene de la ciudad de Lima, ha dispuesto en el artículo 3 de su Reglamento Administrativo, que las oficinas administrativas funcionen en la ciudad de Lima. No obstante, la realidad muestra que no sólo las oficinas administrativas funcionan en la ciudad capital, sino que además es en esta ciudad capital donde el Tribunal Constitucional ejerce la función jurisdiccional la mayor parte del tiempo.

Es por esta razón que a lo largo de estos años en los que el Tribunal Constitucional ha venido laborando en Lima, se han promovido 2 acciones constitucionales. La primera, una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la LOTC que resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC N° 0013-2010-PITC, declarando infundada dicha demanda. En esta sentencia el Tribunal Constitucional señaló que el mencionado artículo era constitucional; pero, siempre que se interprete que *“puede sesionar tanto en su sede de Arequipa, como en la sede de Lima (...) también puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”*.

La segunda fue una acción de cumplimiento promovida por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el Tribunal Constitucional, a fin de que cumpla con el artículo 1 de la LOTC. Esta demanda fue declarada fundada por los jueces constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que conocieron el proceso en primera y segunda instancia (Expediente N° 2008-07193); sin embargo, dicho fallo carecen de efectos jurídicos, dada la sentencia de inconstitucionalidad mencionada precedentemente.

5.3.2. **Votación y publicación de las Resoluciones**

Se encuentran recogidas en el artículo 47 del Reglamento Normativo, en el cual se establecen los siguientes tipos de resoluciones que pueden ser emitidas por el Tribunal Constitucional.

a) Sentencias

Son las resoluciones por medio de las cuales se pone fin a los procesos constitucionales, a través de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. La sentencia debe contener las formalidades señaladas en los artículos 17, 34, 55 y 72 del Código Procesal Constitucional. Las sentencias expedidas por el Pleno deben ser firmadas por el número mínimo de magistrados exigidos por la ley, es decir, requieren de 5 votos. Los casos en los que el Pleno dicta sentencia son: las acciones de inconstitucionalidad, el conflicto de competencia, y el establecimiento o modificación de precedentes normativos y doctrina jurisprudencial. En el caso de las sentencias expedidas por las Salas, deben contar con 3 votos conformes. En ambos casos, los efectos de la sentencia empiezan a regir desde el día siguiente a su notificación y, en su caso, al día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”, independientemente de su publicación en la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe),

b) Autos

Son las resoluciones de carácter interlocutorio por medio de las cuales el Tribunal emite pronunciamientos en las causas que están sometidas a su conocimiento, es decir, son aquellas resoluciones que no resuelven el fondo del petitorio de la demanda. Por ejemplo, los autos que resuelven la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o del conflicto de competencia, los autos que declaran la improcedencia de la demanda en los demás procesos constitucionales elevados al Tribunal vía recurso de agravio constitucional, la indebida concesión del recurso de agravio constitucional, el recurso de queja, la acumulación de procesos y, los pedidos de aclaración, entre otros.

c) Decretos

Son las resoluciones por medio de las cuales se impulsa el trámite del proceso. Estas resoluciones son firmadas por el Presidente del Tribunal o por delegación de éste, por los Presidentes de las Salas. A diferencia de las sentencias y los autos, los decretos no son publicados en la página web del Tribunal, a excepción de los decretos de avocamiento, que se dictan cuando uno o más magistrados han cesado en sus funciones, en cuyo caso el Presidente del Tribunal Constitucional, el de las

Salas, o en su defecto el Magistrado más antiguo, según corresponda, emitirá decreto señalando al magistrado que se avoca al conocimiento de la causa, siempre que el cesado no haya votado.

5.3.4. Recursos impugnatorios y pedidos ante esta sede

a) *Recurso de agravio constitucional*

De conformidad con el artículo 201 inciso 1 de la Constitución y el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, el recurso de agravio constitucional (RAC) es aquel medio impugnatorio de carácter extraordinario que procede contra la resolución *desestimatoria* de segundo grado expedida por el Poder Judicial en los procesos constitucionales de la libertad (amparo, habeas corpus, cumplimiento y habeas data).

De lo señalado se advierte que el RAC fue concebido como un medio impugnatorio que procedía únicamente contra resoluciones desestimatorias; sin embargo, este recurso ha sufrido una serie de innovaciones. Es así que el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia y haciendo uso del principio de autonomía procesal, ha habilitado una serie de supuestos para la procedencia del RAC contra resoluciones *estimatorias*⁴³. Veamos sucintamente estas variantes o supuestos:

i) *El RAC ordinario:* Se presenta en aquellos supuestos donde la resolución impugnada no es desestimatoria, pero al modular sus efectos, se encuentra justificada su procedencia, por ejemplo:

1. Cuando se ha producido la sustracción de la materia, por irreparabilidad o cese de la vulneración del derecho. Algunos ejemplos al respecto los encontramos en las STC Nros. 3421-2005-PHC/TC (Caso Nicke Nelson Domínguez Baylón), 4171-2008-PHC/TC (Caso David Juan Arakaki Mendoza), 752-2011-PA/TC (Caso Carmen Angélica Hidalgo Romero y otra), y 5461-2011-PA/TC (Caso Tomás Manuel Acero Rosales);
2. Cuando los efectos de la sentencia estimatoria resulten inapropiados para la tutela efectiva del derecho vulnerado, debido a que el mandato de restitución del derecho resulta inadecuado para su pleno ejercicio, ya sea porque carece de un mandato claro, porque contiene fórmulas condicionantes para su ejecución o porque resulta en sí misma incongruente con la restitución del

⁴³ HUANCAHUARI PAUCAR, Carín, “*El Recurso de Agravio Constitucional a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, En *IUS – Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo - USAT*. Chiclayo, 2012, volumen II, número 4, pp.3-25.

derecho que se pretenda tutelar. Un ejemplo de este supuesto es la STC N° 3090-2009-PA/TC (Caso Julia Elena Madueño Nuñunero);

3. Cuando se han deducido excepciones, y éstas han sido indebidamente resueltas, imposibilitando conocer el tema de fondo. Como ejemplos tenemos las STC Nros. 595-2010-PA/TC (Caso Ana Elizabeth Castillo Sánchez), 4485-2011-PA/TC (Caso Rosa Milagros Correa Grozo), 4475-2011-PA/TC (Caso Amparito Chávez Álvarez), 2680-2011-PA/TC (Caso Rodrigo y Asociados S.A.C.), 1592-2012-PA/TC (Caso Arturo José Belaúnde Guzmán), y 638-2012-PA/TC (Caso Ciro Basiano Quispe Borda);
4. Cuando se hace necesario ordenar el pago de pretensiones accesorias vinculadas a la protección eficaz del derecho constitucional discutido. Un ejemplo al respecto es la STC N° 5430-2006-PA/TC que ha establecido que en materia pensionaria resulta necesario ordenar el pago de los devengados y de los respectivos intereses para la tutela eficaz del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, incluso si estas pretensiones accesorias no han sido invocadas en la demanda; y,
5. Cuando se presentan vicios procesal en el proceso que han afectado directamente en la decisión. Como ejemplos tenemos las siguientes sentencias: RTC 4640-2011-PHC/TC, RTC 1543-2012-PA/TC, RTC 1704-2012-PHC/TC, RTC 27-2012-PHC/TC, RTC 3945-2011-PA/TC, entre otras.

ii) El RAC excepcional: Se presenta en aquellos supuestos donde se pretende otorgar tutela efectiva a un derecho fundamental que ya fue tutelado en una sentencia anterior recaída en un proceso constitucional. Se presenta principalmente en la etapa de ejecución de sentencia. Dentro de estos supuestos excepcionales encontramos los siguientes:

1. El RAC a favor del cumplimiento o de la ejecución de las sentencias de Tribunal Constitucional o también denominado como recurso de apelación por salto, establecido en la RTC N° 168-2007-Q/TC (caso Banco Continental), modificada a través de la STC N° 0004-2009-PA/TC (caso Roberto Alca Atachahua), y en la STC N° 02813-2007-PA/TC (caso Julia Eleyza Arellano Serquén);
2. El RAC a favor de la ejecución de las sentencias del Poder Judicial, recogido en la RTC N° 201-2007-Q/TC (caso Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno);
3. El RAC a favor del orden constitucional, llamado también el RAC a favor del artículo 8 de la Constitución, vinculado a procesos penales sobre tráfico ilícito, de drogas y/o lavado de activos; recogido en las STC Nros. 02663-2009-

- PHC/TC (caso Edwin Walter Martínez Moreno), y 02748-2010-PHC/TC (caso Alexander Mosquera Izquierdo);
4. El RAC ante pedidos de represión de actos homogéneos, establecido en las STC Nros. 4878-2008-PA/TC (caso Viuda de Mariátegui) y 5287-2008-PA/TC (caso Mario Lovón Ruíz-Caro); y,
 5. El RAC frente al incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional, recogido en la RTC N° 322-2011-Q/TC (caso PUCP).

Mención aparte merece el RAC a favor del precedente vinculante, establecida en la STC N° 4853-2004-PA/TC (caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad), pues fue éste el primer RAC excepcional que el Tribunal Constitucional creó; sin embargo, tuvo poca duración, pues fue dejado sin efecto mediante la STC N° 3908-2007-PA/TC (caso PROVIAS).

b) Recurso de queja

Los artículos 19 del Código Procesal Constitucional y 54 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional estipulan que contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja, éste se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de 5 días siguientes a la notificación de la denegatoria.

Esta resolución la dicta una de las Salas, que es la que conocerá el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad.

Si bien el artículo 54 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional es taxativo en el sentido que cualquier justiciable podría interponer un recurso de queja por denegatoria del RAC; también es cierto que el quejoso sin mayor sustentación puede invocar la denegatoria en temas que no tienen relevancia constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido regulando en qué casos sustantivos se debería interponer un recurso de queja, para que el examen de la forma por la forma no se constituya en un abuso del derecho, como se analiza más adelante.

El artículo 54 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional también señala que al escrito que contiene el recurso de queja debe cumplir ciertos requisitos, similares a los regulados para el recurso de queja en materia civil. Estos requisitos son: que el recursos se encuentre debidamente fundamentado, y que se anexe copia

de la resolución recurrida, del recurso de agravio constitucional, del auto denegatorio del mismo y de las respectivas cédulas de notificación, debidamente certificadas por el abogado, salvo el caso del proceso de hábeas corpus que no requiere de tales formalidades.

De acuerdo al artículo 55 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el recurso de queja se resuelve por cualquiera de las Salas dentro de los diez días de recibido, sin trámite previo. Si la Sala declara fundada la queja, conoce también del recurso de agravio constitucional, ordenando al Juez respectivo el envío del expediente, dentro del tercer día, bajo responsabilidad. En consecuencia, las Salas son competentes para la resolución del recurso de queja interpuesto, pero extraordinariamente puede ser objeto de pronunciamiento del Pleno, cuando la razón de su admisión se refiera al incumplimiento de una resolución de una de sus Salas del Tribunal Constitucional o con mayor razón del Pleno del propio Tribunal.

Producida la queja, se forma un cuaderno separado que se mantendrá en el Archivo del Tribunal, agregándose el original de la resolución que resuelve la queja, la constancia de la fecha de comunicación a la respectiva Sala y de la notificación a las partes, de conformidad con el artículo 55 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

c) Recurso de reposición

Este recurso únicamente procede contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, y debe interponerse ante el propio Tribunal en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes.

d) Pedidos de aclaración y corrección

Aunque no se trate propiamente de recursos impugnatorios, sino de remedios, la aclaración y la corrección son pedidos que pueden ser formulados ante el Tribunal Constitucional. Así lo ha establecido el artículo 121 del Código Procesal Constitucional cuando señala que: “...en el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido. Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición...”.

5.3.5. La imposibilidad de impugnar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional dentro de la jurisdicción interna, y la facultad del Tribunal de declarar la nulidad de sus propias resoluciones.

Dos son las razones por las que una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no es cuestionada en nuestro país. La primera se encuentra en la disposición contenida en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, que señala expresamente que: *“Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna”*. La segunda, en la causal de improcedencia prevista en el precedente vinculante de la sentencia recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC, consistente en que en *“ningún caso puede ser objeto de una demanda de amparo contra amparo las resoluciones del Tribunal Constitucional”*.

Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Constitucional ha emitido algunas resoluciones a través de las cuales se aparta de estas dos razones, como consecuencia de la existencia de un vicio procesal relevante. Nos referimos en primer término a la resolución dictada en el Expediente N° 6348-2008-PA/TC de 02 de agosto de 2010, derivada de una demanda de amparo contra resolución judicial que fue declarada improcedente por sentencia de primera instancia dictada por una Sala Superior del Poder Judicial y confirmada por la Corte Suprema, sin embargo, cuando el expediente fue elevado al Tribunal Constitucional, éste, declarando nulo todo lo actuado en el proceso de amparo, ordenando que se admita la demanda, bajo la premisa errada de que las instancias inferiores habían declarado improcedente liminarmente la demanda, esto es, al momento de calificarla; razón por la cual, al bajar el expediente a la Sala Superior, ésta procedió a elevar en consulta dicha resolución al propio Tribunal Constitucional, sosteniendo que existía una contradicción entre lo resuelto y lo actuado en el proceso, al haberse ordenado admitir a trámite la demanda cuando de lo actuado en el proceso se advertía que ya se había admitió la demanda. Advertido el Tribunal Constitucional de que la demanda no había sido rechazada liminarmente, hizo uso de su potestad nulificante recogida en la parte final del artículo 176° del Código Procesal Civil, y declaró nula su propia resolución, ordenando que se señalara nueva fecha para la vista de la causa y posterior pronunciamiento de fondo. El argumento central de la declaración de nulidad de oficio, fue que el vicio cometido era insubsanable, pues de acuerdo al estado del proceso correspondía pronunciarse sobre el fondo de la pretensión constitucional, por lo que su primer pronunciamiento afectaba la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Como se puede advertir en el citado caso, el Tribunal Constitucional hizo uso de su facultad nulificante para declarar nula su propia resolución, al haber incurrido en un vicio que retardaba la tramitación de un proceso de amparo que merecía un pronunciamiento de fondo por parte de dicha instancia suprema, todo lo cual desnaturalizada la finalidad de los procesos constitucionales, que exige la tutela urgente de derechos fundamentales.

Otro caso a través del cual el Tribunal Constitucional deja sin efecto su propia decisión, es la sentencia dictada en el Expediente N° 3569-2010-PA/TC de 15 de abril de 2011, a través de la cual el máximo intérprete de la Constitución declara por primera vez, fundada una demanda de amparo interpuesta contra una sentencia dictada por dicho órgano en un primer proceso de amparo, algo que, como se ha señalado líneas arriba, no se encontraba permitido, pues el propio Tribunal Constitucional, en uso del principio de autonomía procesal, estableció como regla procesal, la improcedencia de las demandas de amparo contra decisiones emanadas de dicho Tribunal. Sin embargo, en el citado caso, el Tribunal Constitucional se apartó de dicha regla al considerar que existían circunstancias objetivas que justificaban que, *por excepción*, dicha causal de improcedencia no fuera aplicada. Dichas circunstancias fueron que el demandante del segundo proceso de amparo no participó como parte o tercero en el primer proceso de amparo, debido a que no fue emplazado con la demanda ni denunciado civilmente por las partes demandadas.

A diferencia del caso anterior, en este caso, el Tribunal Constitucional decidió declarar fundada la demanda, precisando los efectos de la sentencia dictada en el primer proceso de amparo, sin declararla nula, con lo cual solucionó la controversia sin necesidad de establecer un amparo excepcional que pudiera resultar peligroso, si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional es considerado el órgano de clausura en materia de control en sede interna, como se verá en el siguiente capítulo⁴⁴.

⁴⁴ ACUÑA CHAVEZ, Araceli. "La nulidad procesal en los procesos constitucionales ¿Procede la declaración de nulidad procesal de una sentencia del Tribunal Constitucional?". En *Actualidad Jurídica*, Lima, Tomo 219, febrero 2012, pp.35-41.

CAPÍTULO II

POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA DE CONTROL

1. El principio de separación de poderes y el sistema de control y balance de poderes.

Es sabido por todos que los elementos definitorios de Estado son: la población, la soberanía y el territorio; sin embargo, junto con la distribución territorial, también se ha dado una diferenciación funcional del poder del Estado, según la cual, diferentes instituciones del mismo Estado se han ido repartiendo el ejercicio principal de una o varias funciones especializadas.

La progresiva complejidad de las relaciones sociales y económicas ha provocado que la tramitación de las demandas de la población, y su conversión en decisiones vinculantes para toda la comunidad, se haya ido asignando a instituciones especializadas.

Es así que la visión liberal del Estado ha permitido identificar cuáles son las principales funciones, a qué instituciones se atribuirían y, finalmente, qué relaciones se producirían entre éstas. Así tenemos que: **i)** la decisión vinculante que obliga a un ciudadano o a un grupo de ciudadanos a adoptar una conducta o a evitar otra corresponde, en general, a las instituciones, que ostentan una **función ejecutiva**, tales como el gobierno, el jefe del estado, las diferentes administraciones, las agencias independientes, etc. **ii)** Esta decisión vinculante no es el resultado de una voluntad caprichosa o arbitraria, sino que tiene que responder a las reglas preestablecidas. En tal caso y de forma previa, existe una función de definición de objetivos y procedimientos de cada decisión, que se refleja en leyes, decretos y normas de diferente rango. Esta función, conocida como la **función legislativa**, es la que se asigna a las asambleas, parlamentos u otros órganos colegiados. **iii)** Finalmente, para acabar, hay ocasiones en las que la decisión política es controvertida, por lo que pueden surgir discrepancias en torno a la interpretación de las reglas del juego o a la idoneidad de su aplicación, en un caso singular. Dirimir la

controversia planteada y decantarse por una solución es propio de la **función jurisdiccional** atribuida a los magistrados y tribunales, considerados como los árbitros entre las partes en disputa.

De este modo, el Estado se ha ido estructurando en torno a un conjunto de instituciones que han llevado a cabo varias funciones, pero esta diversificación de organizaciones o instituciones no es tan sólo el resultado de una especialización funcional, sino que, junto con estas razones técnicas y organizativas, se han dado también factores políticos que han conducido a esta diferenciación.

No olvidemos que el origen de la tradición del Estado liberal partía del principio de la prevención contra la concentración de funciones políticas en pocas manos, tal y como se había experimentado en los excesos de la monarquía absoluta, una situación que se consideraba una amenaza para la libertad de los ciudadanos. Así, Locke y, sobre todo, Montesquieu difundieron la doctrina de la llamada "división de poderes". Ambos pensadores estaban convencidos de que una comunidad tenía que atribuir el ejercicio del poder a más de una institución, ya que ésta era la única forma de evitar el ejercicio abusivo del poder. La frase célebre de Montesquieu, "*es necesario que el poder detenga al poder*" en su obra *Del espíritu de las leyes*, es suficientemente gráfica de esto.

Pero esta separación y equilibrio entre instituciones y poderes del Estado ha pasado por diferentes etapas como resultado de fenómenos no previstos por los teóricos liberales de los siglos XVIII y XIX. La primera pretensión fue contrarrestar el poder absoluto de los monarcas hereditarios y, más tarde, el modelo liberal reclamó la supremacía del parlamento en tanto que éste representa la voluntad popular. Posteriormente, durante el último medio siglo, la consolidación de los partidos ha significado un desplazamiento de la representación y de la toma de decisiones hacia estos últimos; precisamente este último acontecimiento ha contribuido a situar en una posición central al Poder Ejecutivo en detrimento del parlamento. Sin embargo, no debemos olvidar la posición que ocupa el Poder Judicial, pues muchas veces la aplicación de las leyes elaboradas por los Parlamentos y en algunos casos por el Ejecutivo, suele implicar conflictos de interpretación. En tal caso, ¿a quién le corresponde la interpretación correcta de la ley? ¿Quién ejerce el papel de árbitro en la gran cantidad de discrepancias que hay en la vida en sociedad?

Los tribunales, además de ejercer un papel de arbitraje en estas discrepancias, también intervienen para dirimir conflictos de interpretación y aplicación legal

planteados entre dos instituciones o administraciones que se disputan determinadas competencias o recursos públicos. Si bien la función judicial ha sido objeto de pugnas históricas por su importancia política, en la actualidad, la función judicial o jurisdiccional es atribuida a instituciones especializadas: los Tribunales Judiciales, y en algunos países como el nuestro, se ha creado además un Tribunal Constitucional encargado de ejercer, entre otras funciones, el control constitucional de las leyes⁴⁵, lo que ha permitido que este órgano constitucional forme parte de este sistema de separación y balances de poderes pero bajo una posición muy particular. No por nada Tarapués Sandino señala que *“El Tribunal Constitucional se ha encasillado teóricamente en un espacio ajeno a las ramas del poder público tradicionales, es decir, del legislativo, del ejecutivo e incluso el judicial. Argumentos de diversos teóricos como Kelsen, Zarini y Favoreu, entre otros, apuntan a la total independencia de esta institución frente a otros organismos del Estado que pueden inferir en las decisiones que adopte en torno a la constitucionalidad de los actos y normas que se le asignan”*⁴⁶.

Podemos ver, de este modo, que las relaciones entre las instituciones estatales se han ido modificando al compás de los cambios sufridos por el contexto social, económico y cultural. Hoy, ya no se puede hablar propiamente de "separación de poderes", puesto que sus actividades se encuentran estrechamente relacionadas. Sin embargo, lo que sí existe es una tensión permanente entre estos poderes, en los que se combinan relaciones complejas de cooperación y conflicto.

En ese escenario, el Tribunal Constitucional, como órgano constitucional tiene límites pero también participa de los equilibrios y de los pesos y contrapesos que existen entre los propios órganos del Estado. Como señala César Landa, el Tribunal Constitucional ha venido a consagrar la transformación del clásico modelo de división de poderes, al ocupar una posición en el sistema político del Estado constitucional, orientada a realizar el control de la Constitución y de los poderes dentro de un modelo moderno de control y balance –*check and balances*– que

⁴⁵ En el estado liberal clásico, la interpretación de la Constitución correspondía al mismo parlamento. Fue en Estados Unidos donde el Tribunal Supremo, que no había sido facultado expresamente para esto, reivindicó el control de la constitucionalidad de las decisiones políticas y parlamentarias, en la célebre sentencia dictada en 1803 (Marbury contra Madison). Desde esta fecha, el sistema político americano ha admitido la revisión judicial de las decisiones parlamentarias, introduciendo límites en la acción legislativa. En Europa en cambio, el control de la constitucionalidad no fue admitido hasta después de la Primera Guerra Mundial, cuando las constituciones de Austria (1919), Checoslovaquia (1920) y, más tarde, España (1931) incorporaron tribunales especiales dedicados a revisar la constitucionalidad de las decisiones no sólo del Ejecutivo, de las administraciones y del resto de Tribunales, sino también del mismo parlamento. Después de la Segunda Guerra Mundial, y de forma progresiva, se ha ido admitiendo la posibilidad de este control constitucional en un gran número de países de todo el mundo, entre los que adscribe el Perú.

⁴⁶ TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando. *“La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur”*. Cali: Universidad Santiago de Cali, 2008, p. 104.

requiere de reajustes permanentes de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos⁴⁷.

Bajo esa línea, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00006-2006-PC/TC, que el principio de separación de poderes no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; sino que exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos, pues dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado.

Asimismo, en el Expediente N.º 03760-2004-AA/TC el mencionado Tribunal precisó que este principio *“no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (check and balance) entre los órganos del Estado”*.

En las mencionadas sentencias, el Tribunal Constitucional recordó que la doctrina de la separación de poderes tiene por esencia evitar, entre otros aspectos, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconozcan los derechos y las libertades fundamentales. En esa medida, la separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos. Por lo tanto, es la propia Constitución la que debe establecer el delicado sistema de los *checks and balances*.

Como tal, la Constitución de 1993 ha acogido al principio de separación de poderes como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43º, al establecer que el gobierno de la República del Perú *“(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”*; sin embargo, es importante precisar que este principio posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial, pues la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201º y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176º y ss.), Ministerio Público (artículo 158º y ss.), Consejo Nacional de la

⁴⁷ LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...)*, Ob. Cit., p. 63-66.

Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161º y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190º y ss.), entre otros.

Por lo tanto, el principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43º de la Constitución, busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38º, 45º y 51º).

Es por esta razón que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0005-2007-AI/TC señaló que, *“si bien nuestra Constitución reconoce las aludidas funciones básicas del Estado (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional), no puede asumirse: i) que estas sean las únicas funciones; ii) que existan distinciones nítidas y rígidas entre tales funciones básicas del Estado; y iii) que se encuentren en un rango superior a las funciones de los órganos constitucionales”*.

Como se aprecia, el Poder Constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente.

Como sostuvo Montesquieu: *“Todo estaría perdido si un mismo hombre, o un mismo cuerpo de personas principales, o de nobles o de pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”*.⁴⁸

Ahora bien, como se ha señalado líneas arriba, tal división no implica una rígida separación entre poderes, sino que se limita a excluir que un solo órgano acumule en sí más poderes, no rechazándose *a priori* la posibilidad de que –en función de moderación y freno– un órgano compartiese el ejercicio de más poderes. Por esta

⁴⁸ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, 1980.

razón el principio de separación de poderes exige que, pese a compartir determinadas funciones, los poderes del Estado u órganos estatales se encuentren prohibidos de desnaturalizar las competencias de otros poderes u órganos. Así por ejemplo, si bien el Poder Ejecutivo puede expedir decretos legislativos, tal facultad de legislar se encuentra enmarcada en determinados límites (legislar sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa, entre otros), encontrándose vetado a tal poder invadir las competencias asignadas al Poder Legislativo y así legislar sobre otras materias que no fueron materia de la delegación o hacerlo fuera del respectivo plazo.

Por lo tanto, la existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, sigue constituyendo una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. Es desde una perspectiva que corresponde analizar cuál es la posición del Tribunal Constitucional en relación a las entidades sujetas al control constitucional, no sólo a los típicos poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sino además a los demás órganos constitucionales autónomos, así como a los gobiernos regionales y locales.

2. El control del Tribunal Constitucional a los poderes del Estado

No cabe duda que el desarrollo de la justicia constitucional ha generado mayores niveles de efectividad en la protección de los derechos fundamentales y el respeto de las competencias o atribuciones de los Poderes del Estado u órganos constitucionales. No obstante, tal desarrollo ha traído consigo tensiones con tales poderes y órganos, tensiones que no solo se han presentado en nuestro ordenamiento sino también en ordenamientos jurídicos tales como el italiano, alemán, español o colombiano, entre otros.

Estas tensiones han puesto en evidencia que la implementación de los mandatos constitucionales es una labor que requiere de una estrategia y no solo de la solución de casos, por lo que la jurisprudencia constitucional debe estar dirigida a establecer la posición de control jurisdiccional que ocupa el Tribunal Constitucional en el sistema de división de poderes. Sin embargo, ello sólo será posible a partir de entender que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial no son más poderes absolutos; y, en segundo lugar, que la justicia constitucional, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no cuestiona la división de poderes entendida como el balance de poderes, sino que lo afirma; sin que ello signifique que el Tribunal

Constitucional tenga que actuar sin límites; pues como señala Loewenstein, la esencia de toda Constitución es *“la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político”*⁴⁹, por lo que en nuestros días no es posible concebir *“la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que estos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo”*⁵⁰.

2.1. El control al Poder Legislativo.

Entre las tensiones que se han suscitado entre el Tribunal Constitucional y los poderes del estado, destacan de modo especial las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador. El aspecto medular de tales tensiones se encuentra constituido por la existencia de determinadas sentencias de inconstitucionalidad que han supuesto la creación de normas, y la exhortación o recomendación al legislador para que expida otras leyes que sí resulten compatibles con la Constitución.

Estamos hablando de las denominadas sentencias “interpretativas”, las mismas que pueden ser, a su vez:

1. **Estimatorias:** Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. Este tipo de sentencias se clasifican a su vez en sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, y las sentencias manipulativas. Estas últimas a su vez se sub clasifican en: reductoras, aditivas, sustitutivas, exhortativas y estipulativas.
2. **Desestimatorias:** Son aquellas que declaran infundada una demanda inconstitucionalidad. Mediante estas sentencias se dispone que una disposición legal no sea inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *“Teoría de la Constitución”*. Ariel, Barcelona, 1979, p. 151.

⁵⁰ ARAGON REYES, Manuel. *“El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”*. REDC, año 07, N° 19, 1987, p. 36.

Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución. (Fundamento jurídico 29 de la STC N° 0010-2002-AI/TC).

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

i) *El principio de conservación de la ley:*

Mediante este principio se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado. Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

ii) *El principio de interpretación desde la Constitución:*

Mediante este principio se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

Si bien algunos autores consideran que con el uso de las sentencias interpretativas estimatorias desaparecen estos fundamentos que sirven de legitimidad a este tipo de sentencias; sin embargo, para Díaz Revorio, no es así, en razón a que tanto las sentencias interpretativas estimatorias como las desestimatorias tiene básicamente los mismos efectos, en vista que con ambas decisiones se verán igualmente satisfechos los principios de supremacía de la Constitución, y el de conservación de las leyes, así como su interpretación conforme a la Constitución⁵¹.

Ahora bien, más allá de los fundamentos que legitiman a este tipo de sentencias, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional ha recurrido en varias oportunidades a

⁵¹ DIAZ REVORIO, Francisco Javier, “*Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*”, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 123.

este tipo de sentencias, sin limitar su uso a los procesos de inconstitucionalidad, extendiéndolo a los demás procesos. Un estudio a la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional muestra que luego del caso “Marcelino Tineo Silva y otros” (Exp. N° 010-2002-PI/TC) encontramos por lo menos una veintena de procesos de inconstitucionalidad, otra tanto de amparo, unas trece sentencias de habeas corpus y un proceso de cumplimiento en el que se ha hecho uso de sentencias interpretativas exhortativas, asimismo encontramos otro buen número de sentencias manipulativas aditivas.

Este escenario es quizá la causa más importante por la que se presentó el Proyecto de Ley N° 14321/2005-CR al que hicimos alusión en el Capítulo I al tratar la naturaleza del TC. Si revisamos el citado proyecto de Ley veremos una serie de argumentos que utilizó el ex parlamentario Flores-Aráoz para sustentar su propuesta.

1. El primer argumento fue que el Tribunal Constitucional estaría usurpando las facultades legislativas del Congreso de la República, convirtiéndose en legislador positivo y vulnerando con ello el principio de separación de poderes recogido en la Constitución Política. En palabras de Flores-Aráoz: *“Mediante las referidas sentencias el Tribunal Constitucional se ha convertido en legislador positivo, modificando y manipulando las normas legales, invadiendo de este modo el ámbito de competencias que la Constitución ha reservado a otros órganos constitucionales, vulnerando el principio de separación de poderes”*.
2. Un segundo argumento fue que el Tribunal Constitucional estaría “extralimitándose” en el ejercicio de funciones al expedir las sentencias interpretativas y, más específicamente, las sentencias aditivas. Para Flores-Aráoz *“se han advertido excesos en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en numerosos procesos de inconstitucionalidad, que han producido sentencias manipulativas, aditivas, sustitutivas, integrativas, exhortativas, etc., en las cuales el citado órgano jurisdiccional ha rebasado sus atribuciones constitucionales que se limitan a dejar sin efecto las normas que hayan sido declaradas inconstitucionales, según lo prevé el artículo 204° de la Constitución”*.
3. El tercer argumento fue que no había fundamento constitucional para que el Tribunal Constitucional emitiera sentencias interpretativas. Flores-Aráoz sustentó este argumento señalando que: *“Es claro que nuestra Constitución no ha establecido entre las atribuciones del Tribunal Constitucional dictar*

sentencias manipulativas, aditivas, sustitutivas, reductoras, etc., al momento de resolver las demandas de inconstitucionalidad. Del mismo modo, ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ni el Código Procesal Constitucional vigente han establecido disposición alguna relativa a la atribución del Tribunal Constitucional para emitir dichas sentencias ‘interpretativas’.

4. El cuarto argumento que utilizó Flores-Aráoz fue que las sentencias interpretativas generaban inseguridad jurídica, pues no quedaba claro qué extremos de la resolución son vinculantes. A este respecto, el mencionado parlamentario señaló: *“Asimismo, en este tipo de sentencias frecuentemente la interpretación o norma nueva no figura en el fallo de la sentencia sino que éste se remite a los fundamentos jurídicos de la misma, lo que las hace confusas y de difícil conocimiento para los jueces y abogados, sin contar los inconvenientes prácticos, y aun de seguridad jurídica, de esta técnica jurisprudencial. El efecto inmediato de lo señalado es que la emisión de dichas sentencias genera inseguridad jurídica porque es muy difícil que los operadores jurídicos y en general la ciudadanía comprenda la parte considerativa de las resoluciones que sustentan una sentencia interpretativa, produciéndose el desconocimiento generalizado de los criterios jurisprudenciales y la imposibilidad de norma que otorgue al Tribunal Constitucional tal atribución”.*
5. El quinto y último fundamento fue que no existía fundamento constitucional para sostener que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución. En este punto, el proyecto cuestionaba el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que reconoce al Tribunal Constitucional la condición de “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”. El argumento fue que esta supremacía no tiene respaldo constitucional, cuestionando incluso que el Tribunal Constitucional se arrogue la condición de único y exclusivo intérprete de la Constitución. En palabras de Flores-Aráoz: *“debe quedar claramente establecido que al estatuirse su calidad de órgano de control de la Constitución, no implica que nadie más pueda interpretar la Constitución Política. El Tribunal Constitucional no podrá arrogarse la potestad única y exclusiva de determinar qué deviene en constitucional o inconstitucional. Esto último resulta por lo demás alejado de la realidad y debe quedar específicamente señalado”.*

Frente a estas objeciones, Juan Carlos Ruiz Molleda⁵² ha desarrollado argumentos a favor de las sentencias interpretativas y en contra del citado proyecto, estos argumentos a favor son los siguientes:

1. Las sentencias interpretativas implican el ejercicio de funciones legislativas, pero “limitadas”, porque, a diferencia del Congreso, cuando el Tribunal Constitucional expide este tipo de sentencias no elige la mejor interpretación a partir de un criterio de “oportunidad” y de “conveniencia”, sino aquella que sea una exigencia constitucional, actuando como “legislador negativo”, es decir, de expulsión del ordenamiento jurídico de las normas que se oponen a la Constitución Política.
2. Las sentencias interpretativas son expresión del principio de colaboración de poderes. En vista que a través de estas sentencias tienen por finalidad controlar la conformidad de la actuación del legislador con la Constitución, y este control resulta necesario para garantizar jurídicamente la supremacía de la Constitución.
3. Tanto la doctrina nacional como la comparada ha reconocido la función de “legislador positivo” del Tribunal Constitucional. Como precisa el español Aja: “Hace tiempo que los Tribunales Constitucionales han abandonado en gran medida la función de legislador negativo, asumiendo tareas, claramente positivas, de creación de normas⁵³.”
4. Las sentencias interpretativas tienen fundamento y legitimidad constitucional. Como señala Abad Yupanqui, estas sentencias tienen un fundamento y una razón de ser en el hecho objetivo de que la expulsión de la norma impugnada del ordenamiento jurídico, a través de una acción de inconstitucionalidad, puede generar vacíos y desórdenes que es imprescindible afrontar y evitar⁵⁴.
5. Las sentencias interpretativas aditivas son una respuesta a los mandatos de actuación positiva de la Constitución. Toda vez que cuando los Tribunal Constitucional expiden una sentencia interpretativa aditiva, no lo hacen porque quieran suplantar al legislador, sino porque lo creen necesario para hacer

⁵² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, “*En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*”, Instituto de Defensa Legal y la Facultad y Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 11-40. Consulta: 17 de noviembre de 2012. <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf>.

⁵³ AJA, Eliseo: “*Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*”. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1998, p. 259.

⁵⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel: “*Derecho Procesal Constitucional*”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2004, p. 53.

efectiva la supremacía constitucional, y para someter a control de constitucionalidad las omisiones de la ley, con el fin de evitar la creación de vacíos y desórdenes y situaciones de mayor violación de la Constitución Política y afectación de derechos fundamentales como consecuencia de las omisiones legislativas del Congreso.

6. Las sentencias interpretativas son expresión de los “poderes implícitos” del Tribunal Constitucional. Son expresión de ese conjunto de atribuciones y facultades con las que cuenta el Tribunal Constitucional para el cumplimiento “eficaz” de sus funciones de defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales.
7. El proyecto de ley desconoce que la interpretación constitucional tiene reglas y principios propios.
8. La interpretación que el proyecto hace de la Constitución viola principios técnicos de interpretación constitucional.
9. Las sentencias interpretativas es que la facultad del Tribunal Constitucional de supremo y definitivo intérprete de la Constitución tiene fundamento constitucional, pues si bien la Constitución no ha reconocido literalmente al Tribunal Constitucional la función de supremo y definitivo intérprete de la Constitución Política, esta facultad es consecuencia de una interpretación sistemática de los artículos 201, 202 y 204 de la Constitución, interpretación que ha sido reconocida por el Congreso actual cuando aprobó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
10. El Congreso desatiende la mayoría de las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional para que legisle sobre temas concretos. De dieciocho solicitudes que el Tribunal Constitucional ha formulado al Congreso para que legisle sobre materias específicas, solo en dos el pedido ha sido atendido. En relación con los dieciséis restantes, en dos casos el Congreso, o lo ha hecho de manera parcial e incompleta, o simplemente se ha apartado de los lineamientos vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
11. El proyecto desconoce la posición del Tribunal Constitucional dentro del Estado Democrático Constitucional

Como podemos ver, más allá de que el mencionado proyecto de ley no prosperó, los argumentos a favor de las sentencias interpretativas y de la potestad que tiene el

Tribunal Constitucional de emitir las, resultan ser más sólidos; sin embargo, la pregunta a formularse es si el Tribunal Constitucional está haciendo uso correcto de esta potestad, o si por el contrario viene invadiendo competencias propias del Poder Legislativo.

En cualquier caso, el tema central es determinar cuál es el margen de acción y los límites que tiene el Tribunal Constitucional en este escenario. Para este efecto, ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha establecido expresamente sus límites en la expedición de tales sentencias, al emitir la sentencia del caso “barrera electoral” (Exp. 00030-2005-AI/TC). En la aludida sentencia el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

“Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de la Ley Nº 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45º de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

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

- b) *No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.*
- c) *Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.*
- d) *Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.*
- e) *La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado”.*

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que las tensiones existentes entre Tribunal Constitucional y Parlamento no pueden circunscribirse al dilema entre supremacía de la Constitución o supremacía de la ley, o entre superioridad del Tribunal Constitucional o del Parlamento. En el Estado Constitucional, la Constitución es la principal fuente de derecho y es vinculante tanto para el Parlamento como para el Tribunal Constitucional, por lo que no resulta legítimo sostener una jerarquización orgánica entre instituciones pares.

Precisamente, el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico exige la participación, en diferentes roles, de los poderes del Estado u órganos constitucionales, en particular, del legislador y los jueces. En el caso del legislador, este se encuentra llamado no sólo a expedir leyes que no sean incompatibles con los principios y reglas constitucionales, sino también a expedir leyes que desarrollen el contenido deóntico de la Constitución. El desarrollo legislativo tiene determinados límites en la Norma Fundamental y en los tratados celebrados por el Estado que forman parte del derecho nacional, es decir, legisla con amplia discrecionalidad hasta donde existan tales límites. En el caso de los jueces –incluidos los constitucionales–, estos tienen la tarea de utilizar el material normativo estructurado a partir de la Constitución para así individualizar reglas conformes con los principios constitucionales y de adecuar la interpretación de las leyes en la dirección en la cual tales principios puedan realizarse en la mayor medida posible.

En el derecho comparado se ha insistido en que *“avanzar en la configuración de una superior colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador aconseja abandonar viejos tabúes por ambas partes, como la crítica per se a las sentencias que contienen orientaciones para el legislador o la creencia de los Tribunales Constitucionales de que la inercia (pereza) del legislador es algo consustancial a las Cámaras. La creación de instrumentos que introduzcan flexibilidad en las relaciones entre ambas instituciones, como la Memoria anual del Tribunal Constitucional recordando las normas pendientes de reforma, o la creación de gabinetes en el Gobierno y en el Parlamento para facilitar el cumplimiento de las sentencias constitucionales, o incluso la previsión de reuniones periódicas u otro tipo de relaciones institucionalizadas, no resolverán por sí mismas el problema principal pero pueden ayudar a encauzarlo”*⁵⁵.

Para concluir con este tema conviene hacer mención al discurso hecho por Hamilton en El Federalista, al manifestar que: *“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales, Una Constitución es de hecho una Ley Fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a las leyes orgánicas,*

⁵⁵ AJA, *Op Cit*, 1998, p. 290.

la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán de gobernarse por la última de preferencia las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son⁵⁶.”

2.2. El control al Poder Judicial

Dentro de la forma clásica de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. En esa medida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces (...)”.

Por ello el Tribunal Constitucional ha expresado en múltiples ocasiones que: “la potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por medio de sufragio directo -salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular, de conformidad con el artículo 152º de la Constitución-. Sin embargo el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y plenario respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado. Es por ello que, el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico exige la participación de los jueces, pues éstos tienen la tarea de utilizar el material normativo estructurado a partir de la Constitución para así individualizar reglas conformes con los principios constitucionales y de adecuar la interpretación de las leyes en la dirección en la cual tales principios puedan realizarse en la mayor medida posible. Y si bien es cierto que en ocasiones pudiera parecer que el Tribunal Constitucional es de mayor rango

⁵⁶ HAMILTON, MADISON, JAY, “*El Federalista*”, Fondo de Cultura Económico, México, 1957, p. 332. Citado por CARPIZO, *Ob. Cit.*, 2009, p. 21.

que la Corte Suprema, esto no es así, pues su relación no es jerárquica sino competencial, es decir, es una relación de *"integración o jerarquía funcional"*⁵⁷.

No obstante, en la práctica se puede considerar que existe subordinación del Tribunal Supremo al Constitucional en el aspecto en que este último puede anular las resoluciones del primero, cosa que no puede suceder al revés. Un ejemplo entre otros lo tenemos en la famosa sentencia del caso del conflicto de competencia que interpuso el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, por cuanto esta entidad dictó resoluciones judiciales que desconocieron la competencia del Ejecutivo para otorgar los permisos y licencia para la apertura y funcionamiento de las empresas de casinos y tragamonedas.

La demanda del Poder Ejecutivo solicitó que se declare la nulidad de dichas resoluciones judiciales por menoscabar sus atribuciones constitucionales. El Tribunal Constitucional consideró en la sentencia dictada en el Expediente N° 0006-2006-PC/TC que, si el proceso competencial estaba previsto para que se interponga el conflicto constitucional entre poderes públicos, a efectos de que el Tribunal Constitucional declare qué entidad es la competente y disponga la nulidad de los actos violatorios, no era irrazonable que se pronunciase por la determinación de competencia y la nulidad o anulación de las resoluciones violatorias de la Constitución. Sin embargo, dicho caso no fue uno de un conflicto de competencia típico (positivo, cuando dos entidades disputan por ejercer una competencia, o negativo, cuando dos entidades rechazan ejercer una competencia); sino que era un conflicto de competencia atípico, en la medida que las resoluciones del Poder Judicial fueron expedidas formalmente en el marco del ejercicio regular de sus competencias judiciales, pero con perjuicio o menoscabo de las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo.

En el mencionado caso, el Tribunal Constitucional falló disponiendo la nulidad de doce sentencias dictadas en procesos de amparo que ya habían adquirido la calidad de cosa juzgada y la anulación de otras siete sentencias, hasta que la Corte Suprema emitiera pronunciamiento, en tanto órgano competente para resolver vía consulta, el control difuso ejercido por los jueces que dictaron las sentencias anuladas. El argumento fundamental del Tribunal Constitucional para anular las mencionadas sentencias fue que dicho Tribunal ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad e inconstitucionalidad de algunas normas legales y actos

⁵⁷ STC N° 006-2006-CC/TC, F. 14

particulares relativas a los casinos y tragamonedas, por lo las sentencias que se dictaron en contravención de dichos fallos constitucionales nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional y, por ende, no podía afirmarse que su nulidad constituyera una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso.

Otro caso que suscitó una tensión entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial fue la reciente sentencia dictada en el Expediente N° 037-2012-PA/TC de fecha 25 de enero de 2012. En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional declara fundado el recurso de agravio constitucional presentado por Scotiabank contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y, en consecuencia, anula la resolución de Casación N° 3313-2009, de fecha 5 de abril de 2011, de la Sala Civil Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República. El fondo en cuestión en este debate es la interpretación del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva que para ordenar un embargo o requerir su cumplimiento el Ejecutor Coactivo debe estar debidamente acreditado ante las entidades del sistema financiero, la Policía Nacional, las oficinas registrales y el Banco de la Nación. El Tribunal Constitucional afirmó que la sentencia de la Corte Suprema es nula porque interpreta dicho artículo en el sentido que el Ejecutor Coactivo debe estar inscrito en todas las entidades mencionadas, cuando la correcta interpretación de dicho artículo es que solo debe acreditarse ante la entidad frente a la cual se pretende hacer efectiva la acreencia. Además, señala que el fallo de la Corte Suprema otorgaría a Telefónica un doble beneficio económico, a partir de un solo proceso judicial, lo que está prohibido por la Ley.

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

No cabe duda que en nuestro país nunca faltarán casos, como los señalados precedentemente, que generen discrepancias y tensiones entre estos dos órganos del Estado; sin embargo, no por ello debe perderse de vista que el rol más importante asignado al Poder Judicial, además de su potestad de impartir justicia en

los procesos ordinarios, es la defensa de la Constitución, razón por la cual el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el juez del Poder Judicial es el primer llamado en ejercer el control constitucional.

2.3. El control al Poder Ejecutivo

En el marco de un modelo presidencial, nuestro país ha dejado una sensación de impunidad frente a la corrupción gubernamental, fruto de una vida política inestable, caracterizada por numerosos caudillos que gobernaron nuestro país a través de sus propias leyes, no en vano cada vez que caía un caudillo desaparecía su Constitución.

Por esta razón, la posibilidad de abuso legislativo ha crecido desde que el Presidente de la República puede dictar normas con fuerza de ley (Decretos de Urgencia) y Decretos Legislativos por delegación de facultades del Congreso. Como quiera que muchas veces el Presidente de la República cuenta con el apoyo de la mayoría del Congreso, ha terminado siendo un poder incontrolado, muy parecido al de una dictadura. Una muestra de ello fue el gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori, quien sometió el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional a sus propios intereses, expresadas en las resoluciones emitidas a favor de su reelección, a pesar de la prohibición constitucional.

No olvidemos que, cuando todavía estaba vigente la Constitución de 1979, Fujimori solicitó la delegación de facultades al Congreso para implementar su programa de reformas económicas, llegando a dictar 126 Decretos Legislativos relativos a la promoción de la inversión privada. Frente a dicho exceso el Congreso decidió derogar y modificar 28 Decretos Legislativos por inconstitucionales, llegando a aprobar la Ley N° 25397 – Ley de control de los actos normativos del Presidente de la República; que fue una de las justificaciones de Fujimori para el golpe de Estado del 05 de abril de 1992, por considerar que quedaba atado de manos. Sin embargo, antes del golpe, el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) resolvió 3 acciones de inconstitucionalidad dictadas al amparo de la delegación de facultades. Estas acciones fueron contra el Decreto Legislativo N° 650 de compensación por tiempo de servicios cancelatoria, Decreto Legislativo N° 651 de liberalización del precio del transporte público y, Decreto Legislativo N° 674 que limitada la actividad empresarial del Estado.

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

En cuanto al abuso o extralimitación de la materia legislativo, el TGC consideró que la CTS formaba parte de los beneficios sociales a los que estaba facultado el Poder ejecutivo a legislar, por lo que concluyó que se había respetado la materia, plazo y dado cuenta al Congreso; sin embargo, como señaló Carlos Blancas al analizar dicha sentencia, el TGC no advirtió que consolidar normas no supone reformarlas o modificarlas, sino tan sólo sistematizarlas o integrarlas⁵⁸. En ese sentido el TGC se quedó en un primer nivel de razonamiento positivista, al utilizar un control entre la ley autoritativa y el decreto legislativo materia de control, olvidando que los actos legislativos del Poder Ejecutivo no gozan de una presunción de constitucionalidad o legalidad, debido a que no reúnen los requisitos de la presunción de constitucionalidad de la ley⁵⁹, sino que deben demostrar dicho carácter a los órganos competentes que se lo demanden; por ello es que en el citado caso el TGC debió pasar a un segundo nivel de razonamiento a fin de aplicar el control constitucional en base a la materia laboral en cuestión, a fin de advertir que el ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, no es un acto discrecional, sino reglado taxativamente a lo establecido en la ley autoritativa, y si ésta es genérica o ambigua, el mandato debe someterse a un principio de legislación restrictiva. Sin embargo, en aquella oportunidad el TGC no advirtió que tenía competencia para realizar un *control de contenido* de los decretos legislativos en caso se tratara de una materia compleja, y un *control de apreciación* a fin de verificar que el Poder Ejecutivo no quiere el principio de división de poderes, amparado en el principio de corrección funcional. En cuanto a la jerarquía normativa del Decreto Legislativo N° 650, el TGC señaló dicho Decreto había elevado a la jerarquía de ley a los decretos supremos y resoluciones ministeriales que habían venido regulado la nueva política del gobierno en cuanto a la CTS cancelatorio.

Poco después de emitida la citada sentencia se produjo el autogolpe del 05 de abril de 1992, clausurándose el TGC y el Congreso, entre otras instituciones democráticas. A partir de dicho periodo, el gobierno de facto de Alberto Fujimori dictó

⁵⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, "Comentarios sobre la sentencia del TGC relativa al Decreto Legislativo N° 650". En Themis N° 22, art. Cit., p. 29.

⁵⁹ FERRERES COMELLA, Víctor, "Justicia Constitucional y Democracia", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 163.

decretos leyes sin posibilidad de revisión alguna; sólo una vez restaurado el régimen democrático, alguna de esas normas fueron revisadas por el nuevo Tribunal Constitucional.

Si bien el Congreso Constituyente de 1993 le otorgó continuidad jurídica al gobierno de facto, convalidando 744 decretos leyes; sin embargo, ello no fue impedimento para que se plantearan acciones de inconstitucionalidad ante el nuevo Tribunal Constitucional respecto de 3 decretos leyes: el Decreto Ley N° 25967 que modificó el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 19990; el Decreto Ley N° 22633, que prohibió utilizar los medios de comunicación durante el proceso judicial por delito de prensa; y, el Decreto Ley N° 25662, que estableció el doble de la pena para los delitos cometidos por miembros de la policía nacional.

El Tribunal Constitucional postuló la *tesis de la continuidad*, en la medida que el Decreto Ley N° 25067, y todas las normas dictadas por el gobierno de facto, fueron legitimadas por el gobierno, pues luego de celebradas las elecciones constituyentes el Congreso Constituyente expidió la Ley del 09 de enero de 1992 que disponía en su artículo 2°, que los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de emergencia y Reconstrucción Nacional (es decir el gobierno de facto), mantenían su vigencia, en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente elegido por voluntad popular.

En cuanto al control que ha ejercido el Tribunal Constitucional respecto a los Decretos Legislativos, tenemos que desde que se aprobó la Constitución en 1993 hasta 1997, donde el ex presidente Fujimori contaba con mayoría en el parlamento, se aprobaron 124 Decretos Legislativos, que regularon aspectos del proceso económico neoliberal, habiendo sido materia de control por el Tribunal Constitucional únicamente 4 de ellos: el Decreto Legislativo N° 853 sobre el FONAVI, el Decreto Legislativo N° 767 – Ley Orgánica del Poder Judicial, el Decreto Legislativo N° 817 sobre el régimen previsional de pensiones a cargo del Estado y, el Decreto Legislativo N° 295 sobre causales de divorcio del artículo 337 Código Civil. De estas 4 demandas únicamente las dos últimas fueron declaradas fundadas en parte; sin embargo fue con la acción de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817 que el Tribunal Constitucional precisó que el Presidente había transgredido el principio de especificidad en materia de delegación legislativa, consagrado en el artículo 104 de la Constitución de 1993, al señalar que incluía contenidos normativos no autorizados por la Ley N° 26557, de delegación de facultades legislativas.

Finalmente, si bien es cierto que entre 1882 a 1992 el TGC resolvió únicamente 3 acciones de inconstitucionales contra decretos legislativos, en tanto que el Tribunal Constitucional resolvió 4 entre 1996 a 1997; sin embargo, lo que da cuenta que no es una materia despreciable de control constitucional; sin embargo, la mayor facultad legislativa que ha ejercido el Poder Ejecutivo se ha dado a través de los denominados decretos de urgencia.

Bajo esa línea se puede advertir que durante la vigencia del TGC sólo hubo una sentencia sobre la constitucionalidad de un Decreto de Urgencia, que fue desestimada, porque se señaló que el TGC no tenía competencia constitucional para resolver una acción de inconstitucionalidad contra un decreto de urgencia, auto limitándose. Más allá de esto, se advierte que en la práctica peruana, los decretos de urgencia no han merecido un mayor control constitucional del Tribunal Constitucional, debido a que no se han planteado muchas acciones de inconstitucionalidad contra dichas normas legales; esto se debe quizás a que el Congreso es quien ejerce el control posterior de estas normas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución, al disponer que el Presidente de la república debe dar cuenta al Congreso de los mismos.

No obstante, cabe destacar la sentencia dictada en el Expediente N° 25-2008-PI/TC, publicada el 25 de abril del 2010, sobre la demanda presentada por más de cinco mil ciudadanos contra el Decreto de Urgencia N° 25-2008, que establecía disposiciones para la aplicación de las Leyes N° 27803 y 29059, referidas a los beneficios de los trabajadores que fueron objeto de ceses colectivos. La demanda fue declarada fundada pues el Tribunal consideró que el decreto de urgencia fue expedido sin observarse las características propias de estas normas, cuales son: su excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad. No hubo un pronunciamiento sobre si el contenido del decreto de urgencia era compatible con la Constitución. Respecto a esta sentencia el Tribunal declaró improcedente un pedido de aclaración.

Asimismo cabe destacar la demanda de inconstitucionalidad formulada por el parlamentario Yonhy Lescano en representación del 25 % del número legal de congresistas, contra los Decretos de Urgencia Nros. 001-2011 y 002-2011, relacionados con la priorización de 33 proyectos de inversión y los estudios de impacto ambiental. Los referidos decretos de urgencia, publicados en el diario oficial El Peruano el 18 y 21 de enero de 2011, fueron cuestionados porque supuestamente eliminarían la necesidad del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para realizar los

proyectos de inversión. La demanda fue declarada fundada pues el Tribunal consideró que los decretos de urgencia no cumplían con el presupuesto habilitante de transitoriedad, apreciándose más bien un carácter indefinido, pues dichas adjudicaciones podrían no producirse en el año, lo cual daría lugar a nuevos decretos de urgencia. El Tribunal Constitucional estableció que ahora los proyectos de inversión a los que se referían los mencionados decretos de urgencia tendrían que sujetarse a la ley vigente antes de su dación.

De lo hasta aquí expuesto, cabe señalar que la práctica y la teoría constitucional del control constitucional de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo presente una gran diferencia entre las normas, la doctrina y la realidad, pues no obstante que el Poder Ejecutivo es el principal emisor de normas legales, la jurisdicción constitucional ha llevado un control relativo.

3. El control del Tribunal Constitucional a los órganos de gobierno

Conforme se ha señalado líneas arriba, la justicia constitucional no solo está orientada a controlar a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de acuerdo a la división horizontal del poder, sino también a controlar la división vertical del poder mediante el examen de la constitucionalidad de las decisiones normativas de los gobiernos locales, regionales y nacional. Bajo esta tarea el Tribunal Constitucional cumple un rol especial desde su posición de intérprete supremo de la Constitución, debido a la ausencia de una segunda Cámara en el Congreso de la República que represente directamente los intereses regionales y locales, cumpliendo con las funciones de pacificación, ordenación e integración del proceso de descentralización dentro del modelo de Estado unitario.

Sus sentencias vienen desarrollando cada una de las competencias y atribuciones que se encuentran configuradas en un Estado unitario y a la vez descentralizado, integrando o corrigiendo las normas del gobierno nacional y de los gobiernos regionales y locales, en función del mandato constitucional. Como es evidente, que el Tribunal Constitucional es requerido para asumir un rol como garante de la descentralización en el conflicto entre los gobiernos locales y regionales contra el Gobierno Nacional.

3.1. El control a los Gobiernos Regionales

Una de las primeras sentencias a través de la cual el Tribunal Constitucional ejerció control sobre las actuaciones de los Gobiernos Regionales, entiéndase, fue la dictada en el Expediente N° 0020-2005-PI/TC.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que si bien el Estado Peruano es unitario y descentralizado, de conformidad a lo señalado en el artículo 43 de la Constitución, ello no implica la negación de competencias normativas autónomas de los gobiernos regionales, pues conforme lo expresa el artículo 191 de la Constitución, los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa; sin embargo, precisó que de acuerdo al artículo 192 de la misma Constitución, tal autonomía debe ser ejercida *“en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo”*, para lo cual debía tomarse en consideración las normas que establecen las competencias de los gobiernos regionales, y las que desarrollan el proceso de descentralización. Es decir, Ley N° 27783, de Bases de la Descentralización (LDB) y, la Ley N° 27867, de Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), y en determinados casos la Ley N.º 28273, Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales (LSAGRL) y, ya dentro del ámbito de la ejecución de tal normativa, los planes anuales de transferencia de competencias sectoriales, tales como los emitidos mediante el Decreto Supremo N° 052-2005-PCM o el Decreto Supremo N° 036-2007-PCM.

Las referidas normas delimitan formal y materialmente la autonomía de los gobiernos regionales, desarrollando sus competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales. (el artículo 13º de la LBD explica que las competencias exclusivas son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley; y, las competencias compartidas son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados).

Pero además del análisis de estas normas, el Tribunal Constitucional precisó que, para determinar los límites concretos de las competencias de los gobiernos regionales se debía apelar al **test de competencia**, el mismo que desarrollaremos en el siguiente capítulo, pero que para efectos del control a los gobiernos regionales, se estructura según determinados principios constitucionales, como: **i)** el principio de unidad, compuesto a su vez por el principio de cooperación y lealtad regional, así como por el principio de taxatividad y cláusula de residualidad y el principio de

control y tutela; **ii)** el principio de competencia, conformado por el principio de competencias y el bloque de constitucionalidad; y, **iii)** el principio de efecto útil y poderes implícitos y el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos. Estos principios ha sido desarrollados en la STC 0020-2005-PI/TC (Fundamentos 34 al 79) y en las STC Nros. 0024-2006-PI/TC, 006-2010-PI/TC y 008-2010-PI/TC.

Otra sentencia importante en la que el Tribunal Constitucional hizo uso del control contra una norma regional, fue en el Expediente N° 009-2011-PI/TC, en el que se cuestionó una ordenanza emitida por el Gobierno Regional del Cusco que declaró su jurisdicción territorial como área de no admisión de denuncias mineras. En este caso, el Gobierno Regional alegaba que tal decisión se daba en virtud a su trascendencia histórica de la región, que estaba dedicada exclusivamente a la actividad turística y agropecuaria. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad de tal ordenanza, determinando que tales ámbitos eran competencia del Gobierno Nacional. En líneas generales, el argumento que sustentaba el Tribunal era que el Gobierno Nacional era el competente para regular la actividad de la gran y mediana minería, por consiguiente, prohibir el otorgamiento de concesiones mineras o declarar la no admisión de denuncias mineras en cierta jurisdicción, contraviene las competencias del Gobierno Nacional.

En similar sentido, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia dictada en el Expediente N° 0001-2012-PI/TC, de 17 de abril de 2012 (*Gobierno Regional de Cajamarca y el Proyecto Minero Conga*) declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Regional N° 036-2011-GR.CAJ.CR, en cuyo artículo 1° declaró de interés público regional la conservación, protección e intangibilidad de las cabeceras de cuenca en la región Cajamarca. El Tribunal Constitucional señaló que el mencionado artículo 1° era inconstitucional porque el Gobierno Regional de Cajamarca no era competente para declarar la intangibilidad de las cabeceras de cuenca. De igual forma declaró inconstitucional el artículo 2° de la ordenanza en cuestión, que declaraba inviable la ejecución del proyecto minero Conga, puesto que a tenor del Tribunal, el Gobierno Regional de Cajamarca no tenía competencias para anular o suspender proyectos de gran minería. Finalmente, respecto al artículo 3° de la mencionada ordenanza, el Tribunal Constitucional no declaró su inconstitucionalidad, porque entendió que no escapa de las competencias del Gobierno Regional de Cajamarca el encargo otorgado al Presidente de la Región para que canalice ante el Congreso de la República los

procesos de investigación sobre las circunstancias en que fue aprobado el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto Conga.

Para el Tribunal Constitucional, dicho encargo no contravenía lo estipulado en los artículos 88° y 89° del Reglamento del Congreso de la República, ya que, en virtud del principio de efecto útil y poderes implícitos, el Presidente del Gobierno Regional de Cajamarca podía realizar las coordinaciones que estime pertinente a fin de coordinar políticas regionales con el Congreso de la República o solicitar la creación de comisiones. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, consideró pertinente señalar como respuesta a los actos de violencia suscitados con ocasión de este caso, que los funcionarios del Estado, cualquiera sea su jerarquía, debían ejercer sus competencias y atribuciones de manera proporcionada al principio de “lealtad constitucional”, que consiste en la obligación de respetar el orden público constitucional realizando un ejercicio responsable de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley, así como a la jurisprudencia constitucional vinculante.

3.2. El control a los Gobiernos Locales

Un caso a tener presente en materia de control a los gobiernos locales, es el expresado en la STC N° 008-2011-PI/TC (*Municipalidad Provincial de Víctor Fajardo*) en el que se discutió si es que la mencionada Municipalidad podía prohibir el otorgamiento de licencias para la exploración y explotación minera en su jurisdicción territorial. La Municipalidad Provincial Víctor Fajardo, argumentaba, que tal decisión se tomaba en virtud a la protección del recurso hídrico del área de su competencia; sin embargo, el Tribunal Constitucional, al igual que en la STC N° 009-2011-PI/TC (*Gobierno Regional del Cusco*), precisó que dicha prohibición contravenía las competencias del Gobierno Nacional. Lo importante de esta sentencia, fue que el Tribunal Constitucional precisó que la garantía institucional de la autonomía municipal recogida en el artículo 194° de la Constitución, busca proteger el ámbito de acción de los gobiernos locales en su interrelación con otros órganos del Estado.

En ese sentido, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0013-2003-AI/TC (*caso Municipalidad Provincial de Urubamba*), el Tribunal Constitucional, citando a Faulo Loras, señaló que: “(...) frente a la diversidad de significados y contenidos de la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente, los siguientes: **a)** contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de las municipalidades; **b)** contenido objetivo o sustantivo de la

autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local, y c) contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores [Antonio Faulo Loras. Fundamentos constitucionales de la autonomía local. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 256-257]”.

En esa misma línea, en el Expediente N° 0007-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional dejó en claro que la autonomía otorgada a los gobiernos municipales, si bien les permite desenvolverse libremente en asuntos de naturaleza administrativa, económica y política, no supone, “autarquía funcional” al extremo de que cualquiera de sus competencias pueda desvincularse del sistema político o del orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal, pues, el hecho de que un órgano es autónomo no significa que deja de pertenecer al Estado, pues sigue formando parte de él. En esa medida, la Constitución otorga y garantiza a los gobiernos municipales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales, pero, no para aquellas competencias que los excedan, como los intereses supralocales, donde necesariamente tal autonomía tendrá que ser graduada en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también, según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 195° de la Constitución, los gobiernos locales “(...) *promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo*”, en ese sentido, son competentes, específicamente, para: “(...) *8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley*”. En consecuencia, sólo en los casos mencionados, nos encontramos ante la presencia de atribuciones de naturaleza indisponible e irrenunciables otorgadas por la propia Constitución a los gobiernos locales.

De todo lo expresado precedentemente podemos concluir señalando que, si bien los gobiernos regionales y locales gozan de autonomía, sin embargo, no pueden olvidar que forman parte de un Estado, de modo tal que en virtud al principio de fuerza normativa de la Constitución se encuentran directamente vinculados a ella y, en consecuencia, las decisiones, el ejercicio de sus competencias y el desarrollo de sus relaciones necesariamente deberán respetar las reglas inherentes al principio de lealtad constitucional.

4. El control a los órganos constitucionales

El modelo constitucional, basado en los clásicos poderes del Estado y los tres niveles de gobierno ha reconocido a órganos constitucionales que complementan la división del poder, en función a una nueva concepción del poder equilibrado Constitucionalmente. Para lo cual, se crean órganos constitucionales como entidades de equilibrio constitucional a los poderes clásicos, con el objeto de garantizar el control y balance de poderes.

Como se tuvo ocasión de señalar el capítulo I, las características principales de los órganos constitucionales tenemos que: son creados de manera expresa por el poder constituyente en la Constitución; son órganos técnicos altamente especializados; son independientes funcionalmente de los poderes del Estado; los titulares son elegidos o designados por los poderes públicos o residualmente por gremios o entidades privadas; gozan de autonomía administrativa, presupuestal y normativa, básicamente; los titulares gozan de prerrogativas e inmunidades para la determinación de sus responsabilidades; sostienen con los poderes y gobiernos descentralizados relaciones de coordinación; y, son entidades públicas con competencias de cobertura nacional.

Como los clásicos poderes del Estado deben compartir antiguas cuotas de poder con los nuevos organismos autónomos, se generan conflictos cuando los órganos constitucionales cumplen con sus competencias, colisionando con las de los poderes públicos. De allí que se produzcan críticas a dichos organismos en relación a la falta de legitimidad democrática directa de la misma, cuando colisiona con los poderes tradicionales; pero, también se producen controversias entre los propios organismos autónomos; en cuyo caso, el Tribunal Constitucional puede ejercer el control constitucional, mediante el proceso del conflicto de competencia.

Siguiendo el criterio de clasificación hecha por César Landa⁶⁰, los organismos constitucionales autónomos creados por el poder constituyente son las siguientes:

Organismos garantes de la Constitución y de los derechos fundamentales:

- Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).
- Defensoría del Pueblo (artículo 161 de la Constitución).

Organismos de apoyo jurisdiccional:

- Ministerio Público (artículo 158 de la Constitución)
- Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 de la Constitución).

Organismos electorales:

- Jurado Nacional de Elecciones (artículo 177 de la Constitución).
- Oficina Nacional de Procesos Electorales (artículo 177 de la Constitución).
- Registro Nacional de Identidad (artículo 177 de la Constitución).

Organismos económicos:

- Banco Central de Reserva (artículo 84 de la Constitución).
- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (artículo 87 de la Constitución)
- Contraloría General de la República (artículo 82 de la Constitución).

De estas formas de control, conviene hacer mención a las que han generado mayor tensión como consecuencia de las sentencias emitidas por el TC.

a) El Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura

El Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) fue creado en nuestro país en la Constitución de 1979, siendo ratificado en la Constitución de 1993. Forma parte del conjunto de instituciones que integran el sistema de justicia, encargado de seleccionar, ratificar y destituir a los jueces y fiscales de todo el país. El sustento de su creación es procurar la imparcialidad e independencia de los jueces, al trasladar la fórmula de elección de los mismos por el parlamento y el ejecutivo a un órgano constitucional especializado encargado de tal función, evitando con ello que estos poderes del Estado puedan ejercer un control político sobre los jueces. Es por esta razón que sus decisiones resultan de vital importancia, y así lo ha considerado el TC al asumir competencia para revisar sus resoluciones, pese a que el artículo 142° de

⁶⁰ LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...)*, Ob. Cit., p. 84.

la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura.

En así que en la sentencia recaída en el Expediente N° 05156-2006-PA/TC el TC estableció la competencia de dicho órgano para determinar la legitimidad constitucional de las resoluciones del CNM a través de procesos de amparo. Asimismo, en dicho pronunciamiento, precisó los alcances del artículo 5.7° del Código Procesal Constitucional, estableciendo que la referida disposición se compatibiliza con la interpretación realizada por el propio TC a los artículos 142° y 154.3°.

Dicha interpretación se encuentra contenida en la sentencia dictada en el Exp. N° 2409-2002-AA/TC, donde se señaló que *“(…) cuando el artículo 142° de la Constitución (también el artículo 154.3°) establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces (...), el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la norma fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, a contrario sensu, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201° y 202° de nuestro Texto Fundamental”.*

En tal sentido, el Tribunal Constitucional concluyó, en base a una interpretación, a *contrario sensu*, del artículo 154.3° de la Constitución, y del artículo 5.7° del Código Procesal Constitucional, que las resoluciones del CNM en materia de destitución

podían ser revisadas en sede judicial, cuando sean expedidas sin una debida motivación y sin previa audiencia al interesado. Sin embargo, antes de que el TC llegara a esta conclusión, paso por distintas etapas:

- i)** Una primera etapa representada por la STC N° 1941-2002-AA/TC (caso Almenara Bryson), a través de la cual el TC señaló que el CNM no se encontraba obligado a fundamentar su decisión de no ratificar a un magistrado;
- ii)** Una segunda etapa representada por la STC N° 3361-2004-AA (caso Jaime Álvarez Guillén), a través de la cual el TC modificó su línea jurisprudencial y determinó en calidad de precedente vinculante que el CNM se encontraba obligado a motivar sus decisiones sobre ratificación de magistrados; sin embargo, en dicha sentencia el TC señaló que sus nuevos criterios de interpretación debían ser observados a partir de las nuevas decisiones que el CNM emitiera sobre ratificación de magistrados, haciendo uso de la figura del *prospective overruling*; y,
- iii)** Una tercera etapa representada por la STC N° 1412-2007-AA/TC (caso Juan De Dios Lara), en el cual el TC revoca el precedente previsto en la STC 3361-2004-AA, respecto a la aplicación en el tiempo del cambio de precedente, señalando que todas las resoluciones emitidas por el CNM debían ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido (*retrospective overruling*).

De estas tres sentencias, las dos primeras merecieron una fuerte crítica, pues en el primer caso, se consideró que el TC amparaba la arbitrariedad que ejercía el CNM en muchas de sus resoluciones de destitución o ratificación, que no contenían un mínimo de motivación, y en el segundo caso, la crítica se dirigía a la inaplicación del nuevo criterio para aquellas resoluciones del CNM que pese a ser inmotivadas no podían ser declaradas nulas por haber sido emitidas con anterioridad al precedente; y si bien este defecto fue remediado con la tercera sentencia que permitió que, independientemente de la fecha de emisión de las resoluciones del CNM, éstas podían ser declaradas nulas si se comprobaba que carecían de motivación; se dictaron muchas sentencias constitucionales en las que no se ampararon demandas de magistrados que fueron destituidos mediante resoluciones expedidas sin una debida motivación.

Para concluir con este tema, conviene hacer mención a una última sentencia del TC que fue materia de cuestionamiento por parte de la opinión pública en razón a que se consideró que el TC invadía competencias del CNM. Nos referimos a las sentencias dictadas en el Exp. N° 3981-2011-PA/TC (Caso Hinostroza Pariachi) y el Exp. N°

4944-2011-PS/TC (Caso Mateo Castañeda), de enero del 2012, mediante las cual el TC declaró fundada las demandas de amparo promovidas por el ex fiscal Mateo Castañeda Segovia y por el Juez Superior del Callao César Hinojosa Pariachi contra el CNM al no haber sido elegido a inicios del 2011 para ocupar uno de las plazas de la Fiscalía Suprema en la convocatoria N° 002-2010-SN/CNM.

Las mencionadas sentencias ordenan al CNM, emitir nuevos acuerdos debidamente motivados lo que a criterio del TC, supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión. Fue precisamente este último extremo lo que fue materia de debate, ya que se consideró que si la resolución del CNM no se encontraba debidamente motivada, únicamente debía ordenarse que emitiera una nueva resolución sin necesidad de volverse a votar; sin embargo, dicho debate concluyó cuando el CNM, dando cumplimiento a las citadas sentencias del TC, declaró desierta las plazas para Fiscal Supremo establecidas en la Convocatoria N° 002-2010-CNM.

b) El Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones

Uno de los casos más debatibles en sede constitucional en los últimos años fue la posibilidad de control de las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) en materia electoral. Este tema ha sido materia de diversos pronunciamientos por parte del TC peruano, desde el caso Espino Espino, pasando por los casos Ramírez García, Lizana Puelles, Castillo Chirinos, y Ramírez Díaz hasta llegar a la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 28462 que prohibía el amparo electoral.

El debate se inicia con la redacción del artículo 142 de la Constitución que prescribe que: *“No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”*. Por su parte, el artículo 181 de la Constitución establece 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, de 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”*.

De los mencionados dispositivos constitucionales se puede establecer la intención del legislador de impedir el empleo abusivo del amparo contra las resoluciones del JNE, más conocido como el amparo electoral. Una interpretación literal de estas normas de la Constitución nos lleva a la conclusión de que las resoluciones del JNE

en materia electoral no son revisables en sede judicial, ordinaria ni constitucional. Sin embargo, admitir dicha tesis implica admitir también la existencia de “zonas exentas de control jurisdiccional” o de “causas no justiciables”, lo que no es admisible en un Estado Constitucional de Derecho.

De ese breve análisis se tiene que el debate sobre la competencia del TC para revisar las resoluciones del JNE se centraba en dos posiciones bastante marcadas: la que defiende la competencia exclusiva del JNE en materia electoral, y la otra que considera que el TC puede ejercer competencias en materia electoral a través de la revisión de las resoluciones emitidas por el JNE que vulneran derechos fundamentales. La primera posición es exclusivista y no admite interferencia en ninguna decisión del JNE, aún si haya existido vulneración de derechos fundamentales. Para los sostenedores de esta posición la interpretación literal del art. 181 de la Carta Política no admite ninguna otra interpretación en contra y menos injerencia en el ámbito electoral. Los defensores de esta posición niegan una interpretación integral de la Constitución. La segunda posición en cambio, es más bien inclusiva, busca proteger los derechos fundamentales vulnerados por una decisión del órgano electoral. Esta posición está más acorde con un Estado democrático de derecho.

Es por esta razón que el TC intenta zanjar la cuestión de la revisabilidad de las resoluciones del JNE dictando un precedente vinculante en el Exp. N° 5854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles), estableciendo que: *“toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente”*.

Lo interesante de este precedente vinculante es que, cuando fue dictado se encontraba en plena discusión en el Congreso los proyectos de ley⁶¹ que pretendían

⁶¹ Estos Proyectos de Ley, fueron:

1. Proyecto de Ley N° 13648/2005-CR, presentado por el Congresista Yohny Lescano Ancieta, que propone modificar los artículos 51° y 101° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, estableciendo un proceso sumario para el amparo electoral.
2. Proyecto de Ley N° 13661/2005-CR, presentado por el Jurado Nacional de Elecciones, que propone la modificación del artículo 5°, numeral 8, de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, estableciendo que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del JNE.
3. Proyecto de Ley N° 13664/2005-CR, presentado por los señores Congresistas Antero Flores-Araoz Esparza y otros, que propone la modificación del artículo 5°, numeral 8, de la Ley N° 28237, Código Procesal

modificar el artículo 5 del Código Procesal Constitucional estableciendo la improcedencia del amparo contra las resoluciones del JNE en materia electoral; es por esta razón que en la mencionada sentencia, el TC exhorta al legislador a modificar el diseño del amparo electoral. Lamentablemente haciendo caso omiso de la propuesta del TC, la respuesta del Congreso fue la dación de la Ley N° 28642 que modificó el artículo 5 inciso 8 del CPC, consagrando la improcedencia del amparo electoral.

Sin embargo, no fue hasta que el Colegio de Abogados del Callao inició un proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26842, que el TC, retomando la línea de los casos Espino Espino y Lizana Puelles, emitió la sentencia en el Exp. N° 00007-2007-PI/TC (caso Colegio de Abogados del Callao) declarando fundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley N° 28642, modificatoria del artículo 5, numeral 8 del Código Procesal Constitucional. Esta sentencia reitera la importancia de los tratados y la jurisprudencia sobre derechos humanos como criterio de interpretación constitucional.

En consecuencia, si bien es cierto que con la derogación del inciso 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional se ha eliminado el supuesto de improcedencia del amparo electoral, con lo cual hoy procede el amparo contra las resoluciones del JNE por violación de derechos fundamentales; sin embargo la tensión entre el JNE y el TC no culminó con esta sentencia, pues se dio el caso FONAVI a través de la sentencia dictada en el Exp. N° 5180-2007-PA/TC. En ella, el TC ratificar lo señalado en sus fallos anteriores (Exps. N° 01078-2007-AA/TC y 03283-2007-PA/TC), señalando que *“lo resuelto por el JNE mediante Resolución N° 260-2007-JNE, de fecha 21 de diciembre de 2007, y el procedimiento del cual emanó resultan nulos de pleno derecho de acuerdo a lo señalado por el inciso 1) del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que se ha desnaturalizado el procedimiento predeterminado por la ley, arrogándose una competencia que no tiene. En consecuencia corresponde al juez ejecutor requerir al JNE para que dicte la respectiva resolución conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y, de ser el caso, este último admita la iniciativa legislativa para su*

Constitucional, estableciendo que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del JNE.

4. Proyecto de Ley N° 13671/2005-CR, presentado por el señor Congresista Jacques Rodrich Ackerman, que propone la modificación del artículo 5°, numeral 8, de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, estableciendo que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del JNE, incluyendo las referidas a la vacancia de autoridades.
5. Proyecto de Ley N° 13919/2005-CR, presentado por el señor Congresista José Carlos Carrasco Távara, que propone la modificación del artículo 5°, numeral 8, de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, estableciendo que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones.

sometimiento a referéndum y, sea luego, el órgano competente el que lo convoque en el tiempo, condición y modo necesarios de acuerdo a lo señalado por el artículo 44° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 27520. Además se debe señalar que el Congreso de la República dictó la Ley N° 27677, Ley de uso de los recursos de la liquidación del FONAVI, la que modificó sustancialmente la iniciativa legislativa propuesta, por lo que da lugar a la solicitud de referéndum, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16° de la Ley N° 26300 antes citada”.

Si bien el principal debate con relación a esta sentencia fue su cumplimiento, en vista que constituía una afectación al equilibrio presupuestario; sin embargo, también lo fue el hecho que el JNE se negó a acatar los términos de esta sentencia, a fin de que convoque al referéndum planteado por los fonavistas. Frente a este incumplimiento, el Gobierno formó una Comisión Multisectorial creada mediante Decreto Supremo N° 027-2008-PCM, con el objetivo de reunir la información necesaria para determinar los montos recuperados del FONAVI, las inversiones efectuadas con dichos recursos y, la identidad de los beneficiarios. Si bien muchos consideraron que con la creación de la referida Comisión el Gobierno estaba dando cumplimiento a lo ordenado por el TC, por lo cual ya no procedería el referéndum; lo cierto es que la finalidad de dicha Comisión es lograr un ordenamiento informativo respecto a los aportes realizados al FONAVI, pero no sustituye la obligación del JNE de llamar a referéndum a fin de que se apruebe la devolución de los aportes a dicho fondo.

5. El control al Tribunal Constitucional: ¿Quién controla al Controlador?

Para hablar de un control sobre el Tribunal Constitucional, debemos partir diciendo que nuestra Constitución no contempla esta posibilidad; sin embargo, a decir de César Landa, la posición primordial que tiene este Tribunal en un Estado de Derecho basado en la Constitución, no lo convierte en un órgano de control e interpretación constitucional ilimitado, pues ejerce sus atribuciones de control constitucional *secundum constitutionem* (conforme a la Constitución)⁶².

Por lo tanto, si bien nuestra Constitución no ha establecido la existencia de un órgano determinado encargado del control de las actuaciones del Tribunal

⁶² LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...)* Ob. Cit., pp. 124-125.

Constitucional, para Carpizo, existen controles meta constitucionales encargados de esta función, tales como:

5.1. El control que ejercer la justicia supranacional

Se presenta cuando el país ha aceptado la competencia jurisdiccional de algún tribunal supranacional como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas jurisdicciones nacen de sendas convenciones y contra toda violación de un derecho humano reconocido en las respectivas declaraciones y convenciones, y siempre y cuando se hayan agotado las instancias internas. Sin embargo, este control es de manera indirecta, en virtud de que la responsabilidad es del Estado, no del Tribunal.

Prueba de este control es el denominado “control de convencionalidad” que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) utilizó por primera vez en el año 2003 en el caso Myrna Mack Chang, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez⁶³, posteriormente esta terminología fue conceptualizada por la CIDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile del año 2006⁶⁴ *“como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana”*. Posteriormente, en el caso Trabajadores Cesados⁶⁵, la Corte estableció que *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”*

Esto implica que si los dispositivos internos, o las decisiones emitidas por cualquiera autoridad del Estado, no protegen debidamente los derechos fundamentales

⁶³ CIDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez..

⁶⁴ CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.

⁶⁵ CIDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128.

consagrados por el derecho internacional, el Estado debe adecuarlas o suprimirlas si exceden el marco, o crearlas para cumplir las exigencias dispuestas por la Convención; por lo que el control de convencionalidad tiene que hacerse a través de una comparación entre las normas internas con los Tratados, la jurisprudencia de la CIDH y el *ius cogens*. Si bien la Corte no ha hecho una descripción de qué tipo de normas internas deben ser controladas por la Corte a través del mencionado control de convencionalidad, se considera que cualquier norma de alcance general y abstracto puede ser controlada, entiéndase leyes, decretos, ordenanzas, actos administrativos, incluso la propia Constitución⁶⁶, y la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema, en aquellos países donde dichos pronunciamientos son obligatorios para los tribunales inferiores y revisten el carácter de normas, como en el caso peruano, donde los precedentes vinculantes y las interpretaciones emitidas por el TC tiene carácter normativo.

De los conceptos esbozados, corresponde señalar que el ejercicio del control de convencionalidad corresponde, en principio, a la jurisdicción convencional, respecto de los casos contenciosos que se presentan ante la CIADH. No obstante, también los jueces nacionales se encuentran vinculados por las disposiciones de los tratados y obligados a aplicar estas normas. Así lo estableció la Corte en el caso Almonacid Arellano, al señalar que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el control de convencionalidad, sino que dicha labor debía ser ejercida además por los jueces locales. Claro está que el control que ejerce el juez local debe ser un control previo, pues la aplicación de los cuerpos supranacionales es subsidiaria en la jurisdicción nacional, siempre que dicho control se efectúe en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales de cada país. Este es quizá el principal problema que se presenta cuando un juez local decide aplicar el control de convencionalidad respecto de las normas internas de su país, pues no en todos los países los tratados de derechos humanos tienen jerarquía supra constitucional o constitucional, como en el caso peruano. El problema no termina ahí, pues en el caso Gelman⁶⁷, la CIAHD señaló que no sólo el Poder Judicial tenía el deber de ejercer el control de convencionalidad, sino los demás poderes públicos, lo trascendental de este caso, fue que los tres poderes políticos uruguayos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) actuaron en busca del mismo objetivo que la Corte obtuvo. Lo cierto es que aun cuando dichos órganos pudieran hacer uso del control de convencionalidad a través de sus concretas competencias, será en definitiva la

⁶⁶ Como en el caso de 'La Última Tentación de Cristo', donde la CIDH reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después.

⁶⁷ CIADH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

CIADH la que tenga la última palabra al interpretar los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios internacionales, y la única que en buena cuenta podrá ejercer control sobre las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional.

Entre los casos sometidos ante la CIDH, se encuentra la demanda interpuesta contra la sentencia dictada por el TC en el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Lima respecto de la reforma constitucional sobre el cierre del régimen del Decreto Ley N° 20530, demanda que fue desestimada por la Corte. Otro caso es la reciente demanda interpuesta por Anel Townsend, Carmen Vildoso y lideresas de organizaciones sociales, ante la CIDH contra la decisión del Tribunal Constitucional de prohibir la distribución gratuita del Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE), más conocida como la píldora del día siguiente, debido a que consideraron que no tenían la seguridad de que la misma no fuera abortiva, pese a que la Organización Mundial de la Salud ha establecido que dicho método anticonceptivo no es abortivo; sin embargo hasta la fecha no existe un pronunciamiento de la Corte.

5.2. El control que ejercer la opinión pública y la opinión especializada.

Joaquín Brage señala que los magistrados del Tribunal Constitucional son conscientes de los límites de su poder, no sólo porque sus decisiones se someten por entero a la voluntad suprema del poder constituyente que los creó y que puede decidir su desaparición; sino además, porque saben que su actuación está sujeta permanentemente a la crítica de la opinión pública de los juristas y de los ciudadanos en general, pues sus decisiones se hallan sometidas al debate público⁶⁸.

En esa misma línea, Carpizo señala que el Tribunal Constitucional está expuesto a la crítica de los medios de comunicación, al debate público sobre sus resoluciones y al conocimiento de los votos particulares de los magistrados disidentes por parte de la sociedad. Cada día las resoluciones de los Tribunales constitucionales están más abiertas al escrutinio público, debido principalmente al hecho de que muchas de estas sentencias tienen connotaciones políticas, económicas y religiosas de gran trascendencia a nivel de cada país. Por esta razón, son objeto de críticas constantes de todos los niveles, especialmente del medio jurídico, tanto de los

⁶⁸ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *“Interpretación constitucional”*, Cuestiones Constitucionales, N° 14, 2006, pp. 330-331.

académicos como de los litigantes y de organizaciones que se desarrollan dentro del rubro de defensa de derechos fundamentales (ONGs).

No es difícil pensar que, además de los poderes públicos, los partidos políticos, las organizaciones sociales y la sociedad civil en general acepten pacíficamente resoluciones del TC en las que exista la percepción de que la decisión adoptada no obedezca a una interpretación conforme a su Constitución, sino a intereses particulares o de grupo, o que detrás de tales decisiones existan preferencias políticas, ideológicas o religiosas de los magistrados.

Si bien este tipo de control no alcanza el nivel que tiene un órgano que ejerce función jurisdiccional interna o externa como la Corte, pues las críticas que provengan de la opinión pública no son vinculantes para el TC; sin embargo, no puede desconocerse su gran influencia, especialmente si dicha crítica u opinión viene de un poder tan grande como la prensa. Por ejemplo, la sentencia recaída en el Exp. N° 00655-2010-PHC/TC (caso Alberto Quimper), que tuvo su origen en la demanda presentada por la esposa del señor Quimper solicitando que se declare nulo el auto apertorio de instrucción dictado contra su esposo, por cuanto se alegó que el proceso penal se sustentó en pruebas prohibidas producto de interceptaciones telefónicas ilegales (“petroaudios”) difundidas por los medios de comunicación. El TC declaró improcedente la demanda y en la parte final de la sentencia señaló lo siguiente en calidad de *obiter dictum*: “*las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional. (...) la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que sea legítima (...) Los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente*”.

Esto último motivo que gran sector de la prensa cuestionara el mencionado fallo del TC ejerciendo presión sobre dicho órgano, por lo que se vió obligado a emitir una resolución aclaratoria de oficio, sosteniendo que: “*la interpretación correcta este considerando se dirige a la sanción de la conducta de aquellos que promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicados a las telecomunicaciones (...) quien*

tiene acceso a tal información [producto de la interceptación] y pretende su difusión, sea porque es periodista, editor o dueño de un medio de comunicación, debe evaluar si con ello se afecta la intimidad personal o familiar o la vida privada de los interceptados, familiares o terceros. Es en este último caso que el control es posterior, en la medida que la constitución garantiza que no hay censura previa”.

Con la mencionada aclaración, la crítica ejercida por la prensa contra el TC cesó; sin embargo, constituyó una muestra de que una sentencia del TC pudo ser controlada y modulada por la opinión pública.

5.3. El control que ejercer el Congreso y el Presidente de la República.

Este control puede materializarse a través de las siguientes acciones:

- a) **Se puede modificar la Constitución para superar una sentencia del Tribunal Constitucional**, ya sea porque se considere que la sentencia del TC va más allá de la Constitución, o porque la interpretación que ha realizado el TC no es acorde con aquella. Lo anterior ha acontecido en el Perú con ocasión de la dación de la Ley N° 28642 que modificó el artículo 5 inciso 8 del CPC, consagrando la improcedencia del amparo electoral. Sin embargo, como se señaló líneas arriba, esta ley fue declarada inconstitucional por el TC a través de la STC N° 00007-2007-PI/TC (caso Colegio de Abogados del Callao).
- b) **Se puede modificar la estructura del Tribunal Constitucional, el número de sus magistrados, incluso la competencia del órgano jurisdiccional.** En el Perú se han dado dos ejemplos claros de esta forma de limitar e impedir en funcionamiento del TC. El primero ocurrió el 5 de abril de 1992, cuando el ex presidente Alberto Fujimori anunció al país, el cierre del Congreso de la República, del Poder Judicial, y del Tribunal Constitucional (llamado en aquel entonces Tribunal de Garantías Constitucionales), cierre que se concretó hasta finales de junio de 1996, cuando se eligieron a los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, es decir, durante cuatro años y tres meses, el Perú no contó con un órgano jurisdiccional especializado en el control e interpretación constitucional. El segundo ejemplo es el proyecto de Ley N° 14321/2005-CR presentado por el ex congresista Ántero Flores-Aráoz, que tenía por finalidad recortar las facultades del Tribunal Constitucional en materia de interpretación constitucional, eliminando de su Ley Orgánica su facultad de supremo intérprete de la Constitución; sin embargo, dicho proyecto no logró un dictamen favorable y

en consecuencia fue archivado. Otro ejemplo de este tipo de intromisión, o control desmedido, fue lo aconteció en Argentina con el ex presidente Carlos Saúl Menem, quien logró el incremento del número de magistrados de la Corte Suprema, colocando a gente de su entorno, a fin de que lo respaldara en muchas de sus medidas anticonstitucionales.

- c) **A través del juicio de responsabilidad política**, en el cual el magistrado es responsable por las violaciones que la Constitución señala y que generalmente se expresan en forma amplia y vaga, en donde cabe la interpretación política. El procedimiento generalmente consiste en que una cámara legislativa acusa y la otra juzga (en parlamentos bicamerales). No es un procedimiento frecuente, pero su sola existencia constituye una advertencia y una prevención útiles. Por desgracia, también se le ha utilizado en forma errónea para subordinar o castigar la actitud independiente de magistrados no gratos al poder político como aconteció en nuestro país, en la década de los noventa, con la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional, en razón de la sentencia sobre reelección del ex Presidente Alberto Fujimori, sin que existiera infracción constitucional tipificada, y por el hecho de haber ejercido el control difuso en contra de la ley que permitía la reelección constitucional.
- d) **A través de la designación y elección de los magistrados del Tribunal Constitucional en manos de los órganos políticos**. Como se señaló en el capítulo I, la designación de los miembros del TC es de índole política, pues intervienen motivaciones partidistas de los grupos parlamentarios encargados de su elección. En ese sentido se pueden nombrar magistrados afines al poder político, que en los hechos impidan que el Tribunal Constitucional emita fallos con independencia, como ocurrió con el Tribunal en la década de los noventa, donde dos de los siete magistrados elegidos en junio de 1996, eran cercanos al gobierno, lo cual impidió que el Tribunal emitiera pronunciamientos sobre temas de importancia, como la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley del Congreso de la República que exigía que todo referéndum contara con la aprobación del Congreso para que pueda llevarse a cabo. En la sentencia, cinco magistrados del Tribunal consideraron la ley inconstitucional, pero dado que los dos magistrados cercanos al gobierno no compartieron similar criterio, no se alcanzó el número de votos necesarios para expulsarla del ordenamiento jurídico. Pero además de la elección de determinados magistrados a fines al poder político, existe otra forma de control en el proceso de elección de los magistrados del TC, nos referimos al hecho de evitar que el Tribunal cuente con

el número de magistrados necesarios para emitir sus fallos. Ello ocurrió, entre mayo de 1997 y noviembre del 2000, como consecuencia de que el Congreso destituyera a 3 magistrados por haber emitido un fallo mediante el cual declararon inconstitucional la ley que autorizaba una nueva reelección del presidente Alberto Fujimori para el año 2000. Por cerca de tres años y medio, el Perú contó formalmente con una institución llamada Tribunal Constitucional, pero que en los hechos no podía ejercer sus competencias constitucionales ni actuar como la máxima instancia jurisdiccional del país especializada en control e interpretación constitucional, pues no existía el quórum necesario para emitir pronunciamientos respecto a las demandas de inconstitucionalidad.

Si analizamos con cuidado los controles enumerados, nos daremos cuenta de que son de un peso extraordinario, pues la regla general es que no existen controles “normales” para el TC; sin embargo, como señala Carpizo, cuando se habla de controles, se está haciendo alusión a equilibrios de poderes, no de medidas como las señaladas en el literal d), que debilitan o neutralizan al TC, impidiéndole cumplir con las funciones que la Constitución le asigna y que justifican su propia existencia.

5.4. El autocontrol que ejerce el propio Tribunal Constitucional

Francisco Tomás y Valiente, al conceptualizar el denominado principio de competencia de la competencia o *kompetenz-kompetenz*, señala que “nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que estos son los que la Constitución dice que son en unos términos, y cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo. El control de constitucionalidad sobre el Tribunal Constitucional es solo autocontrol. Nadie puede funcionalmente controlar el ejercicio de sus competencias”⁶⁹.

Bajo esa misma línea de autocontrol, Pedro Grández Castro, señala que, frente a las disputas y tensiones que generan las sentencias emitidas por el TC en el ejercicio de sus competencias, la justificación o argumentación de sus resoluciones se presenta como su mejor arma de auto-legitimación. La motivación de las decisiones del juez constitucional se presenta en este punto, no sólo como legitimación de su propia

⁶⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “La Constitución y el Tribunal Constitucional”. En “La jurisdicción constitucional. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994”, CEC, Madrid, 1995, p. 32.

existencia, sino también como punto de contención frente a las críticas que suelen hacerse a la forma en que desarrolla su accionar frente a los demás poderes⁷⁰.

En esa medida, según este último autor, será el propio Tribunal Constitucional quien ejerza un autocontrol de sus decisiones, pues su especial naturaleza ocasiona que su actuación deba enmarcarse dentro los cánones de las funciones que ostenta y que se encuentran reconocidas en la Constitución. El Tribunal Constitucional, al estar sujeto a lo que el Poder Constituyente ha dispuesto en el texto constitucional, tiene el deber de automoderación o autorrestricción en el ejercicio de sus funciones y competencias, a fin de evitar posibles reacciones por parte de los otros poderes del Estado, de la opinión pública, de los medios de comunicación y de los organismos internacionales.



⁷⁰ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., *“Justicia constitucional y argumentación jurídica”*, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 103-105.

CAPÍTULO III

COMPETENCIAS Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Tal como se adelantó en el primer capítulo, la desconfianza que la población peruana ha tenido durante casi toda su historia en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial como defensores de la Constitución y garantes de los derechos fundamentales fue probablemente una de las razones más importantes que dio origen a la jurisdicción constitucional y con ello, a la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales, que luego pasó a denominarse Tribunal Constitucional; sin embargo, desde la creación de este órgano se ha generado toda una zona de tensión con las funciones de otros poderes del Estado, como consecuencia del ejercicio de sus competencias.

Frente a esta supuesta invasión de competencias, nos preguntamos cuáles son los límites del Tribunal Constitucional. Esta interrogante nos invita a reflexionar sobre las competencias y atribuciones asignadas al Tribunal Constitucional, pues de conformidad con el principio de legalidad, todo órgano del Estado -incluido el Tribunal Constitucional- se encuentra sometido a los parámetros que son señalados por la Constitución y la ley. No olvidemos que el Tribunal Constitucional tiene un límite que es la propia Constitución, ya que al ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, vincula a todos y, es especial al órgano encargado de protegerla. En este sentido, las competencias ejercidas por el Tribunal Constitucional deben ser compatibles con las competencias asignadas a los demás órganos que forman parte del Estado, lo que no quiere decir que existan *competencias implícitas* que el Tribunal ejerza en atención a los fines que persigue.

Bajo esa premisa, resulta necesario hacer un breve análisis de cuáles son las competencias y atribuciones del Tribunal Constitucional peruano reconocidas en la Constitución de 1993. Asimismo, es necesario verificar si las competencias actualmente asignadas a este órgano son limitadas con relación a Tribunales y Cortes de otros países de latino América, para luego pasar a analizar si las competencias ya asignadas requieren más limitación o por el contrario, se hace

necesario asignarle nuevas competencias, a efectos de que pueda cumplir cabalmente su finalidad de defender la Constitución y los derechos fundamentales.

1. Autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional

Como se tuvo ocasión de señalar en los capítulos anteriores, tanto el artículo 202° de la Constitución Política del Estado, como el artículo 1° de la LOTC, aprobado por Ley N° 28301, consagran que el Tribunal Constitucional es autónomo e independiente. Esto significa en términos generales que sus atribuciones y competencias no dependen de ningún órgano constitucional, pues se encuentra sometido únicamente a la Constitución y a su Ley Orgánica. Sin embargo, para que el Tribunal Constitucional pueda cumplir sus competencias de control constitucional de los poderes debe gozar de autonomía no sólo administrativa y organizacional, es decir una autonomía institucional, sino fundamentalmente jurisdiccional y normativa.

2.1. Autonomía institucional

Cuando hablamos de autonomía como garantía institucional nos debemos referir al artículo 201° de la Constitución, que señala que el Tribunal Constitucional “es el órgano de control de la Constitución” y además es “autónomo”.

En cuanto a la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional cabe hacer mención a lo sostenido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00013-2003-AI/TC, cuando señala que el concepto “garantía institucional” alude a la constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales del ordenamiento jurídico, de modo tal que se otorga protección a su esfera propia de actuación respecto de la actuación de otros órganos del Estado y además se persigue mantener tal esfera “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar”.

En cuanto a la garantía institucional, Klaus Stern sostiene que *“la recepción de esta categoría jurídica garantiza a la institución jurídica asegurada constitucionalmente a través de ella una protección contra su supresión y vaciamiento de sustancia. Ciertamente el legislador debe dar forma jurídica a la institución garantizada, pero*

sólo dentro de límites. Si el contenido de la garantía respecto de la prohibición de supresión es claro, delimitar las intervenciones legislativas que simplemente dan forma, acuñan, concretan, estructuran, modifican y son, por lo tanto, admisibles, de aquellas que vacían de sustancia, presenta dificultades”⁷¹.

De este modo, *prima facie*, puede entenderse la autonomía del Tribunal Constitucional como aquella garantía institucional mediante la cual se protege el funcionamiento del Tribunal Constitucional con plena libertad en los ámbitos jurisdiccionales y administrativos, entre otros, de modo que en los asuntos que le asigna la Constitución pueda ejercer libremente las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, así como el cumplimiento de sus competencias. Ello implica además que los poderes del Estado u órganos constitucionales no pueden desnaturalizar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional en tanto órgano de control de la Constitución.

2.2. Autonomía normativa

La autonomía normativa puede ser interna y externa. La **interna** se expresa en el principio de la potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional, que no es otra cosa que la capacidad de auto regulación administrativa a través de su Reglamento, a fin de coadyuvar orgánica y funcionalmente a cumplir a cabalidad con los fines que la Constitución y el Código Procesal Constitucional han dispuesto⁷². Esta autonomía se encuentra declarada en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando señala que “*El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano*”.

La autonomía normativa **externa** tiene como propósito reglamentar los procesos constitucionales ante los vacíos o deficiencia de la ley, los alcances del control constitucional y de la interpretación constitucional, normar las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional adjetiva y sustantiva. Esta autonomía se encuentra consagrada en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

⁷¹ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 707-708.

⁷² RODRIGUEZ-PATRÓN, Patricia, “*La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*”, Iustel, Madrid, 2005, pp. 161-166.

cuando señala que “(...) el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.” Este dispositivo recoge el principio de elasticidad que no es otra cosa que la ductilidad de las normas procesales; en base al cual, el Tribunal Constitucional goza de la potestad de adaptar las exigencias formales previstas en el Código Procesal Constitucional con el objeto de alcanzar los fines de los procesos constitucionales señalados en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales).

De estas disposiciones se colige la autonomía procesal del Tribunal Constitucional al reconocerle la potestad organizativa, funcional y normativa de adaptar las formalidades contempladas en el Código Procesal Constitucional y, en los códigos procesales adjetivos que se aplican supletoriamente, cuando ello sea necesario para dar cumplimiento a los fines de los procesos constitucionales. Es decir, en base a la autonomía procesal, el Tribunal Constitucional puede crear reglas y principios procesales, a fin de perfeccionar la jurisdicción constitucional, especialmente en aquellos casos en los que la interpretación e integración del derecho no resulten suficientes. Sin embargo este grado de libertad que se le confiere al Tribunal Constitucional para crear principios y reglas procesales con carácter más o menos general, ya sea a través de la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes, debe ser limitado.

En consecuencia, según este principio de autonomía procesal, el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales procesales, incluso las sustantivas, cuando las demás normas, así como los métodos tradicionales de interpretación e integración del Derecho, se demuestren insuficientes para que pueda cumplir sus funciones esenciales; sin embargo, esta misma autonomía del Tribunal Constitucional si bien es atribuida por la Constitución también es limitada por ésta, de modo que el ejercicio de sus respectivas competencias no puede desvincularse parcial o totalmente del ordenamiento jurídico.

2. La competencias del Tribunal Constitucional peruano en los procesos constitucionales

En el Anteproyecto de Constitución que elaboró la Comisión Principal de Constitución en la Asamblea Constituyente de 1978, se consignaron las siguientes

atribuciones y competencias para la nueva institución denominada Tribunal Constitucional:

1. Declarar la inconstitucionalidad en todo o en parte de un acto legislativo o de la administración pública, por vía de acción o de excepción,
2. Pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley en caso de la aplicación del control difuso por los jueces.
3. Conocer los autos denegatorios de acciones de amparo y habeas corpus, luego de agotada la vía judicial;
4. Conocer de las apelaciones contra las resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura, que impongan destitución a magistrados del Poder Judicial de cualquier categoría;
5. Conocer de las apelaciones contra las resoluciones de la Corte Nacional de Elecciones que anulan el proceso electoral nacional,
6. Resolver conflictos de competencia entre el poder central y los órganos departamentales y regionales, así como de éstos entre sí; y,
7. Absolver consultas del Presidente de la República o del Congreso sobre la constitucionalidad de tratados pendientes de ratificación y adhesión.

Sin embargo, pese a esta extensa relación de competencias y atribuciones que contenía el Anteproyecto, la Constitución de 1979 otorgó al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales únicamente dos competencias genéricas:

1. Declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de leyes, y
2. Resolver en casación sobre las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus y de acción de amparo.

Actualmente, el artículo 202 de la Constitución de 1993 establece que el Tribunal Constitucional del Perú cuenta con tres competencias establecidas taxativamente:

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

Es en base a estas competencias que se han clasificado los procesos constitucionales antes mencionados. La clasificación más conocida es la elaborada en atención al objeto de protección de cada uno de ellos, según la cual los procesos constitucionales se clasifican en tres grupos:

- a) **Procesos de tutela de derechos:** Llamados también procesos constitucionales de la libertad, tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, estos son: proceso de habeas corpus, amparo, habeas data y proceso de cumplimiento (acción de cumplimiento).
- b) **Procesos de control normativo:** Denominados también procesos constitucionales orgánicos, tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las normas que tienen rango de Ley, en el caso del proceso inconstitucionalidad, y de la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de jerarquía inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular.
- c) **Proceso de conflicto competencial:** Que tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Esta comprendido por el proceso de conflicto de competencias o de atribuciones.

Sin embargo, como se verá más adelante, estas competencias son ejercidas por el Tribunal Constitucional en forma articulada con las competencias del Poder Judicial y del Poder Legislativo, por ello es necesario determinar claramente cuáles son aquellas competencia exclusiva, compartidas y no previstas del Tribunal Constitucional.

2.1. Competencias exclusivas

A efectos de asegurar que en un Estado Constitucional de Derecho los órganos supremos de justicia puedan asumir el rol de interpretar la Constitución y de ejercer el control de la constitucionalidad de los actos estatales se ha venido estableciendo sistemas de justicia constitucional de acuerdo a las peculiaridades de cada país y de cada sistema constitucional, los cuales se pueden clasificar tomando en cuenta los

órganos judiciales o constitucionales llamados a ejercer el control de constitucionalidad.

Así tenemos que, cuando la potestad de ejercer dicho control se atribuye a los órganos judiciales, éstos pueden ser ejercidos por todos los jueces que integran el Poder Judicial o por un solo órgano del mismo poder, o puede ser ejercido por otro órgano separado del Poder Judicial al cual se le atribuyen la Jurisdicción Constitucional. De allí la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional según el modelo y sistema de control que se ejerce.

En cuanto a los modelos de control, existen tres claramente distintivos:

- a) El modelo norteamericano:** Se trata de un sistema en el que todos los jueces y tribunales pueden apreciar y declarar la inconstitucionalidad de las leyes con motivo de su aplicación a los casos concretos que se plantean ante ellos. Se trata de un régimen de control jurisdiccional, encomendado a los órganos judiciales ordinarios, no a un órgano especializado o a un órgano político. Este modelo es de carácter difuso, ya que lo pueden ejercer todos los jueces y tribunales y no un tribunal especial con carácter concentrado, aunque la última palabra la tiene el Tribunal Supremo norteamericano. Este modelo es de naturaleza incidental, por tal motivo, la ley inconstitucional no es declarada inválida *erga omnes*, sino que es inaplicada en el caso concreto y se aplica en su lugar el precepto constitucional vulnerado.
- b) El modelo francés:** Llamado también sistema de control exclusivo, porque es confiado a un órgano político que actúa al término del procedimiento legislativo, antes de la entrada en vigor de la norma, de forma que se evita la introducción de normas inconstitucionales en el ordenamiento jurídico, y se pronuncia a instancia de otros órganos del Estado, sobre la compatibilidad de las leyes con la Constitución. Se trata de un sistema basado en la rígida aplicación de la división de poderes y de extrema desconfianza hacia los jueces, a los que prohíbe formalmente enjuiciar la constitucionalidad de las leyes.
- c) El modelo austriaco o kelseniano.** Cuya aparición se dio en la Constitución austriaca de 1920 al crear el Tribunal Constitucional y establecer el control de constitucionalidad de las leyes en vía directa, mediante un proceso que sólo puede ser incoado por el Gobierno federal. Se trata de un régimen de control concentrado, ya que un sólo órgano y mediante un procedimiento abstracto examina de forma directa y general la compatibilidad de una ley con el texto

constitucional. Si la ley resulta inconstitucional, se declarará nula *erga omnes*, de tal modo que el Tribunal Constitucional cumple una función de legislador negativo. Una aproximación al sistema americano se produjo tras la reforma constitucional austriaca de 1929 que estableció un control por vía incidental, al permitir que los tribunales supremos en materia civil, penal y administrativa pudieran plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad sobre una ley que pudiera ser aplicada en el curso de un proceso.

De estos tres modelos, podemos apreciar que tanto el modelo norteamericano, como el austriaco han creado a su vez tres sistemas de control, que se clasifican de acuerdo a los órganos que ejercen el control. En primer lugar, el llamado sistema de control **difuso** o control concreto, que se presenta cuando el poder para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía. En segundo lugar, se encuentra el llamado sistema de control **concentrado** o control abstracto, conforme al cual el poder anulatorio respecto de las leyes y demás actos estatales contrarios a la Constitución se atribuye a un solo órgano del Poder Judicial, sea a la Corte Suprema de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello, que incluso puede ser ubicado fuera del Poder Judicial, como el caso peruano. Y en tercer lugar, tenemos al denominado sistema de control **mixto**, que se presenta cuando ambos sistemas, difuso y concentrado, funcionan simultáneamente. Sobre esto último, García Belaúnde introduce un último sistema al que denomina **dual** o **paralelo**, que se diferencia del anterior, porque en este último los sistemas difuso y concentrado no se mezclan, desnaturalizándose, sino que coexisten en un mismo ordenamiento jurídico por separado.

Si revisamos los sistemas o modelos de control de constitucionalidad existentes en Latinoamérica veremos por ejemplo que en Argentina existe un sistema judicial de control difuso, en Uruguay existe un sistema judicial concentrado a cargo únicamente de la Corte Suprema, y en Paraguay existe un sistema judicial concentrado a cargo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Sin embargo, en buena parte de los regímenes constitucionales de los países latinoamericanos, como Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y México, coexisten en paralelo ambos métodos, configurándose un sistema mixto y dual de justicia constitucional que combina el control difuso con el control concentrado, pero con determinados matices. Por ejemplo, en Brasil el sistema de control difuso y concentrado está a cargo del Tribunal Supremo. En Bolivia y Colombia el sistema de control difuso y concentrado está a cargo de un Tribunal Constitucional. En Chile

existe un sistema de doble control concentrado de constitucionalidad: uno preventivo abstracto ante el Tribunal Constitucional y excepcionalmente represivo abstracto en el caso de decretos con fuerza de ley o decretos reglamentarios, decretos supremos o reglamentos autónomos, y un control posterior, represivo o correctivo concreto en manos de la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Mientras que en Ecuador y Perú existe un sistema de control de constitucionalidad dualista, donde el control concentrado o control abstracto de las normas legales, es ejercido exclusivamente por el Tribunal Constitucional, mientras que el control difuso es ejercido tanto por el Poder Judicial en todos sus niveles, como por el Tribunal Constitucional.

Habiendo quedado en claro los modelos de control constitucional que existen, vemos que en el Perú, son 3 las competencias exclusivas que ejerce nuestro Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver en única y definitiva instancia, la acción de inconstitucionalidad;
2. Conocer y resolver en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento; y,
3. Conocer y resolver los conflictos de competencia.

2.1.1. El Tribunal Constitucional como órgano de control abstracto de las normas legales: Proceso de inconstitucionalidad

El control concentrado o abstracto de las leyes, como se ha señalado previamente, se caracteriza por la atribución a un solo órgano judicial -que puede ser el Tribunal o Corte Suprema con o sin Sala Constitucional, o un Tribunal Constitucional especial, como en el caso peruano- para conocer de la impugnación de leyes por inconstitucionalidad y de anularlas en caso de que sean contrarias a la Constitución, con efectos *erga omnes*.

Esta última opción es la que se ha seguido en la Constitución peruana de 1993 con la creación del Tribunal Constitucional, para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, en realidad, lo que caracteriza al método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes no es la creación de un Tribunal Constitucional, sino la atribución a un solo órgano judicial o tribunal constitucional del poder anulatorio de las mismas. Es decir, lo importante es la concentración del poder

anulatorio de control en un solo órgano judicial o de control constitucional, más que la forma o naturaleza que puede tener el mismo.

Este método concentrado de control de la constitucionalidad, a diferencia del método difuso, que será desarrollado más adelante, se ejerce en un proceso en el cual su objeto principal es, precisamente, el juzgamiento de la inconstitucionalidad de una ley o norma con igual rango, la cual puede consistir en una decisión anulatoria de la misma, con efectos generales, *erga omnes*, y con efectos temporales *ex nunc*, es decir, a futuro, teniendo la decisión en consecuencia, carácter constitutivo.

El método concentrado de control, por otra parte, puede ser *previo*, llamado también preventivo o, *posterior*, conocido también como represivo o correctivo, según que se pueda ejercer contra leyes antes de que entren en vigencia o sólo una vez que están vigentes. En el caso del Perú, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes es *a posteriori*, incluso contra normas que han quedado derogadas, pero que aún no agotan sus efectos en el tiempo⁷³.

El método concentrado de control, además, puede ser *principal* o *incidental*, según que la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley llegue al juez constitucional por vía de una acción de inconstitucionalidad, la cual incluso en algunos casos, como sucede en Colombia, Panamá y Venezuela, puede ser una acción popular; o que llegue por vía incidental, por una incidencia planteada en un juicio concreto, como excepción de inconstitucionalidad, lo que no sucede en el caso peruano en el que existe un sistema paralelo con el control difuso de constitucionalidad.

En cuanto al origen del control de constitucionalidad en el Perú, vemos que desde que nuestro país se hizo República en 1821 bajo la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812, se concebía que el Parlamento, como primer poder del Estado, fuera el encargado de ejercer el control. Este influjo fue recogido por el legislador constituyente peruano en las Constituciones de 1823, 1826, 1928, 1934, 1839, 1860, 1867 y 1920, a excepción de la Constitución de 1856, que estableció en su artículo 10 una norma de enorme trascendencia, pero de efímera vigencia, pues fue derogada por la Constitución de 1860. El citado artículo establecía que: “*Es nula toda*

⁷³ En la STC N° 0053-2004-PI/TC el Tribunal Constitucional admitió la posibilidad de revisar la constitucionalidad de normas derogadas, alegando que “*la derogación termina con la vigencia de la norma pero no logra eliminarla del ordenamiento jurídico, afectando su efectividad futura, mas no su existencia. Se verifican dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúa desplegando sus efectos y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria*”. Este criterio se encuentra recogido además en la STC N° 004-2004-PU/C acumulados F. J.2; STC N° 0019-2005-PI/TC, F. J.5; y, STC N° 0005-2007-PI/TC, F. J.1)

ley que contraviene la Constitución por la forma y por el fondo”. Dicho influjo se mantuvo en la Constitución de 1933, pero con la excepción de su artículo 139 que consagró la acción popular como un instrumento para invalidar las normas infralegales⁷⁴.

Esta fue la razón por la cual el legislador emitió diversas normas legales contrarias al texto constitucional, hasta que finalmente la Constitución de 1979 elevando a rango constitucional el control de constitucionalidad de las leyes, que hasta esa fecha se encontraba consagrado a nivel infraconstitucional en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, y con ello creó el control abstracto de constitucionalidad en nuestro país, a cargo de un Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurando a partir de allí, un sistema dual o paralelo, como postula Domingo García Belaúnde.

Para el citado autor, técnicamente hablando, el control de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos ya estaba a cargo del Poder Judicial y reglamentado, primero por el Código Civil de 1936, y luego, explícitamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 y, existía además la reglamentación del Habeas Corpus desde 1940. O sea las dos competencias básicas otorgadas al TGC, las tenía el Poder Judicial. Según García Belaúnde en los debates de la Constituyente de 1978 se dijo que la Corte Suprema jamás tuvo la facultad de invalidar normas o pronunciarse sobre la constitucionalidad de las mismas, pero esto no es exacto, ya que lo que sucedía era que este control se hizo muy eventualmente⁷⁵.

Más allá de este debate, la realidad ha mostrado que pese a las buenas intenciones del legislador constituyente de 1978, el TGC no cumplió las expectativas, pues durante sus primeros 8 años (1982 a 1990); apenas resolvió 9 acciones de inconstitucionalidad, desestimándolas, salvo en un caso que la declaró fundada. Durante los 10 años de funcionamiento, al TGC le presentaron más de 25 acciones de inconstitucionalidad, habiendo resuelto sólo 15 debido a su repentina clausura. Sin embargo, lo más significativo fue que entre 1983 y 1990, durante los gobiernos de Belaúnde y García, se resolvieron sólo 9 acciones de inconstitucionalidad, habiéndose declarado inconstitucional sólo en un caso, en tanto que el resto de las acciones fueron declaradas infundadas o no alcanzaron el número de votos necesarios para emitir una sentencia.

⁷⁴ BLUME FORTINI, Ernesto, “La reforma del Tribunal Constitucional peruano”, pp. 42-45. Consulta: 20 de junio de 2013. < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/5.pdf> >.

⁷⁵ GARCIA BELAUNDE, Domingo, *Ob. Cit.*, p. 114.

Las pocas demandas de inconstitucionalidad encuentran parcialmente su explicación en que el requisito para plantear dicha acción por parte de la ciudadanía era de 50,000 firmas, además del Presidente de la República, un tercio de los Senadores o Diputados, la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal de la Nación. Es decir que, por un lado, la legitimidad procesal estaba permitida para las autoridades principales del país, pero al pueblo se le exigía una alta cuota de respaldo a una demanda, que apenas se utilizó en la acción de inconstitucionalidad que interpusieron los trabajadores de las comunidades industriales en enero de 1992 contra una ley que las vulneraba, no llegando a resolverse la causa por la clausura del TGC.

Es con la Constitución de 1993 que el proceso de inconstitucionalidad se hace más efectivo. El artículo 200 inciso 4º de dicha Carta señala que *“La acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”*. Asimismo, el artículo 103 de la Constitución establece que: *“La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”*; y la última parte del artículo 204, dispone que *“la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”*.

De las normas acotadas se entiende que la finalidad de la acción de inconstitucionalidad es la defensa de la supremacía de la Constitución en su condición de Ley Suprema⁷⁶. En ese entendió, a través de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional evalúa si una ley o una norma con rango de ley, transgrede, por la forma o por el fondo, la norma fundamental. Se trata de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía: por un lado, la Constitución que sirve de parámetro, y por el otro, la ley o la norma con rango de ley, que es la norma sometida a control.

⁷⁶ La Constitución es considerada Ley Suprema porque “ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional. En efecto, la Constitución es norma material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan todo el sistema jurídico, y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución”. (STC N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, F. 19).

Conforme a ello, con la emisión de una sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional tiene dos opciones:

- i) **Declara la inconstitucionalidad de una norma legal**, u otra de similar rango, con efectos generales, *erga omnes*, expulsándola definitivamente del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución. En este caso, el Tribunal Constitucional desentraña los diferentes sentidos interpretativos de la norma, a fin de verificar si alguno de éstos se encuentra conforme con la Constitución, de no encontrar un sentido interpretativo compatible con la norma suprema, declara la inconstitucional de la norma, por infracción a la Constitución, en cualquiera de sus formas⁷⁷; o
- ii) **Confirma la validez constitucional de una norma**, porque la considera compatible con la Constitución, otorgándole un sentido interpretativo que la haga conforme a la norma suprema.

En el primero de los casos nos encontramos antes sentencias estimatorias y en el segundo ante sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad.

En cuanto a los **efectos** de este tipo de sentencias, los artículos 81 y 82 del Código Procesal Constitucional señalan que la sentencia de inconstitucionalidad tiene una triple efectividad: cosa juzgada, fuerza de ley y, vincula a todos los poderes públicos.

El artículo 82 del Código Procesal Constitucional señala que *“las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”*; sin embargo, a renglón seguido señala que *“La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código”*.

⁷⁷ Según el artículo 75º del Código Procesal Constitucional. la infracción a la jerarquía normativa de la Constitución, puede ser: **i) En forma directa**, cuando la norma objeto de control colisiona con la Constitución en forma directa, sin la necesidad de verificar previamente la incompatibilidad de la norma enjuiciada con alguna norma legal, el parámetro de control constitucional se reduce únicamente a la norma fundamental; **ii) En forma indirecta**, cuando la norma objeto de control afecta indirectamente la supremacía de la Constitución, a través de una ley de desarrollo constitucional, como es una ley orgánica; **iii) De forma**, cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación, y cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho; **iv) De fondo**, cuando la materia regulada por la norma, resulta contraria a alguno de los derechos, principios y/o valores de la Constitución; **v) Parciales o totales**, cuando la totalidad o parte del contenido del dispositivo legal objeto de control es contrario a la Constitución. (Esta tipología fue desarrollada con mayor amplitud por el TC en la STC Nº 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, Fs. 22-29)

De la redacción de esta norma se puede advertir que la regla general es que, cuando la norma enjuiciada ha sido objeto de un anterior proceso de inconstitucionalidad, se debe declarar la improcedencia de la nueva demanda; sin embargo cabe aquí diferencias si la decisión recaída en el primer proceso se ha basado en aspectos de forma o de fondo. Tratándose del primer caso, puede volverse a cuestionar la norma bajo una nueva demanda, pero esta vez sobre aspectos de fondo. Tratándose del segundo caso, resulta aplicable el artículo 104 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, según el cual, no procede interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad *“Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo”*. No obstante ello, la jurisprudencia del TC ha establecido que aún en situaciones como ésta es válido interponer una nueva demanda, cuando se presentan determinadas circunstancias, a saber:

En caso se interponga una nueva demanda de inconstitucionalidad contra una norma que ya fue confirmada en su constitucionalidad a través de un proceso anterior (cosa juzgada desestimatoria), *prima facie*, dicha norma no podrá ser posteriormente inaplicada mediante el control judicial difuso por el Poder Judicial o por tribunales de justicia administrativa⁷⁸, ello en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que señala que *“los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad...”*; sin embargo, el TC ha establecido determinadas excepcionales a la regla de no controlar una norma cuya validez ha sido confirmada por dicho Tribunal, a saber:

1. En aquellos casos en los que la ley enjuiciada, posteriormente, haya sido declarada nula por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentra sometido. Estamos hablando por ejemplo de aquellas sentencias de la CIDH en las que dicha Corte, aplicando el control de convencionalidad, ha considerado de determinadas normas locales resultan incompatibles con algún Tratado. Este es el caso de las Leyes de Amnistía Nros. 26479 y 27492, que fueron declaradas incompatibles con la Convención Americana de derechos por la CIDH, en el caso Barrios Altos contra el estado peruano (STC N° 00275-2005-PH/TC).

⁷⁸ STC N° 03741-2004-AAITC (Caso Salazar Yarlénque), F. 50.

2. En aquellos casos en los pese que el TC declaró en abstracto la validez constitucional de la norma enjuiciada, advierte que su aplicación en un caso en concreto y bajo determinadas circunstancias, podría resultar inconstitucional. Así lo sostuvo el TC en las STC Nros. 009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC y, 004-2004-AI/TC.
3. En aquellos casos donde el Congreso posteriormente al pronunciamiento de la sentencia del TC que declara la validez constitucional de la norma enjuiciada, modifica la Constitución, es decir, la norma que sirve de parámetro de control, dando lugar a una inconstitucionalidad sobreviniente de la norma. Así lo sostuvo el TC en la STC N° 1680-2006-PA, F. 9, haciendo mención a las STC Nros. 0014-2003-AI/TC y 0050-2004-AI/TC. Este tema está relacionado al denominado examen o control de constitucionalidad de normas pre constitucionales.

Además de las excepciones señaladas, César Lada, señala que, solo sería posible que los jueces hagan caso omiso de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad del TC, en la medida que hayan variado sustancialmente el tiempo y las condiciones objetivas *-rebus sic stantibus-* de dicho fallo supremo y se realice dicha declaración con lealtad constitucional a la interpretación que haya realizado el supremo intérprete de la Constitución, en función de la mejor tutela de los derechos fundamentales. Claro que dicho autor, hace la atinencia que dicha decisión judicial quedará siempre sujeta al eventual control del Tribunal Constitucional, mediante un recurso de agravio constitucional, habida cuenta de que no existe en nuestro sistema la llamada cuestión de inconstitucionalidad asumida por el Tribunal Constitucional de España y por otros tribunales de la región, como se verá oportunamente⁷⁹.

Más allá de estas excepciones, debe quedar en claro que en mérito al carácter vinculante que tiene una sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos, es posible afirmar la calidad de cosa juzgada constitucional y el efecto *erga omnes* de este tipo de sentencias, en la medida en que son exigibles no solo para las partes del proceso, sino también para todos los poderes y órganos constitucionales, para todos los casos futuros. Esta es la razón por la cual los jueces del Poder Judicial y los Tribunales Administrativos no pueden dejar de observar las sentencias de inconstitucionalidad del TC.

⁷⁹ LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional (...)*, Ob. Cit., p. 99.

Respecto a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en Latinoamérica, tenemos que en la mayoría de países, las decisiones de la Corte o Tribunal Constitucional tiene la calidad de cosa juzgada, además de ser exigibles para todos, salvo el caso de Paraguay, donde su fallo sólo tiene efecto con relación al caso.

Ahora bien, otro tema importante es el referido a las **normas objeto de control constitucional** a través del proceso de inconstitucionalidad. Sobre este tema, el artículo 200 inciso 4 de la Constitución señala que las normas controladas a través de este proceso son las normas con rango de ley emitidas por el Parlamento, por el Poder Ejecutivo y por los Gobiernos Locales, es decir: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; sin embargo, como veremos seguidamente, nuestro TC ha examinado la inconstitucionalidad de normas constitucionales, normas de reforma constitucional y tratados.

a) El Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución o de una norma constitucional.

Entre los conflictos de interpretación legal, tienen especial importancia los referentes al propio texto constitucional, debido a que este tipo de interpretación afectan a la norma fundamental, que por su origen y contenido es una norma jurídico-política *sui generis*⁸⁰, por lo que aceptar que pueda controlarse una norma constitucional, implica suponer que existen normas constitucionales inconstitucionales.

Es precisamente, el tratadista alemán Otto Bachof quien se planteó esta cuestión, llegando a establecer que en efecto sí es posible que se presente este

⁸⁰ “El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir. Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo. Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema. La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto” (STC N° 014-2003-AI/TC, F.2).

escenario, en virtud de que las normas contenidas en la Constitución pueden ser contrarias a un derecho supra legal, ya sea éste preestatal, supraestatal, metapositivo o natural. Bachof parte de la distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material, para defender la existencia de un derecho “suprapositivo” que debe ser respetado por el propio Poder Constituyente para la validez de la Constitución. Para este autor alemán, este derecho suprapositivo o supralegal puede o no estar incorporado en el texto constitucional, pero en todo caso su infracción convierte en inconstitucional al dispositivo constitucional que se contrapone. A fin de sustentar su teoría, Bachof hace un recuento de la jurisprudencia de los Tribunales alemanes, que inicialmente negaron la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, para luego y progresivamente pasar a afirmar que, aunque exista la posibilidad de que una norma de la Constitución pueda contravenir el derecho “metapositivo” que el Constituyente a positivizado en cierta medida a través del reconocimiento de derechos fundamentales inviolables e intangibles, estas normas “metapositivas” no pertenecen al parámetro de control de las normas por parte del Tribunal Constitucional; y finalmente afirmar que el Tribunal Constitucional sí es competente para resolver un conflicto entre una norma constitucional y el derecho metapositivo, reconociendo a éste último, como parámetro de control, conforme se señaló en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de Baviera el 24 de abril de 1950⁸¹.

Sin embargo, autores como Jorge Carpizo niegan la teoría expuesta por Bachof, al afirmar que la Constitución constituye un sistema armónico que otorga unidad a todo el ordenamiento jurídico, de tal modo que, si dentro de una Constitución surge una aparente contradicción entre sus normas, es a través de su interpretación como se les armoniza⁸².

En el Perú el TC tuvo la ocasión de resolver un proceso de esta naturaleza no sólo a través de un proceso de inconstitucionalidad, sino en un proceso de amparo, nos estamos refiriendo al caso Lizana Puelles, donde el TC verificó si existía contradicción entre los artículos 142º y 181º de la Constitución, para cuyo efecto hizo uso de los principios de interpretación constitucional. En aquella ocasión el TC señaló que: “Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de

⁸¹ BACHOF, Otto, “¿Normas constitucionales inconstitucionales?”, Palestra Editores, Lima, 2010. pp. 30-42.

⁸² CARPIZO, Ob. Cit, 2009, p. 83.

interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

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

de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”⁸³.

Es en base a estos criterios que el TC señaló que debía llevarse a cabo la interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución, llegando a la conclusión de que los citados dispositivos eran constitucionales.

Otro caso de especial importancia fue la sentencia dictada en el Exp. N° 014-2003-AI/TC sobre la demanda de inconstitucionalidad iniciada por más de cinco mil ciudadanos contra la propia Constitución de 1993 (no contra una ley de reforma constitucional ni contra alguno de los artículos de la Constitución, sino contra todo el texto constitucional). En este caso, si bien el Tribunal Constitucional admitió la demanda y en consecuencia asumió la competencia para examinar la validez de la propia Constitución, desestimó la demanda porque consideró que aun cuando la Constitución de 1993 tuvo un origen espurio, dado que emanó del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico y pernicioso del poder, y con la aprobación de la deformada voluntad de los ciudadanos, también era cierto que terminado el gobierno de Fujimori, se inició un proceso democrático con elecciones políticas en el marco de la norma impugnada, que empezó a regir plenamente, tanto en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, como en las relaciones entre los órganos de gobierno.

En la mencionada sentencia el TC señaló que la ausencia de legitimidad de origen de una Constitución no determina, por ese solo hecho, su falta de vigencia o, en caso extremo, su nulidad; ya que una cosa es que la Constitución de 1993 tenga una dudosa legitimidad de origen y otra, muy distinta, es que por ello devenga en inválida. Para determinar esto último el TC precisó que una norma es válida si ésta –ley o Constitución- tiene fuerza vinculante y ha sido creada conforme al *iter* procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material); sin embargo, señala el TC, que este criterio de validez, no puede ser trasladado al caso de la

⁸³ STC N° 05854-2005-PA, F. 12.

Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico, además no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto superior que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, y por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos (Ver Fundamentos 14 al 17).

b) El Tribunal Constitucional como órgano de control de una reforma constitucional

Entre las sentencias más relevantes tenemos la dictada en el Expediente N° 014-2002-AI/TC contra la Ley N° 27600 que estableció la necesidad de la reforma constitucional total y el procedimiento para la aprobación de la reforma constitucional mediante referéndum popular. Otra sentencia es la dictada en el Expediente N° 050-2004-AI/TC contra la Ley N° 28389 de reforma constitucional de los artículos 11, 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución respecto al cierre del régimen del Decreto Ley N° 20530 y la prohibición de la pensión nivelable.

c) El Tribunal Constitucional como órgano de control de Tratados Internacionales

Una última forma de control constitucional, además del tradicional control sobre las normas con rango de ley, aprobadas por el Legislativo, Ejecutivo y Gobiernos Locales y Regionales, es el control de constitucionalidad de los tratados. Sin embargo, debe dejarse en claro que en el caso peruano este control es *a posteriori*, es decir de aquellos tratados internacionales aprobados por el Congreso (artículo 56) y por el Presidente de la República (artículo 57). Sobre esto último, Bernaldes Ballesteros señala que los tratados que aprueba el Congreso tienen rango de ley, en tanto que los que aprueba el Presidente tienen rango de norma ejecutiva (de Decreto Supremo); por lo que se podría concluir que la acción de inconstitucionalidad solamente procedería contra los tratados aprobados por el Congreso, mientras que aquellos aprobados por el Presidente serían materia de la Acción Popular; sin embargo, el artículo 20 de la LOTC establece que los tratados internacionales que requieren como los que no requieren aprobación del Congreso, son pasibles de acción de inconstitucionalidad.

En nuestro país la primera sentencia que fue emitida por el TC respecto a demandas de inconstitucionalidad contra tratados fue en el año 2010. Se trataba de la sentencia dictada en el Exp. N° 0002-2009-PI/TC, cuya demanda fue

presentada por 40 congresistas de la República y estuvo dirigida a cuestionar el tratado de libre comercio celebrado entre el Perú y Chile. La demanda fue declarada infundada. En dicha ocasión el TC señaló la forma en que debían ser interpretadas dos normas del tratado, a fin de que sean compatibles con la Constitución. Finalmente, exhortó al Poder Ejecutivo a someter a consulta de dos comisiones del Congreso de la República el texto de los tratados ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar; recomendación innecesaria pues esta posibilidad está prevista en el penúltimo párrafo del artículo 92º del Reglamento del Congreso.

Respecto a las normas jurídicas objeto de control por otros países de la región, tenemos que en su gran mayoría, son objeto de control constitucional las leyes, leyes orgánicas, decretos legislativos, decretos supremos, y demás normas con rango de ley. No obstante en Ecuador el control se extiende a resoluciones administrativas y a ordenanzas municipales. En Bolivia el control alcanza a todo tipo de ordenanzas y resoluciones no judiciales. En Paraguay, Venezuela y Chile el control se extiende a las resoluciones judiciales ordinarias. Además, en Bolivia, Colombia y Chile, son objeto de control los proyectos de ley o de reforma constitucional. Finalmente, en Brasil, Bolivia, Ecuador y Chile el control constitucional se extiende a los tratados, aunque dicho control es previo, salvo el caso brasileño. Para mayor ilustración procederemos a desarrollar más extensamente las normas objeto de control por los mencionados países.

En el caso de **Ecuador**, la Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general, incluso puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. Asimismo es competente para ejercer el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales. Igualmente es competente para controlar las omisiones legislativas, así como para conocer, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública; competencia que en el Perú es ejercida por el Poder Judicial a través de la acción popular.

En el caso de **Bolivia**, su Tribunal Constitucional Plurinacional es competente para conocer y resolver en única instancia la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos

Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Respecto a este sistema, Huerta Guerrero, señala que, debido al alto número de competencias que le han sido asignadas al TC boliviano y al poco número de magistrados que lo integran (5 titulares y 5 suplentes), no escapa al propio Tribunal la posibilidad de verse a futuro en situaciones en las cuales no puede cumplir con todas sus tareas, debido a una excesiva carga procesal⁸⁴.

En el caso de **Colombia**, su Corte Constitucional conoce las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos con fuerza de ley y decretos legislativos, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación y contra los actos reformativos de la Constitución sólo por vicios de procedimiento en su formación. Igualmente ejerce control de constitucionalidad sobre la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación, y sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. Asimismo, es competente para decidir sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

En **Venezuela**, la Sala Constitucional de la Corte Suprema o Tribunal Supremo tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución y para conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales. También ejerce el control preventivo de los tratados antes de su ratificación, así como la revisión de los decretos expedidos durante los estados de emergencia que hayan sido dictados por el Presidente de la República. Sus decisiones tienen el carácter de definitivo, tienen incluso la facultad de revisar las sentencias expedidas por las otras Salas de la Corte Suprema.

En el caso de **Paraguay**, la facultad de ejercer el control constitucionalidad recae en la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República, sin embargo, los jueces ordinarios cuando estén en un caso concreto frente a una norma con vicios de inconstitucionalidad deberán elevar un incidente a la Corte Suprema para que sea ese órgano el que determine la validez de la norma, sin suspender el juicio ordinario. Sin perjuicio de que las partes del proceso puedan

⁸⁴ HUERTA GUERRERO, Luís Alberto, "El Tribunal Constitucional del Perú (Apuntes para una reforma de sus competencias)". En *Las tareas de la transición democrática. Serie: Democracia N° 01*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2001, p.193.

promover la excepción de inconstitucionalidad, a fin de que se forme dicho incidente. Es importante destacar que a la Sala Constitucional de Paraguay, además de resolver la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, también puede declarar la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, cuyo efecto será la declaración de nulidad y su respectiva orden de reenvío al Juez competente, para que expida nueva resolución.

En cuanto a los efectos de sus sentencias, éstas no son *erga omnes*, sino *inter partes*, pues se declara la inaplicabilidad de la norma objeto de control en cada caso concreto, por lo que su fallo sólo tiene efecto con relación al caso.

En **Brasil**, el Supremo Tribunal Federal tiene competencia para juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales, igualmente es competente para conocer y resolver la inconstitucionalidad de los tratados o leyes federales, a través de un recurso extraordinario. Además de ello, es competente para conocer la inconstitucionalidad por omisión. Respecto a los efectos de sus sentencias, los magistrados pueden decidir desde que momento surtirá efectos la declaratoria de inconstitucionalidad.

En **Uruguay**, la Corte Suprema Uruguaya no solo conoce los casos constitucionales, sino también los de materia penal y civil, ya que funciona en Pleno, siendo necesarios solo 3 votos favorables para obtener sentencia. Es así que en Uruguay se da un sistema dual de control de constitucionalidad, donde existe la acción directa de inconstitucionalidad, así como la vía incidental, que puede ser ejercida por cualquier persona que vea afectados sus derechos por la supuesta inconstitucionalidad de una ley, sin embargo en este último caso los efectos de sus decisiones solo tienen efectos *inter partes*.

Finalmente, en el caso de **Chile**, su Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpretan la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales, de los tratados antes de su promulgación, de los decretos con fuerza de ley, de los autos dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones; de un precepto legal declarado inaplicable por un tribunal ordinario o especial, de los proyectos de ley o de reforma constitucional, de los decretos supremos cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley; así como de la convocatoria a un plebiscito, de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos.

En cuanto a la ***iniciativa para ejercer la acción de inconstitucionalidad***, vemos que la regla general es que el Presidente de la República, el Congreso y la Corte Suprema estén habilitados para interponer la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal o Corte Constitucional. Un caso especial, es el de Ecuador y Colombia que contemplan la posibilidad que cualquier ciudadano individual o colectivamente, puedan presentar las acciones constitucionales. En Bolivia, cuando la acción de inconstitucionalidad es de carácter abstracto, sólo puede interponerla el Presidente de la República, los Legisladores y las máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas. En Brasil, además del Presidente, Senadores, Diputados y Asamblea Legislativa, pueden promover la acción de inconstitucionalidad el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; y las Confederaciones Sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

En el caso peruano, el artículo 203 de la Constitución establece que están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: el Presidente de la República, la Fiscalía de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 25% del número legal de congresistas, 5,000 ciudadanos, los colegios profesionales y los Presidentes regionales, en materias de su competencia. En este punto conviene recordar que, a diferencia de la Constitución de 1979, la actual Carta magna redujo de 50,000 a 5,000 el número de firmas necesarias para promover la acción de inconstitucionalidad; asimismo dejó de contemplar la legitimidad de la Corte Suprema pueda promover la acción de inconstitucionalidad, esto último debido a que la Asamblea Constituyente de 1993 planteó inicialmente que el Tribunal Constitucional formara parte de la Corte Suprema, lo que finalmente no prosperó, pero generó una omisión que se espera corregir con un proyecto de reforma constitucional.

Finalmente, como señala Nogueira Alcalá⁸⁵, resulta destacable que en todos los países donde existen Defensores del Pueblo, éstos estén legitimados para presentar las acciones de inconstitucionalidad, a excepción de Chile y Uruguay, por ser los únicos países en Latinoamérica que no cuentan con dicha institución.

⁸⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”. Ponencia para el encuentro de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de Tribunales Supremos de América del Sur. Florianópolis, Brasil, junio de 2002. Consulta: 15 de noviembre de 2012. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200003>.

2.1.2. Intervención del Tribunal Constitucional como última instancia en todos los procesos de amparo, cumplimiento, hábeas data y hábeas corpus

La competencia de los Tribunales Constitucionales para conocer en última instancia los procesos constitucionales de amparo, cumplimiento, hábeas data y hábeas corpus se clasifica en cuatro grupos:

- Aquellos Tribunales que actúan como última instancia en *todos* los procesos constitucionales.
- Aquellos Tribunales que intervienen como última instancia en *algunos* procesos constitucionales.
- Aquellos Tribunales que actúan en como única y como última instancia en los procesos constitucionales.
- Aquellos Tribunales que no actúan como única ni como última instancia en los procesos constitucionales, porque no tiene dicha competencia.

Dentro del primer grupo tenemos al Tribunal Constitucional de Bolivia, que conoce en vía de revisión, todas las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento, que hayan sido resueltos en primera instancia por los jueces del Poder Judicial, sean estas, estimatorias o desestimatorias, a fin aprobarlas o desaprobadas, y cuya revisión no impide la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelve la acción.

En cuanto al segundo sistema se encuentran Colombia, Ecuador y Perú; sin embargo, como señala Huerta Guerrero, entre estos sistemas existen importantes diferencias. Por ejemplo, en el caso de Colombia, el artículo 86 de su Constitución de 1991 señala que todas las decisiones de tutela emitidas por los diversos órganos jurisdiccionales del país son remitidas a la Corte Constitucional “*para su eventual revisión*”. El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 49 de su Reglamento Interno, y consiste en que todas las instancias jurisdiccionales de todo el país, remiten todos los expedientes a la Corte Constitucional, sin importar si la decisión es estimatoria o desestimatoria, a fin de que la Corte, a través de una Sala de Selección, compuesta por dos de sus magistrados, decidan cuales son objeto de revisión. Esta decisión no requiere motivación expresa y es hecha según el criterio discrecional del magistrado, por lo que no falta razón en señalar que este sistema es similar al *certiorari* norteamericano. Lo interesante de este sistema es que, si una sentencia no es seleccionada, cualquier magistrado de la Corte Constitucional o el Defensor del Pueblo pueden insistir en su revisión, lo que no obliga a la Sala de

Selección a elegir la sentencia para su revisión⁸⁶. Seleccionada la sentencia, la Sala de Revisión procede a resolverla, sin entrar a analizar los hechos o cuestiones propios de la controversia judicial, sino únicamente el tema constitucional en cuestión, por lo que, no se concibe a la Corte Constitucional como una nueva instancia, pues es el propio tribunal ordinario el que debe dictar una nueva sentencia.

Otro caso en el que se hace uso del *certiorari* es la Corte Constitucional de Ecuador, que es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

En el caso peruano, el TC únicamente conoce en última instancia de aquellos procesos constitucionales de amparo, cumplimiento, hábeas data y hábeas corpus *desestimatorios* y que hayan sido objeto de impugnación a través del recurso extraordinario de agravio constitucional. No olvidemos sin embargo, que existen excepciones a la regla, respecto a la procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC) contra sentencias desestimatorias. Estamos hablando de aquellos casos excepcionales en los que la resolución impugnada no es desestimatoria, pero al modular sus efectos, se encuentra justificada su procedencia, por ejemplo: cuando se ha producido la sustracción de la materia por irreparabilidad o cese de la vulneración del derecho; cuando los efectos de la sentencia estimatoria resulten inapropiados para la tutela efectiva del derecho vulnerado; cuando se han deducido excepciones y éstas han sido indebidamente resueltas, imposibilitando conocer el tema de fondo; cuando se hace necesario ordenar el pago de pretensiones accesorias vinculadas a la protección eficaz del derecho constitucional discutido; y, cuando se presentan vicios procesal en el proceso que han afectado directamente en la decisión. Igualmente procede el RAC contra sentencias estimatorias en aquellos supuestos donde se pretende otorgar tutela efectiva en ejecución de sentencia, por ejemplo: el RAC a favor del cumplimiento de las sentencias de Tribunal Constitucional, a favor de la ejecución de las sentencias del Poder Judicial, a favor del orden constitucional vinculado a procesos penales sobre tráfico ilícito, de drogas y/o lavado de activos, el RAC ante pedidos de represión de actos homogéneos, y frente al incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional.

⁸⁶ HUERTA GUERRERO, Luís Alberto, “*El Tribunal Constitucional del Perú...*”, *Ob. Cit.*, p.194.

Dentro del tercer grupo se encuentra el caso particular de Brasil, que conoce en vía originaria o directa y en vía de recurso, los habeas corpus, los mandatos de seguridad (auto de medida cautelar que sirve para salvaguardar el derecho de conocer, no cubierto por el habeas data o el hábeas corpus), los habeas data y los mandatos de injuncao (auto de medida cautelar que consiste en ejercer el control concreto de constitucionalidad sobre normas reglamentarias). En *vía directa*, el Supremo Tribunal Federal brasileño únicamente es competente para conocer de este tipo de acciones contra actos del Presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal; y en *vía de recurso*, es competente para conocer este tipo de procesos decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, siempre que la materia de recursos fuese denegatoria.

Finalmente, en el último grupo o sistema, se encuentra Chile, que es el único país con Tribunal Constitucional de América del Sur, al cual no se le otorga competencia en materia de amparo de derechos humanos o fundamentales, lo que debilita la fuerza normativa de su Constitución en materia de derechos fundamentales, e impide la existencia de una interpretación unificadora que sirva de parámetro en la aplicación de los derechos⁸⁷.

2.1.3. Conflicto competencial

Como quiera que el control concentrado de constitucionalidad tiene por objeto no sólo consagrar los derechos fundamentales de la persona, sino además, asegurar la efectiva vigencia de la parte orgánica de la Constitución, que ésta construida sobre la base de los principios de separación orgánica de poderes y distribución territorial del Poder Público, la Constitución le asigna también al Tribunal Constitucional competencia para resolver los "conflictos de competencia" entre los Poderes Públicos.

Entre los Tribunales latinoamericanos que cuenta con esta competencia, tenemos los casos de Bolivia, Ecuador, Chile y Perú. En el caso de Bolivia, el artículo 202 de su Constitución, le reconoce al Tribunal Constitucional la atribución de conocer y resolver los conflictos de competencia entre órganos del poder público, entre el

⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur". Palestra Editores, Lima, 2006, p. 148.

gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas, así como entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental. En el caso del Ecuador, el artículo 236 inciso 7 de su Constitución determina, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. En el caso de Chile, el artículo 93, inciso 12 de su Constitución establece como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional, resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado. En los casos de Venezuela y Brasil, únicamente se contempla como una atribución de su Tribunal o Corte Constitucional, la potestad de resolver los conflictos de jurisdicción entre Tribunales Superiores o entre estos y cualquier otro Tribunal. Finalmente, en el caso de Colombia, su TC no tiene actualmente competencias en materia de conflictos de competencia.

En el caso del Perú, el artículo 202 inciso 3° de la Constitución, señala que corresponde al Tribunal Constitucional conocer los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley. En cuanto a las instituciones entre las cuales se puede suscitar un conflicto de competencias o de atribuciones, el artículo 46 de la LOTC, precisa que puede darse entre los poderes del Estado, entre los órganos constitucionales, entre éstos entre sí, entre los gobiernos regionales o municipales, entre el Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades y entre éstos entre sí⁸⁸. Asimismo, el artículo 3 de la LOTC señala que en ningún caso se puede promover un proceso de esta naturaleza respecto a las funciones asignadas al TC, lo que resulta acertado, porque si se asumiera tal posibilidad, el TC se convertiría en juez y parte.

En cuanto a la clasificación de los procesos competenciales, la STC N° 006-2006-CC/TC ha señalado que pueden ser básicamente de dos tipos: **i) El proceso competencial puro**, que se produce cuando el conflicto de competencias se produce entre diversos niveles de gobierno; entre el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales; su marco normativo se encuentra en los artículos 191, 192 y 197 de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización; y, **ii) El proceso competencial de atribuciones**, que se produce cuando se debe dirimir las

⁸⁸ La razón por la cual el TC tiene competencia para dirimir los conflictos de competencia entre los gobiernos locales y regionales es porque debe mantener el principio de la distribución territorial del poder conforme al esquema de descentralización política adoptado por nuestra Constitución, haciendo respetar la autonomía de los gobiernos municipales y regionales.

competencias que les corresponde a los Poderes del Estado frente a los que les corresponde a diferentes Órganos Constitucionales.

Además de estos dos tipos de procesos competenciales, el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de modalidades de competencias en las STC Nros. 006-2006-CC/TC y 003-2007-CC/TC, clasificándolas de la siguiente manera:

a. Conflictos competenciales atípicos:

a.1. Por menoscabo en sentido estricto, que se presenta cuando cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia; sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el órgano.

a.2. Por menoscabo de interferencia, que se presente cuando las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya si no tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro.

a.3. Por menoscabo de omisión, que se presenta cuando uno de los órganos omite ejercer su competencia, produciéndose como consecuencia de ello, una imposibilidad de ejercicio de la competencia de otro órgano, solo que en este caso la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano. Los conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, se presenta cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional.

a. 4. Por omisión en cumplimiento del acto obligatorio, que se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro.

b. Conflictos competenciales típicos:

b.1. De contiendas activas o positivas, que se presenta cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional.

b.2. De contiendas negativas o pasivas, que se configura cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

2.2. Competencias compartidas

Como quiera que el Tribunal Constitucional no monopoliza la justicia constitucional, de modo tal que todo juez del Poder Judicial, en tanto administra justicia, aplica la Constitución para decidir los conflictos que se someten a su jurisdicción, existen competencias compartidas entre ambos tribunales, con el fin de asegurar la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales.

Una de estas competencias compartidas es el denominado ejercicio de constitucionalidad de preceptos legales en casos concretos, o también llamado control difuso de las normas legales.

3.2.1. El control difuso de las normas legales

En artículo 138 de la Constitución señala que: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*. Por su parte, el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que: *“De conformidad con el Artículo 236 (de la Constitución de 1979), cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a*

declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.”. Finalmente, el artículo 3 del Código Procesal Constitucional señala que: “Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno. En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.”

De las normas antes transcritas se puede advertir que el control difuso tiene las siguientes características:

1. Es un acto complejo, en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado.
2. Es de carácter incidental, en el sentido de que se ejerce al decidirse un caso concreto.
3. Tiene efecto *inter partes*, pues no se trata de un proceso constitucional que tiene por objeto específico controlar la constitucionalidad de una ley, sino de una decisión judicial que se adopta en un proceso judicial cualquiera, en el cual, se aprecia la inconstitucionalidad de la ley. El juez, en estos casos, no anula la ley sino sólo la considera inconstitucional y nula para el caso en concreto.
4. Es un control de la constitucionalidad que puede realizar todo juez o tribunal del Poder Judicial que viene conociendo un asunto.
5. Es un control de objeto amplio, en el sentido de que no sólo se establece respecto de las leyes, sino que procede respecto de tipo de acto estatal como una ley, decreto, reglamento o acto administrativo.
6. Es un control que puede ser ejercicio de oficio por el juez o a instancia de parte. Si bien nuestra legislación no contempla la excepción de inconstitucionalidad de la ley, como un medio de defensa en cualquier proceso judicial, ello no es óbice

para que cualquiera de las partes, pueda solicitar al juez que ejerza el control difuso en aquellas causas llamadas a su conocimiento.

7. Es un control que luego de haber sido ejercido por el juez ordinario o constitucional, es revisable por la Corte Suprema, vía consulta, siempre que la decisión no haya sido impugnada, o que la norma objeto de control sea de menor jerarquía; en todo caso esta decisión podría ser revisado en última instancia por el Tribunal Constitucional, para que éste se pronunciase de manera definitiva sobre la conformidad o no a la Constitución de la norma cuestionada.

En resumen, el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez para preservar el principio de supremacía constitucional y, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51º de la norma fundamental. Es decir, es el poder otorgado a los jueces para ejercer su facultad de revisar, en el marco de los procesos sometidos a su consideración, la constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no sólo realiza el control abstracto de las normas, sino también el control concreto de las misma en los procesos constitucionales que llegan a su conocimiento (amparo, habeas data, cumplimiento, habeas corpus), el ejercicio del control difuso es una facultad compartida con el Poder Judicial.

Esta competencia compartida se debe a que en nuestro sistema los procesos constitucionales son de competencia tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial, e incluso de Tribunales Administrativos, así lo ha reconocido el TC en el precedente vinculante del Caso Ramón Salazar Yarlénque, en virtud del cual, los tribunales administrativos de competencia nacional tienen el derecho y poder de inaplicar las normas; es decir, que el control difuso no queda limitado para la justicia ordinaria del Poder Judicial o para el propio TC, sino también al alcance de la justicia administrativa del Poder Ejecutivo. Con lo cual, se habilita a la justicia administrativa, además de la judicial ordinaria y constitucional, el control constitucional de las normas.

Sin embargo, hay quienes consideran que este poder-debe debe ser ejercido únicamente por el Tribunal Constitucional, en razón a los problemas que presenta la eventual falta de uniformidad o la disparidad de decisiones adoptadas por los jueces de distinta jerarquía del Poder Judicial, al hacer uso del control difuso.

La legislación y doctrina comparada, ha señalado, sin embargo, diversos correctivos en los propios sistemas constitucionales. Uno de ellos es, por ejemplo, la asignación del carácter vinculante a las decisiones que adopte la Corte Suprema de Justicia cuando el asunto llegue a ese nivel, como sucede en los Estados Unidos de América. Otro correctivo es, por ejemplo, la atribución a la Corte Suprema o Tribunal Constitucional de la competencia exclusiva para conocer de un recurso extraordinario de revisión, como se ha establecido en las Constituciones de Colombia o Venezuela, lo que permite al Tribunal Constitucional o a la Corte Suprema uniformizar la jurisprudencia y resolver con carácter obligatorio y vinculante sobre el tema.

En el Perú, si bien existe la figura de la consulta que permite que la Corte Suprema, sea la que analice si el control difuso ejercido por el juez o Corte Superior es la correcta; sin embargo, estas sentencias no tienen el carácter de vinculantes, como las sentencias del Tribunal Constitucional; por lo que no faltan quienes consideran que debe incorporarse la figura del *recurso, incidente o cuestión de inconstitucionalidad*, que no es otra cosa que una vía concreta de control de constitucionalidad a través del cual se realiza la impugnación de un precepto legal que es incompatible con las normas de la Constitución. Es *indirecto*, porque las partes que lo promueven no pueden realizar la impugnación directamente, sino a través de una solicitud dirigida al Tribunal Judicial ante quien se tramita el proceso que la concrete; y, es *incidental*, porque la acción es promovida como una cuestión accesoria sin afectar la tramitación del proceso judicial en desarrollo hasta la etapa previa a la dictación de la sentencia. El Tribunal Judicial debe plantear la acción cuando exista una duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la disposición legal de cuya validez depende directamente el fallo. El objeto del recurso indirecto o incidental es pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones legales aplicables al caso concreto que hayan sido señalados en forma precisa por la autoridad judicial pertinente que promueva el recurso, sin tener que analizar y considerar los elementos de hecho o derechos litigiosos de las partes.

El recurso indirecto o incidental ha sido adoptada en algunos países de América del Sur, como es el caso de Brasil, cuyo Tribunal Supremo Federal es competente para juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida declárese la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal. Otro caso es el de Chile, cuyo Tribunal Constitucional, es competente para resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de

Elecciones; y para resolver, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación hecha ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En Europa los tribunales constitucionales de Alemania, Italia y España, entre otros, han adoptado este sistema, que al parecer resultaría más adecuada para unificar la jurisprudencia entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional.

2.3. Competencias no previstas y competencias implícitas

Cuando hablamos de competencias no prevista, no nos estamos refiriendo a aquellas competencias excluidas expresamente para el TC, como la Acción Popular, que es de exclusiva competencia del Poder Judicial; sino de aquellas competencias que no han sido recogidas constitucional ni legalmente a favor del TC. Algunos autores han denominado a estas competencias no previstas como atípicas o ampliadas, frente a las competencias típicas que son las previstas y compartidas⁸⁹. Sin embargo, para efectos didácticos consideramos necesario incorporar una tercera denominación a fin de diferenciar entre competencias no previstas propiamente dichas con las denominadas competencias implícitas.

Las **competencias no previstas** son aquellas que no se encuentran reconocidas en la Constitución, por lo que requieren de una reforma constitucional para que puedan ser ejercidas por el TC.

Las **competencias implícitas** con aquellas que a pesar de no estar expresamente reconocidas en el ordenamiento jurídico, vienen siendo ejercidas por el Tribunal o Corte Constitucional con el fin de concretizar competencias que si se encuentran reguladas. Es decir, se tratan de competencias que se encuentran indirectamente reconocidas en nuestra Constitución, porque subyacen de las que sí están previstas; por lo que no se requiere de una reforma constitucional o legal para su reconocimiento.

Entre las competencias no previstas e implícitas más resaltantes tenemos las siguientes:

⁸⁹ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio, "La justicia constitucional europea ante el siglo XXI", Tecnos, Madrid, 2002, p. 64 y ss. En: LANDA ARROYO, César. "Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional", (...) Ob. Cit., p. 108.

2.3.1. El control de las omisiones constitucionales: Proceso de inconstitucionalidad por omisión

Además del método difuso y concentrado de control de la constitucionalidad de la legislación existente, en el mundo contemporáneo también se han venido desarrollando mecanismos de control de la constitucionalidad de las omisiones del Legislador, cuando éste ha dejado de sancionar leyes indispensables para la completa aplicación o vigencia de la Constitución. Se trata del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas.

Este control se lleva a cabo para controlar la omisión legislativa que afecta la Constitución. En la medida que el constituyente solo consagra en la norma suprema los preceptos esenciales de un Estado democrático-constitucional, corresponde al legislador desarrollar las disposiciones legales necesarias para complementar los mandatos normativos específicos de la Constitución.

La omisión legislativa puede ser absoluta, cuando la inactividad del legislador es total; y, relativa, cuando la inactividad es parcial, vale decir que, habiendo desarrollado legislativamente la norma constitucional haya dejado fuera de protección, por ejemplo, a determinado grupo o categoría de personas, afectando el derecho de la igualdad ante la ley⁹⁰.

A diferencia de lo que sucede en las Constituciones de Portugal, Brasil, Ecuador y Chile, la Constitución de Perú no reguló en forma expresa la potestad del Tribunal Constitucional de controlar la constitucionalidad de las omisiones absolutas del Legislador; sin embargo, ello no ha sido óbice para que nuestro Tribunal, apelando al cumplimiento de sus funciones, haya hecho uso de esta atribución; pues no cabe duda que al haberse creado el Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales, éste tiene potestad para controlar la constitucionalidad de las omisiones legislativas, a fin de:

- i) Garantizar la supremacía de la Constitución frente a la omisión legislativa de regular mediante ley aspectos sustantivos y necesarios para que aquélla tenga efectiva vigencia,
- ii) Procurar la defensa del orden constitucional; y,

⁹⁰ BAZÁN, Víctor (coordinador), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, p. 171. En: LANDA ARROYO, César. *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional*, (...) Ob. Cit., p. 109.

- iii) Proteger los derechos fundamentales cuando la omisión legislativa pueda afectar su efectivo ejercicio.

En el ejercicio de este control, el Tribunal Constitucional dicta las llamadas "sentencias exhortativas", en las cuales requiere o exhorta al legislador para dictar la normativa necesaria para cubrir un vacío legislativo absoluto. Es por esta razón que en nuestro país el Tribunal Constitucional ha asumido por vía incidental el control de las omisiones legislativas en algunos procesos de inconstitucionalidad.

Así, tenemos la STC N° 0044-2004-AI/TC sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Yonhy Lescano Ancieta, en representación de 34 congresistas, contra el artículo 4° de la Ley N.° 1801 (Ley del Himno Nacional) del 26 de febrero de 1913, que omitió como letra oficial del Himno Nacional, la quinta estrofa de la versión original. En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional falló declarando fundada la demanda; y en consecuencia inconstitucional la omisión en el artículo 4° de la Ley N° 1801, ordenando adicionar la quinta estrofa de la versión original del Himno Nacional de autoría de don José de la Torre Ugarte, debido a que consideró que este hecho constituía una omisión del legislador que vulneraba el derecho de autor, en su acepción de derecho moral de integridad de la obra de carácter perpetuo y en su dimensión objetiva.

Otra sentencia en la que se hizo uso de este tipo de control fue la STC N° 0020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC (acumulados) sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional N.° 031-2005-GRC/CRC, expedida por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, y las Ordenanzas Regionales Nros. 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH, promulgadas por la Presidenta del Gobierno Regional de Huánuco, que declaraban la legalidad del cultivo de la hoja de coca en su jurisdicción. En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional señaló en su Fundamento 111, que: *“este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2° 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2° 2 de la Constitución). Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N° 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la*

conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional”.

Sin embargo, frente a la persistencia del legislador de no cumplir su omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida en el Expediente N° 0006-2008-AI/TC, también referida a una demanda de inconstitucionalidad contra otra Ordenanza que permitía el cultivo de la hoja de coca, esta vez del Gobierno Regional de Puno, consideró en su Fundamento 47 que: *“el legislador está obligado a actuar en la próxima legislatura emitiendo una ley que recoja las aspiraciones de los pueblos andinos y amazónicas que ven reflejada parte de su identidad constitucionalmente reconocida, en el cultivo, uso y tratamiento en general de la planta de la hoja de coca. Esto además en la necesidad de prevenir permanentes conflictos frente a la frustración que general la inactividad de los poderes públicos con relación al reconocimiento de este tipo de derechos tan profundamente arraigados en la cosmovisión de las diferentes nacionalidades y culturas que habitan en nuestro territorio nacional”.*

Además de las mencionadas sentencias de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha efectuado control sobre omisiones legislativas en otros procesos constitucionales, como:

- a) En procesos de amparo, debido a que este tipo de procesos también proceso frente a una omisión de cualquier persona o funcionario que vulnere un derecho fundamental (ver las STC Nros. 1875-2004-AA/TC, 2016-2004-AA/TC y 9617-2006-AA/TC);
- b) En procesos de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o acto administrativo (ver STC N° 02695-2006-PC/TC), y,
- c) En procesos de conflicto de competencia en casos de conflictos negativos atípicos (ver STC N° 004-2004-CC/TC).

En la legislación comparada, como la argentina, se ha reconocido que la omisión legislativa es controlable en sede de la justicia constitucional, cuando se dan los siguientes casos:

- a) Cuando ha transcurrido un periodo razonable y el órgano legislativo no ha emitido la norma exigida desde la Constitución;
- b) Cuando existe un mandato claro sobre la obligación de legislar; y,

- c) Cuando se configura la posibilidad de integración, por parte del órgano jurisdiccional, de modo que el ocio del legislador pueda ser superado con la actuación del órgano jurisdiccional⁹¹.

Pero, como la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas, como lo hace por ejemplo la Constitución portuguesa de 1976 o la brasileña de 1988, el fundamento del control de las omisiones legislativas, señala el TC, debe ubicarse no solo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad en tutela de los derechos fundamentales, que se ha venido desarrollando en los últimos años, a través de las sentencias interpretativas, aditivas y exhortativas. Esto es que, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido extraordinariamente suplir o alertar al legislador a efectos de cumplir con su actuación legislativa en un plazo razonable, para no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad.

En esta dirección, el Tribunal Constitucional, fundamentándose en la doctrina, ha reafirmado la necesidad de la inclusión del control de las omisiones, entre otras razones, en virtud a:

- a) La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución,
- b) La reivindicación de la naturaleza social del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales;
- c) La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución;
- d) La naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y,
- e) La necesidad de tomar en serio las obligaciones constitucionales, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, de lo hasta aquí desarrollado podemos concluir que el control de constitucionalidad por omisión, más que una competencia no prevista es una típica competencia implícita, pues viene siendo ejercida por el TC en reiterada jurisprudencia. No obstante, conviene hacer mención al caso de Ecuador, que además de contemplar en forma expresa esta competencia, señala en el artículo 436

⁹¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *“Elementos de Derecho Constitucional”*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 95. En LANDA ARROYO, César. *“Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional”*, (...) Ob. Cit., p. 111.

inciso 10 de su Constitución que, si transcurrido el plazo establecido por la Constitución o por la Corte Constitucional la omisión persiste, la Corte Constitucional, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley, es decir, en este país su Tribunal Constitucional actúa como legislador positivo *provisional*.

2.3.2. El control de constitucionalidad de las normas infralegales

Si bien es cierto que el proceso por excelencia diseñado para el control de las normas subordinadas a la ley es la Acción Popular⁹², proceso que a tenor de la Constitución de 1993 es de competencia exclusiva del Poder Judicial; sin embargo, no falta quienes consideran que dicha competencia debe ser transferida al TC, a fin de que sea este órgano el que concentre el conocimiento de los procesos de defensa de la legitimidad constitucional.

Precisamente esta postura quedó plasmada en el Anteproyecto de Ley de la Reforma Constitucional del año 2002, cuyos artículos 61 y 209 señalaban lo siguiente:

“Artículo 61.- Hay acción popular ante el Tribunal Constitucional por infracción a la Constitución y de la ley, contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”.

“Artículo 209.- El Tribunal Constitucional es competente para: 1. Tramitar y resolver en instancia única los procesos de inconstitucionalidad y los de acción popular...”⁹³.

No obstante, dicha reforma constitucional no llegó a ser aprobada, por lo que el proceso de acción popular sigue siendo de competencia exclusiva del Poder Judicial; sin embargo, ello no ha sido óbice para que el TC, a través de su jurisprudencia se haya encargado de precisar los casos en los que sí resulta posible pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de un reglamento al conocer otros procesos constitucionales de su competencia. Estos casos son los siguientes:

1. Cuando la norma reglamentaria es inconstitucional por conexión o consecuencia con una ley que es declarada inconstitucional en un proceso de

⁹² El artículo 200 inciso 5 de la Constitución dispone que la acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquier sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución y la ley.

⁹³ Congreso de la República, Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, Lima, 2002, p. 175.

inconstitucionalidad. (Exps. Nros.. 0045-2004-PI/TC (F.74) y Acumulados 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (F. 103), Acumulados 0009-2009-PI/TC, 00015-2009-PI/TC, 00029-2009-PI/TC).

2. Cuando el reglamento reproduce el contenido de una norma legal declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad.
3. Cuando conoce de un amparo contra norma reglamentaria autoaplicativa (Exps. Nros. 4677-2004-PA/TC, 03116-2009-PA/TC y 00051-2011-PA/TC).

En los dos primeros supuestos, el Tribunal Constitucional estaría declarando por conexidad la inconstitucionalidad de los reglamentos y disposiciones infralegales que están directamente vinculados a la ley inconstitucional. Ello se desprende de lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional que señala que: “*La sentencia que declara la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extender por conexión o consecuencia*”. Entonces, a tenor de lo señalado en el citado artículo 78, la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal (*secundum constitutionem*), otorgaría subsidiariamente al Tribunal Constitucional, la facultad incidental de valorar la inconstitucionalidad por conexión de una norma infra legal (*secundum legem*).

En el tercer supuesto, el control de constitucionalidad de normas infra legales, pero esta vez a través de un proceso de tutela de derechos y no de inconstitucionalidad, se encuentra en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, al disponer que los jueces constitucionales pueden inaplicar una norma autoaplicativa cuando sus actos supongan una amenaza o violación constitucional. En este caso, el TC va a realizar el control difuso de la norma *secundum legem*.

De lo señalado líneas arriba podemos concluir que, aun cuando es propio de la justicia constitucional que el TC o quien haga sus veces se encargue del control constitucional de las normas legales; el TC está facultado para pronunciarse sobre las normas conexas o aquellas que han sido dictadas como consecuencia de la ley impugnada. Es decir que, sin perjuicio de que la demanda esté orientada a la expulsión de una norma con rango de ley, el TC podrá declarar la inconstitucionalidad de normas no demandadas en el petitorio, pero que están directamente vinculadas con la norma que se está separando del sistema jurídico. La norma adicional viciada por conexión a la inconstitucional puede ser otro artículo del mismo cuerpo de ley que

fuera impugnado parcialmente o puede ser una norma de inferior jerarquía que desarrolle a la norma legal declarada inconstitucional. Por lo tanto, consideramos que el control de constitucionalidad de normas infralegales es una competencia implícita antes que una competencia no prevista, pues viene siendo ejercida por el TC a través de su reiterada jurisprudencia.

2.3.3. El control previo de tratados:

Todo control preventivo o control previo busca evitar la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, a través de un examen de constitucionalidad de los dispositivos legales antes de su promulgación y de los tratados internacionales antes de su ratificación por el Presidente de la República (artículo 56º de la Constitución).

De este modo, el control preventivo en materia de tratados, busca que previo a su ratificación, el Presidente de la República debe someter los tratados internacionales al Tribunal Constitucional, a efectos de que éste ejerza sobre ellos el control previo de constitucionalidad, con el fin de evitar la transgresión de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en especial los artículos 26, 27 y 31, al concretar el control antes de que el tratado obligue y genere responsabilidad internacional por el respectivo Estado.

En cuanto a los efectos de la sentencia dictada en un proceso de control previo de tratados, la misma es vinculante para el Congreso y el Poder Ejecutivo; por lo que en aquellos casos en los que el tratado internacional sea reputado constitucional, la decisión impide que, posteriormente, el mismo tratado sea cuestionado por inconstitucional ante el TC o cualquier juez o tribunal por los mismo motivos que valoró el TC. Sin embargo, existen países en los que la sentencia no es vinculante sino consultiva.

Habiendo señalado las características generales de este tipo de control constitucional, cabe hacer un breve análisis de los países de la región cuyos Tribunales y Cortes Constitucionales ejercen esta competencia. Así tenemos el caso de Ecuador, cuya Constitución determina en su artículo 438, inciso 1º, que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. En el caso de Bolivia, el artículo 202 de su Constitución señala que constituye una atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional, conocer y resolver

el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales. En el caso de Colombia, el artículo 241° inciso 10 de su Constitución señala que la Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. El trámite para ejercer este control es el siguiente: el Gobierno remite a la Corte Constitucional el Tratado materia de control, dentro de los seis días siguientes de haber sido sancionado, recepcionado el tratado, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad, luego de lo cual la Corte emite sentencia, que puede generar las siguientes consecuencias:

1. Si la Corte declara constitucional el tratado, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no será ratificado.
2. En el caso de tratados multilaterales, cuando una o varias normas sean declaradas inexecutable, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento, formulando la correspondiente reserva.

De lo antes señalado se puede ver, que a diferencia de Ecuador y Bolivia, en el caso de Colombia, el control que realiza la Corte Constitucional no sólo es sobre el tratado sino sobre la ley del Congreso que aprueba dicho tratado⁹⁴.

Un caso particular es el de Chile, pues los incisos 1 y 3 del artículo 93 de la Constitución precisan que el Tribunal Constitucional es competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten un tratado antes de su promulgación; así como para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Es decir, el control que ejerce el Tribunal Constitucional chileno, es un doble control: previo sobre el tratado antes de su promulgación, y posterior sobre toda ley que interprete un tratado.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Ecuador, Bolivia, Colombia y Chile, donde el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer en única instancia, del control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el

⁹⁴ Precisamente, en la sentencia N° C-468/97 de 25 de setiembre de 1997, la Corte Constitucional colombiana fundamenta las razones por las cuales procede dicho control, al señalar que estas leyes de aprobación se caracterizan porque: i) pretenden exclusivamente permitir que el país se relacione jurídicamente con otros Estados, toda vez que la aprobación de un tratado por medio de una ley es una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente, ii) son normas especiales que regulan materias específicas, pues sus objetivos están señalados expresamente en la Constitución, iii) respecto a ellas el legislador goza de una libertad menor que en relación con las leyes ordinarias, en la medida en que no puede modificar su contenido pues sólo puede a través de ellas aprobar o improbar un tratado, de modo total o parcial; iv) ocupan un lugar particular en el ordenamiento jurídico, ya que no pueden ser derogadas por una ley posterior, ni ser sometidas a un referéndum derogatorio, pues es necesario asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por parte del Estado colombiano; y, v) no pueden ser empleadas para regular otros temas, pues el legislador no es totalmente libre de escoger el tipo de leyes para configurar el derecho interno, por cuanto la Constitución predetermina el contenido de ciertas formas jurídicas. En HUERTA GUERRERO, Luís Alberto, "El Tribunal Constitucional del Perú ..." *Ob. Cit.*, pp. 206-208.

Presidente de la República, en el caso del Perú nuestro TC no cuenta con esta competencia; no obstante ello, como los tratados internacionales son normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, el control que ejerce nuestro TC sobre los mismos es un control represivo o posterior; como en el caso de Brasil, cuyo artículo 102 numeral 2, inciso 3.2 de su Constitución señala que: *“Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: (...) 3. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: (...) 2. declárese la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal”*.

Entre las sentencias emitidas por el TC peruano en las que se ha ejercido este tipo de control tenemos las demandas de inconstitucionalidad contra los Tratados de Libre Comercio celebrados por el Perú con Chile (Exp. N° 002-2009-AI/TC), y con la República Popular China (Exp. N° 0021-2010-AI/TC).

En consecuencia, nuestro TC no tiene competencia para ejercer el control preventivo de los tratados internacionales, debido a que el control constitucional que ejercemos en el Perú es un control represivo o posterior, basado en el principio de presunción de constitucionalidad de las normas⁹⁵;

Por lo tanto, **el tema en cuestión pasa por determinar si es conveniente incorporar a nuestro ordenamiento un control previo de constitucionalidad.**

Antes de responder esta pregunta, es necesario señalar que los sistemas de control previo de constitucionalidad pueden ser tres:

1. *El sistema único de control previo*; cuyo prototipo es el francés, es un control facultativo que está a cargo del Consejo Constitucional, que tiene por misión controlar la constitucionalidad de las leyes orgánicas y ordinarias, de los reglamentos parlamentarios y de los tratados internacionales.
2. *El sistema mixto; que combina el control preventivo y el control posterior*. Entre los países que adoptan este sistema se encuentra Portugal, Costa Rica, Chile, entre otros.

⁹⁵ Zagrebelsky señala que en todo control “a posteriori” opera el “privilegio del legislador”, según el cual, la ley es vinculante para todos, y por consiguiente, su eficacia queda preservada de los ataques que pueda sufrir en nombre de la Constitución hasta que no se haya pronunciado el Tribunal o Corte Constitucional, lo que supone una garantía frente a la posibilidad de que alguien pueda poner en cuestión su eficacia en cualquier momento; por lo que la autoridad legislativa tiene derecho a la exigibilidad de sus actos sobre la base de la presunción de legitimidad de la norma. En ZAGREBELSKY, Gustavo, *“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”*, Editorial Trotta, Madrid, Segunda Edición, 1997, p. 63.

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

En cuanto a la naturaleza jurídica del control previo, hay quienes consideran que es un auténtico control de constitucionalidad, y hay quienes niegan esta naturaleza y más bien le dan un carácter consultivo y de orden político.

Los defensores de la primera teoría sostienen que el control previo no es un control político sino netamente jurídico y que la decisión del TC no es consultiva sino vinculante, además sostienen que en el control previo el juez constitucional no actúa como legislador, pues no fija los términos en que debe subsanarse o dictarse la ley para que sea constitucional, sino que únicamente se limita a declarar la invalidez de la norma señalando el vicio de constitucionalidad cometido y dejando a la esfera de discrecionalidad del legislador el contenido de la norma.

En cambio, quienes niegan la naturaleza jurisdiccional del control previo, señalan que los tratados que aún no han sido aprobados o los proyectos de ley que son materia de control, si bien son relevantes para el derecho, no tienen utilidad, porque aún no forman parte del ordenamiento jurídico; por lo que la sentencia dictada por el TC vía control previo es incapaz de inaplicar una norma con el fin de restablecer el orden jurídico vulnerado, pues dicha norma al no haber entrado en vigencia no llegó a formar parte del ordenamiento jurídico y por tanto no llegó a vulnerar el bloque de constitucionalidad, que es el único aspecto que hace válida la intervención jurisdiccional del TC, de ahí que lo que emita el TC en este tipo de procesos es una mera opinión consultiva que puede o no ser vinculante para el legislador. Señalan además que, el TC en el control previo actúa como un cuasi legislador positivo.

Del análisis de ambas posturas se puede observar que mediante el control previo de constitucionalidad se evita la aprobación de normas inconstitucionales a través de una depuración a priori de los proyectos de ley o de los tratados no ratificados. A través del control previo se adelanta el análisis de constitucionalidad, ahorrando tiempo y dinero y evitando eventuales daños que podrían causar normas inconstitucionales; sin embargo, este control no siempre va impedir que una norma inconstitucional nazca, pues la intervención del TC a través del control previo en el proceso de formación de las leyes no es de oficio, y muchas veces es meramente consultiva.

Por lo tanto, la principal ventaja del control previo de constitucionales es que evita que actos normativos contrarios a la Constitución nazcan y generen efectos jurídicos durante su vigencia, es decir, evita la inseguridad jurídica y fortalece la supremacía constitucional; no obstante su principal objeción en los países en los que se encuentra prevista es que la sentencia emitida por el TC no es vinculante, lo que implica una pérdida de tiempo, pues aun cuando el TC encuentre vicios de inconstitucionalidad en el proyecto de ley, el legislador podría hacer caso omiso y aprobarla, pudiendo dicha norma ser posteriormente declarada inconstitucional a través de un control a posteriori. Otra objeción por parte de aquellos países que han previsto este tipo de control previo es el uso abusivo de la consulta constitucional, pues es utilizada para entrapar la aprobación de determinadas leyes por razones políticas, como en el caso de España que tuvo que eliminar dicha institución. Es decir, se presta para que la oposición o ciertos grupos de interés atrasen o maniobren un proyecto de ley, poniendo al TC en un papel que no le corresponde. Finalmente, un punto que también es cuestionado es el referido al tiempo con que cuenta el TC para conocer y resolver la consulta planteada, pues en países como Costa Rica, el plazo que tiene la Sala Constitucional para resolver la consulta desde que ésta es recibida es de tan sólo un mes, plazo que resulta insuficiente si tenemos en cuenta el tiempo que se requiere para resolver un proceso tal complejo como el de inconstitucionalidad. Precisamente este problema se vio evidenciado en el mencionado país cuando su Tribunal tuvo que resolver el caso del TLC con Estados Unidos.

En conclusión, si nuestro país quisiera adoptar este instrumento de control previo de tratados, tendría que regular expresamente esta competencia a favor del TC a través de una reforma constitucional, debido a las ventajas que genera, pero sin dejar de establecer determinados mecanismos que impidan su mal uso, como restringir o agravar la legitimidad para solicitar la consulta, o establecer un plazo prudencial para resolver la demanda planteada, etc.

En ese mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la STC N° 00018-2009-AI/TC, al declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Callao, contra la Resolución Legislativa N° 27998, que aprobó la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, bajo el siguiente fundamento:

“Que la doctrina constitucional reconoce dos tipos de control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales: uno previo o preventivo y otro posterior o represivo. El *control previo* supone la realización de un examen de constitucionalidad del tratado por un órgano *ad hoc*, especializado y autónomo antes de su aprobación, ratificación o entrada en vigor, mientras que el *control posterior* supone la realización de dicho examen de constitucionalidad una vez producida la incorporación del tratado en el derecho interno. Ahora bien, no obstante que la tendencia del derecho constitucional comparado se inclina por el *control previo* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, la Constitución del Perú ha optado por el denominado *control posterior*. Asimismo, cabe precisar que lo dispuesto en el *segundo párrafo* del artículo 57º de la Constitución – *referido a que si un tratado afecta disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República* –, no constituye en estricto un control previo de constitucionalidad de los tratados en tanto que el examen de constitucionalidad no está a cargo de un órgano *ad hoc* y especializado. Que la diferencia sustancial entre los dos sistemas radica en que el *control previo* busca prevenir precisamente las eventuales contradicciones que pudieran surgir luego de la entrada en vigor o incorporación del tratado en el ordenamiento jurídico; ello afirmaría la coherencia normativa y lógica del sistema de fuentes y evitaría la inseguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional del Estado, además de fortalecer la supremacía constitucional, lo cual no sería posible con un control posterior de constitucionalidad de los tratados; es por tanto conveniente la implementación en estricto de un sistema de *control previo* de constitucionalidad de los instrumentos internacionales (tratados), previa reforma constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 206º de la Constitución”. (el subrayado nos corresponde).

2.3.4. El control de los decretos que declaran los estados de excepción

Se consideran estados de excepción aquellas situaciones extraordinarias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, frente a las cuales resultan insuficientes las facultades ordinarias.

Los estados de excepción se encuentran regulados en el artículo 137º de la Constitución, el cual comprende dos situaciones:

1. El estado de emergencia (artículo 137º, inciso 1); y
2. El estado de sitio (artículo 137º, inciso 2).

El estado de sitio se decreta ante situaciones que atentan contra la integridad territorial de la Nación, tales como casos de invasión, guerra exterior o guerra civil. En este último postulado se aplica las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, principalmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 aprobados mediante Resolución Legislativa N.º 12412 de 31 de octubre de 1955 y promulgada el 5 de noviembre de 1955, y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, aprobados mediante Resolución Legislativa N.º 25029 del 31 de mayo de 1989 y promulgada el 1 de junio de 1989, entre otras normas complementarias.

El estado de emergencia, por su parte se da en el caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Los países que cuentan con esta atribución son Ecuador, Venezuela y Colombia. En el caso de Ecuador, el artículo 436 inciso 8 de su Constitución le reconoce a su Tribunal Constitucional la atribución de efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.

Asimismo, la Constitución de Venezuela, determina en su artículo 336º inciso 6º, que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia *“revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República”*. Sin embargo, en este país se da un caso particular, pues los estados de excepción no sólo son declarados por el Presidente de la República, sino por los Gobernadores, por lo que en este tema existe un vacío en la Constitución venezolana⁸⁹.

⁸⁹ En la sentencia dictada en el Expediente N.º 02-1667 de 07 de agosto de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, tuvo ocasión de resolver el control de constitucionalidad presentada por la Gobernadora del Estado Portuguesa, sobre el Decreto N.º 433 de 21 de junio de 2002, mediante el cual decretó Estado de Alarma en dicha provincia en uso de la facultad contenida en el artículo 106, numeral 18 de la Constitución del Estado Portuguesa que disponía, entre las atribuciones del Gobernador declarar el estado de emergencia dentro del territorio del Estado. En dicha ocasión, la Sala Constitucional declaró no ha lugar lo solicitado de control constitucional del estado de excepción, bajo el argumento de que no existía norma en la Constitución o en la Ley nacional que atribuyera a órgano jurisdiccional alguno de la República, incluida la Sala Constitucional, el control de la constitucionalidad de los decretos emanados de los Gobernadores o Gobernadoras de Estado. Consulta: 10 de agosto de 2013. <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/2139-070803-02-1667.htm>>

En cuanto a la Constitución de Colombia, el artículo 241° inciso 7° señala que corresponde a la Corte Constitucional “*decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212°, 213° y 215° de la Constitución*”. Respecto a su trámite, los artículos 214 inciso 6° y 215 de la Constitución de Colombia señalan que el Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte durante los estados de excepción, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional los conocerá de oficio y en forma inmediata. Respecto a los tipos de control, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que se dan dos tipos de controles respecto a la decisión adoptada por el Gobierno al momento de decretar los estados de excepción, a saber: **i) Un control formal**, respecto a aspectos tales como la firma del Presidente y de los Ministros, la fijación del período de duración del estado de excepción, etc; y, **ii) Un control material**, a través del cual se busca establecer la existencia real de las circunstancias y hechos en los que se sustenta la declaración del estado de excepción.

Entre las razones esgrimidas por la Corte para realizar este control se encuentran: a) La Constitución atribuye a la Corte el control constitucional de los decretos legislativos dictados al amparo de los estados de excepción, sin hacer entre ellos distinción alguna; b) El control material es el único que asegura la supremacía de la Constitución en el sistema jurídico; y, c) Si se omite el control material, los poderes del Presidente, en la materia, serían supra constitucionales. Finalmente, respecto a los alcances del control que debe efectuar el Tribunal o Corte Constitucional sobre los decretos legislativos que el Gobierno expida declarando los estados de excepción, la Corte Colombiana señala que: **i) debe verificarse si existe una relación de causalidad y conexidad entre la medida legislativa y la situación que ha originado la declaratoria del estado de excepción, la cual debe ser “directa y específica”, ii) debe tomarse en cuenta la “proporcionalidad” de las medidas en relación a la gravedad de los hechos, y iii) debe verificarse si a través de estas normas se restrinjan de modo arbitrario los derechos fundamentales de la persona**⁹⁰.

En el caso peruano, nuestro TC no tiene competencia para efectuar un control de las circunstancias fácticas que dan lugar a las motivaciones de las normas de declaratoria de los estados de sitio y de emergencia económica y social, así como al

⁹⁰ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *La jurisdicción constitucional Colombia*. En: La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. Madrid: Editorial Dykinson, 1997, página 481. En HUERTA GUERRERO, Luís Alberto, “*El Tribunal Constitucional del Perú...*”, *Op. Cit.*, p. 214.

levantamiento de dichas medidas; sin embargo, ello no ha sido óbice para que nuestro tribunal tratara el tema de manera indirecta. Así en la STC N° 0017-2003-AI/TC en la que se analizó la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2°, 4°, 5°, incisos b), c), d), e) y h); y 8°, 10° y 11° de la Ley N° 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749, que regulan el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción, el TC reconoció que si bien la declaración del estado de excepción es un medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal; sin embargo, esto no significa que durante su vigencia, el poder militar pueda subordinar al poder constitucional y, en particular, que asuma las atribuciones y competencias que la Constitución otorga a las autoridades civiles, es decir, que dicha declaración no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales.

Otra sentencia en la que el TC tuvo ocasión de abordó indirectamente el tema fue la STC N° 0002-2008-AI/TC. En dicha sentencia, el TC no sólo recordó quién era la persona facultada para decretar los estados de excepción, sino que además estableció los límites de dicha facultad. De esta forma, el TC señaló que de acuerdo con las facultades establecidas en el inciso 18) del artículo 118º y el artículo 164º de la Constitución, la dirección del Sistema de Defensa Nacional recae en el Presidente de la República, quien tiene la facultad exclusiva de decretar cualquiera de los estados de excepción contemplados en el artículo 137º, con el acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, sin embargo, señaló que la decisión para decretar un estado de excepción no solo radica sobre quién es el competente para tomarla sino que esta figura ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibrio de poderes. Por esta razón, precisó que la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político; concluyendo que si bien la declaratoria de un estado de excepción conlleva a una temporal concentración de poder, ésta se encuentra circunscrita al derecho.

Como se puede observar, la declaratoria de un estado de excepción depende del análisis de cada caso concreto por parte de la autoridad competente. El estado de excepción es, por su propia naturaleza, una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado.

Pero qué sucede si se decretara un estado de emergencia fuera de estos casos excepcionales?. Es acaso necesario que un Tribunal Constitucional tenga que controlar este tema?. Creemos que sí, ya que puede darse el caso que las medidas adoptadas en mérito a la declaración del estado de excepción resulten desproporcionadas con relación a la gravedad de los hechos, afectando y restringiendo en forma arbitraria los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, como quiera que nuestro ordenamiento jurídico no le ha otorgado competencia al TC, sería necesario incorporarla o en su defecto esperar a que nuestro Tribunal concrete jurisprudencialmente dicha competencia, a través de los procesos de tutela.

2.3.5. El control del procedimiento de reforma constitucional

El control del procedimiento de reforma constitucional o el control de constitucionalidad preventivo sobre proyectos de reforma constitucional se concreta en tres países de la región: Bolivia, Colombia y Chile.

En el caso de Bolivia, el artículo 202 inciso 10 de su Constitución, señala que es atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional resolver *“la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución”*. Asimismo en Colombia, el artículo 241 inciso 1° de la Constitución, precisa que corresponde a la Corte Constitucional *“decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”*. Finalmente, en Chile, el artículo 93 inciso 3 de su Constitución, establece que corresponde al Tribunal Constitucional *“resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”*.

Como se podrá ver, la diferencia entre los tres sistemas de control está que en el caso de Colombia, el control se desarrolla sólo sobre el procedimiento de la reforma mientras que en los casos de Chile y Bolivia, este control no se restringe al aspecto procedimental de la reforma, sino que, abarca un control sustantivo.

En el caso del Perú, nuestro TC no tiene esta competencia como control preventivo, pues como señalamos líneas arriba, nuestro sistema de control constitucional no es

a priori sino *a posteriori*, por lo que si se quisiera llevar a cabo un proceso de reforma constitucional sin respetarse el procedimiento previsto en el artículo 206° de la Constitución, no habría posibilidad de cuestionar el referido “proyecto de reforma”; sin embargo, el TC sí podría ejercer un control sobre la reforma constitucional, ya sea por la forma o por el fondo.

Sin embargo, lo interesante de este punto es respondernos la siguiente pregunta:

¿Es legítimo que el Tribunal Constitucional pueda controlar una reforma constitucional?

Para responder esta interrogante Jorge Carpizo⁹⁶ partió por diferenciar entre el control de una reforma constitucional aprobada en un referendo y el control de una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución

1. *Respecto a la pregunta de si el Tribunal Constitucional puede controlar una reforma constitucional aprobada en un referendo*, Carpizo señala que aun cuando la Constitución le atribuya expresamente dicha facultad, el Tribunal no puede examinar o controlar el “aspecto material” de la reforma constitucional aprobada por referendo, porque de hacerlo, estaría controlando la voluntad popular, es decir, la voluntad del poder constituyente originario, y se estaría ubicando por encima de la voluntad soberana del pueblo, convirtiéndose en un poder sin límites. Sin embargo, Carpizo admite la posibilidad de que el Tribunal puede controlar el “aspecto procedimental” de una reforma constitucional aprobada por referendo, siempre y cuando que esta competencia se encuentre expresamente señalada en la Constitución, sin ninguna ambigüedad.
2. *Respecto a la pregunta de si el Tribunal Constitucional puede controlar una reforma constitucional aprobada en por el órgano revisor de la Constitución*, Carpizo considera que si la Constitución no le otorga al Tribunal Constitucional la facultad para controlar una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución, y a pesar de ello el Tribunal se atribuye dicha función a través de una interpretación, no sólo estaría sobrepasando su competencia como órgano constituido primario y usurpando funciones que no le corresponden, sino que además estaría rompiendo la idea de que los órganos constituidos son poderes limitados que sólo pueden ejercer las facultades

⁹⁶ CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites (...)*, Ob. Cit. pp. 79-106

expresas que la Constitución le señale, sin usurpar funciones de otros poderes y sin equipararse al poder constituyente; por lo que dicho autor concluye que no es aceptable la tesis de que el Tribunal Constitucional no necesita facultad expresa para poder controlar una reforma constitucional, pues no resultaría lógico que la Constitución omita otorgar una función tan importante como esta. Carpizo considera que la única forma que el Tribunal Constitucional pueda ejercer la facultad de control de una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución, es si la propia Constitución le atribuye expresamente dicha facultad.

Ahora bien, quienes consideran que el Tribunal Constitucional sí posee la facultad de control sobre una reforma constitucional, señalan que los Tribunales Constitucionales son los órganos de cierre del sistema constitucional encargados de proteger los principios y valores fundamentales que subyacen a la Constitución y que constituyen sus límites materiales implícitos; por lo que se encuentran legitimados a impedir que una reforma constitucional vulnere dichos valores materiales y principios fundamentales (Por ejemplo, una reforma constitucional que pretenda cambiar el régimen político democrático a una monarquía o, una reforma constitucional que infrinja las cláusulas pétreas de la Constitución).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha optado por esta última postura, por lo que en la actualidad viene ejerciendo dicha competencia de control de reformas constitucionales, pero únicamente de aquellas reformas aprobadas por el Congreso en aplicación del artículo 206 de la Constitución, bajo el siguiente argumento: *“El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado”* (Fundamento 35 de la STC N° 014-2002-AI/TC).

Finalmente, es necesario resaltar que hasta la fecha no se ha presentado una demanda de inconstitucionalidad contra una reforma constitucional aprobada por referendo. Consideramos que de presentarse este último supuesto, el Tribunal Constitucional no podría ejercer ningún tipo de control, pues un poder constituido

primario (Tribunal Constitucional) no puede estar por encima de un órgano constituyente (el pueblo).

2.3.6. El control constitucional de los proyectos de ley observados por el Poder Ejecutivo

Cuando hablamos del control constitucional de los proyectos de ley observados por el Poder Ejecutivo, no nos estamos refiriendo a cualquier observación o veto que hace el Presidente de la República o el Poder Ejecutivo a las leyes aprobadas por el Poder Legislativo o Parlamento, sino únicamente a aquella observación u objeciones de inconstitucionalidad, sean éstas por la forma o por el fondo.

Esta competencia la encontramos reconocida en los textos constitucionales de Ecuador, Bolivia, Chile y Colombia.

En el caso de Ecuador, el inciso 3° del artículo 438 de su Constitución, señala que corresponde a la Corte Constitucional emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre las *“Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes”*.

En el caso de Bolivia, el inciso 7° del artículo 202 de su Constitución, prescribe que su TC es competente para conocer y resolver *“Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio”*.

En el caso de Chile, el artículo 93 inciso 3°, señala que es atribución del TC, *“Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley”*.

Finalmente, en el caso de Colombia, el inciso 8° del artículo 241 de su Constitución señala que corresponde a la Corte Constitucional *“decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”*. Respecto al procedimiento para ejercer este control, los artículos 165° y 167° de la Constitución de Colombia señalan que una vez aprobado un proyecto de ley por el Senado y la Cámara de Representantes, pasa al Gobierno

para su promulgación, si éste lo observa por inconstitucional pero las Cámaras insisten en su aprobación, el proyecto pasa a la Corte Constitucional para que decida sobre su constitucionalidad; si el fallo de la Corte no declara la inconstitucionalidad, obliga al Presidente a promulgar la ley, pero si lo declara inconstitucional ya sea por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación, se archivará el proyecto.

En el caso de Perú, no se encuentra contemplado el control de constitucionalidad de los proyectos de ley como una atribución o competencia del TC; por lo que, de presentarse el caso que el Presidente de la República observe una ley aprobada por el Legislativo alegando que es inconstitucional, únicamente se procederá conforme al procedimiento regulado en el artículo 108 de la Constitución, que señala lo siguiente: *“La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”*.

Respecto a las razones a favor y en contra de adoptar este control previo de proyectos de ley nos remitimos a lo señalado en el punto 2.3.3 del presente capítulo.

2.3.7. El control constitucional a las convocatorias a consultas populares y plebiscitos.

Entre los países de América del Sur que cuentan con esta competencia se encuentran Ecuador, Colombia y Chile. En el caso de Ecuador, el inciso 2° del artículo 438 de su Constitución, señala que corresponde a la Corte Constitucional emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre: *“Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados”*. La Constitución de Colombia en cambio, señala en los incisos 2° y 3° del artículo 241 que son funciones de su Corte Constitucional: **i)** *“Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación”,* y **ii)** *“Decidir sobre la*

constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización". Finalmente, la Constitución de Chile, señala en su artículo 93, inciso 5° que el TC es competente para: *"Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones"*.

De estos tres modelos, podemos ver ciertas diferencias, como por ejemplo en el caso de Chile el control se restringe únicamente a las convocatorias a plebiscitos, mas no a otro tipo de consultas populares, como los referéndums o referendos⁹¹, que si se encuentra contemplado en las Constituciones de Ecuador y Colombia, incluso en este último país, el control se extiende a la convocatoria a Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.

Otra diferencia sustancial radica en el tipo de control, por ejemplo, en Ecuador y Chile, este control es previo, así se advierte del texto constitucional chileno cuando señala que *"Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaran menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo"*. En cambio, en Colombia este control es mixto:

4. Será previo, cuando se pretenda controlar una convocatoria a un referéndum o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución. En este caso, el control tiene por único objeto examinar la constitucionalidad del acto de convocatoria del referendo para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación, por lo que la Corte, no puede ejercer un control de contenido respecto del texto mismo que se somete a referendo, ya que dicho examen sólo abarca el estudio de los posibles vicios de procedimiento en su formación.
5. Será posterior, cuando se pretenda controlar el referéndum sobre leyes, consultas o plebiscitos de orden nacional. En este caso, el control es sobre el acto que ya está formado, por lo que su objeto es examinar el contenido de la ley que hubiere sido aprobada, o fuere resultante de dicho referendo.

⁹¹ La distinción entre plebiscito y referéndum, radica fundamentalmente en que el plebiscito es un voto de confianza a la gestión política de un gobernante a fin de que el pueblo tome una decisión no plasmada en un texto normativo para que se pronuncie favorable o desfavorablemente, en tanto que el referéndum es la ratificación a un texto normativo, pudiendo tratarse de un referéndum *derogatorio*, si lo que se solicita es la derogación de la norma, *aprobatorio*, si lo que se busca es referendar la validez de una norma, y *constitucional*, si lo que se consulta es un proyecto de reforma constitucional.

Si bien nuestro Tribunal Constitucional no tiene competencia para ejercer un control previo a las convocatorias a consultas populares o plebiscitos, no existe inconveniente de que nuestro Tribunal pueda ejercer un control posterior sobre la norma o el acto aprobado en la consulta popular o plebiscito, como en el modelo colombiano.

2.3.8. El control de constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos

El control de constitucionalidad de la actuación de los partidos y organizaciones políticas de un país, tiene por finalidad velar por el mantenimiento del régimen político democrático, sancionando cualquier actuación que sea contraria a los valores y principios de la democracia que establece la Constitución. Lo que se busca a través de esta forma de control es evitar que los partidos políticos utilicen la violencia o la amenaza como métodos de acción política para promover el establecimiento de un sistema totalitario. En por esta razón que, en algunos países los Tribunales Constitucionales tienen competencias para proscribir la actuación de partidos políticos cuyo objeto sea destruir la democracia misma. Por ejemplo en República Dominicana, la actuación de los partidos debe realizarse con sujeción a los principios establecidos en esta Constitución (Art. 216 de su Constitución), por lo que el control último de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos también correspondería al Tribunal Constitucional.

En el caso de América del Sur, el único Tribunal Constitucional que cuenta con esta atribución es el de Chile. Así lo establece el inciso 10 del artículo 93 de su Constitución, cuando señala que es atribución del Tribunal Constitucional *“Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad (...). Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio”*. Este tipo de control lo puede ejercer cualquier ciudadano (acción pública) respecto de las personas que hayan sido responsables en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad de una organización política.

En el caso del Perú, esta competencia está encomendada al Jurado Nacional de Elecciones, prueba de ello es el caso del rechazo de la inscripción del partido político Movadef. En el mencionado caso, fue el Registro de Organizaciones Políticas (ROP) del Jurado Nacional de Elecciones quien rechazó la inscripción del partido Movimiento por Amnistía y Derechos Fundamentales (Movadef) por incumplimiento de los requisitos para la inscripción de partidos políticos. Según la resolución de dicha instancia, la tacha de la agrupación se debió a que incumplía con los requisitos formales que exige la Ley de Partidos Políticos, además de que tiene observaciones de no compromiso con el orden democrático. Entre las observaciones detectadas fueron: la doble afiliación de sus miembros, el incumplimiento del número de comités partidarios requeridos (solo 25 de los 65 requeridos estaban hábiles) y, la no precisión en la forma de elección de sus representantes.

En consecuencia, si bien nuestro TC no cuenta con esta competencia, sí puede ejercerla en vía indirecta, pues lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones puede ser objeto de una demanda de amparo contra resoluciones; por lo que no se hace necesaria la incorporación de esta competencia en nuestro ordenamiento.

2.3.9. Otras competencias atípicas

Además de las competencias ya señaladas, existen ciertas funciones adicionales que desarrollan algunos los Tribunales Constitucionales de la región, que distorsionan su propia naturaleza. Por ejemplo, la Constitución boliviana de 2009 regula en su artículo 202 inciso 8, la competencia para resolver las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto.

Otra competencia bastante atípica es la regulada en el artículo 241 inciso 6 de su Constitución colombiana, según la cual su Corte Constitucional decide sobre las excusas de las personas naturales o jurídicas que hayan sido citadas por cualquier comisión permanente del Congreso para dar declaraciones orales o escritas en sesión especial, frente a las cuales la Corte Constitucional deberá resolver en un plazo de 10 días, no sin antes escuchar al interesado en estricta reserva.

Asimismo, la Constitución de Venezuela, señala en su artículo 266, incisos 2 y 3, que son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente o Presidenta de la República o quien haga sus veces,

del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República.

Finalmente, tenemos el caso de la Constitución chilena, cuyo artículo 93 establece una diversidad de atribuciones muy particulares reconocidas a su Tribunal Constitucional, entre ellas: resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones; pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios; y, calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario para el cargo de Presidente de Estado y pronunciarse sobre su renuncia al cargo.

3. La Cláusula abierta de competencias

En algunos ordenamientos se establece la posibilidad de asignar mayores competencias a los Tribunales o Cortes constitucionales, ya sea a través de leyes de desarrollo, mediante la denominada autonomía normativa del tribunal o a través de una cláusula abierta o cláusula general de competencias, prevista por ejemplo, en los textos constitucionales de Ecuador (artículo 436) y Venezuela (artículo 266, inciso 9°). Esta cláusula se sustenta en el hecho de evitar el camino más difícil que es la reforma de la Constitución.

La otra cara de la moneda, la encontramos en la Constitución de Colombia, pues el artículo 241, que establece las funciones de la Corte Constitucional, parte por declarar lo siguiente: *“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”*; por lo tanto, la atribución de competencias a la Corte Constitucional colombiana, no es materia que pueda ser ampliada o desarrollada por el legislador, al haber sido regulada íntegramente por el Constituyente en su carta magna. Por lo que, el legislador se encuentra prohibido de asignar una nueva competencia de control a la Corte, caso contrario, vulneraría el propio texto constitucional. En

consecuencia, en Colombia, únicamente se pueden asignar a la Corte Constitucional nuevas competencias mediante una reforma constitucional.

Si bien el Perú no cuenta con una cláusula abierta o general de competencias en la Constitución de 1993, nuestro Tribunal Constitucional, haciendo uso de su autonomía procesal, ha extendido algunas competencias no previstas expresamente en la norma fundamental ni en su Ley Orgánica, mecanismo que resulta absolutamente válido y justificado si se tiene en cuenta que la finalidad última de todo Tribunal o Corte Constitucional es hacer uso de sus atribuciones como instrumentos de tutela objetiva de la Constitución y de garantía de los derechos fundamentales.

4. Algunos problemas y objeciones en relación a la asignación de nuevas competencias del Tribunal Constitucional peruano.

Las principales críticas que se han formulado a la posibilidad de asignar nuevas funciones y competencias a los tribunales constitucionales son las siguientes:

1. Se dice que el TC se convertiría en un poder ilimitado. Sin embargo, el Tribunal se encuentra subordinado a la Constitución. Además, no está exento de control, pues si bien no existe en la jurisdicción interna un órgano que revise las decisiones del TC, sin embargo, éstas pueden ser revisadas en la jurisdicción internacional por la CIDH.
2. Se afirma que otorgarle más poder a un solo órgano, genera tensiones con los demás órganos y poderes del Estado. Sin embargo, de la experiencia comparada, se puede ver que algunas de las competencias no previstas en nuestra actual Carta Magna en modo alguno interfieren en las competencias de otros poderes del Estado; por lo que su incorporación, ya sea a través de una reforma constitucional o a través del uso de la autonomía procesal del TC, no revisten mayores problemas ni objeciones.
3. Se argumenta que generaría mayor carga procesal, pues a mayores competencias, mayor número de procesos ante el TC. Sin embargo, esta objeción no se ajusta a la realidad. Por ejemplo en el año 2012 la carga procesal

que soportó el TC fue de 6,290 procesos⁹⁷, que se distribuyó de la siguiente manera:

- | | |
|---------------------------------------|----------|
| - 3,748 procesos de amparo | = 69.19% |
| - 909 proceso de habeas corpus | = 16.47% |
| - 71 procesos de habeas data | = 1.12% |
| - 216 procesos de cumplimiento | = 8.60% |
| - 21 procesos de inconstitucionalidad | = 0.57% |
| - 3 procesos competenciales | = 0.11% |
| - 265 quejas | = 3.95% |

Como se puede apreciar la mayor cantidad de expedientes se concentra en los procesos de amparo, que en su mayoría son de naturaleza previsional; por lo que de incorporarse nuevas competencias al TC, como el control previo de tratados o de proyectos de ley, no tendría mayor incidencia en el volumen de procesos que conoce el Tribunal. En todo caso, a fin de evitar el mal uso de las nuevas competencias, el legislador tendría que establecer determinados mecanismos que restrinjan su uso; por lo que no existe el peligro de una sobrecarga procesal.

En consecuencia, carecen de razón las críticas que se han formulado contra la posibilidad de asignarle al TC nuevas competencias. Además, la mayoría de las competencias no previstas desarrolladas en el presente capítulo vienen siendo utilizadas por el TC, por tratarse de verdaderas competencias implícitas, cuyo uso se encuentra debidamente justificado en base a los fines que persigue la justicia constitucional.

⁹⁷

Estos datos fueron extraídos de la Memoria 2012 del Tribunal Constitucional, p. 39. Consulta: 27 de diciembre de 2013. <<http://www.tc.gob.pe/audiencias/memoria/memoria-2012.pdf>>

CONCLUSIONES

1. Desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales con la Constitución de 1979, hasta el actual Tribunal Constitucional reconocido por la Constitución de 1993, este organismo se ha ido perfilando en el tiempo, dotándole de una serie de características y funciones que han delimitado su estructura y han definido sus límites y competencias.
2. Hoy en día el Tribunal Constitucional peruano es concebido como un órgano autónomo e independiente que tiene una naturaleza compleja, pues es considerado como un órgano constitucional y jurisdiccional, por lo tanto, aun cuando su organización, composición y estructura se encuentra regulada en la Constitución vigente y en su Ley Orgánica, su valor fundamental se centra en su legitimidad, la misma que se ve muchas veces mellada por la forma de elección de sus magistrados y por el periodo de permanencia en el cargo, por lo que se requiere de ciertos reajustes en estos rubros a efectos de no perder su posición y su valor como el máximo órgano que ejerce la justicia constitucional.
3. La posición primordial que tiene el Tribunal Constitucional en relación a las entidades sujetas al control constitucional no lo convierte en un órgano de control e interpretación constitucional ilimitado, pues tiene la obligación de ejercer sus atribuciones conforme a los límites que la propia Constitución ha establecido; por lo que es deber de esta institución autocontrolarse, más aun si nuestra Constitución no ha establecido la existencia de un órgano determinado encargado del control de las actuaciones del Tribunal Constitucional. Sin embargo, si el Tribunal se excediera en el ejercicio de sus atribuciones, existen controles meta constitucionales encargados de esta función, tales como el control supranacional ejercido por la CIDH, el control de la opinión pública, el control del Congreso y hasta el control del Presidente de la República.
4. De conformidad con el artículo 202 de la Constitución, las competencias de nuestro Tribunal Constitucional pueden clasificarse en: competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias no previstas. Respecto a las primeras, el Tribunal Constitucional tiene *competencia exclusiva* para conocer los procesos de inconstitucionalidad (acción de inconstitucionalidad) y los procesos de conflicto de competencia y/o de atribuciones, mientras que en los procesos de tutela de derechos (habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento)

conoce únicamente en última instancia a través del denominado recurso de agravio constitucional (RAC), pues la primera y segunda instancia se sustancian ante el Poder Judicial a través de sus Juzgados y Cortes competentes. En tanto que el Poder Judicial tiene competencia exclusiva para conocer los procesos de tutela derechos en primera y segunda instancia y el proceso constitucional de acción popular, aunque existe una fuerte tendencia por transferir esta última competencia al Tribunal Constitucional, a fin de que sea este órgano el que concentre el conocimiento de los procesos de defensa de la legitimidad constitucional.

5. En cuanto a las *competencias compartidas*, tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial tiene competencia para ejercer el control difuso de las normas legales. Y en cuanto a las *competencias no previstas*, algunos Tribunales y Cortes Constitucionales de la región tiene determinadas competencias que no han reconocida expresamente a favor de nuestro Tribunal Constitucional, como son: El control de las omisiones constitucionales, el control de constitucionalidad de las normas infralegales, el control previo de tratados, el control de los decretos que declaran los estados de excepción, el control del procedimiento de reforma constitucional, el control constitucional de los proyectos de ley observados por el Poder Ejecutivo, el control de las convocatorias a consultas populares y plebiscitos, el control de los estados de excepción, el control de la constitucionalidad de la actuación de los partidos políticos, entre otras.
6. De este catálogo de competencias no previstas, algunas como el control de omisiones legislativas y el control de constitucionalidad de normas infralegales, deben recibir el nombre de “competencias implícitas”, pues a pesar de no estar expresamente previstas en la Constitución vienen siendo ejercidas por nuestro Tribunal Constitucional porque concretizan las competencias que sí se encuentran previstas en la Constitución, pero bajo fórmulas genéricas.
7. Otras competencias no previstas, como el control de constitucionalidad de las actuaciones de los partidos políticos, han sido asignadas a otros órganos constitucionales, como es el caso del Jurado Nacional de Elecciones; por lo que el único control que puede ejercer el Tribunal Constitucional sobre este tipo de actos es un control indirecto, a través de una acción de amparo contra lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones.

8. En cuanto a las competencias no previstas de control previo de constitucionalidad de instrumentos internacionales (tratados), de convocatorias a consultas populares o plebiscitos, de proyecto de reforma constitucional y de proyecto de ley observados por el Poder Ejecutivo, deben ser incorporadas previamente en nuestro ordenamiento para que puedan ser ejercidas por el Tribunal Constitucional, porque nuestro sistema de control constitucional no es preventivo, sino posterior.
9. Como nuestra Constitución no contiene una cláusula abierta de competencias, se requiere de una reforma constitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 206 de la Constitución, para poder implementar nuevas competencias a favor del Tribunal Constitucional, salvo que se traten de competencias implícitas que no requieren de ningún reconocimiento legal para poder ser ejercidas por el Tribunal, pues su uso se encuentra justificado porque concretizan las competencias genéricas consagradas en el artículo 202 de la Constitución.
10. Una comparación de las competencias de nuestro Tribunal Constitucional con las asignadas a otros Tribunales y Cortes Constitucionales en América del Sur, nos permite afirmar que el Constituyente de 1993, a diferencia del de 1979, fue bastante conservador en cuanto a la posibilidad de otorgar mayores funciones a nuestro supremo intérprete de la Constitución, por ejemplo cualitativa y cuantitativamente hablando, se advierte que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, la Corte Constitucional de Colombia, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y el Tribunal Constitucional de Chile, tienen asignadas diez o más atribuciones o competencias, la mayoría de las cuales no se encuentran asignadas a nuestro Tribunal Constitucional; sin embargo, este hecho no ha impedido que nuestro Tribunal haya hecho uso de algunas competencias implícitamente reconocidas.
11. Existe una tendencia actual a sobrecargar a los Tribunales Constitucionales con funciones que ya encuentran implícitamente reconocidas a su favor, y peor aún, con funciones ajenas a las jurisdiccionales, que atrofian su naturaleza, como por ejemplo: interferir en las atribuciones de las comisiones permanentes del Congreso, resolver sobre inhabilitaciones constitucionales o legales de Ministros de Estado o de parlamentarios, calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario para el cargo de Presidente de Estado y pronunciarse sobre su

renuncia al cargo, o decidir si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República y de altos cargo del Estado.

12. La ampliación del catálogo de competencias a favor del Tribunal Constitucional no debe significar que se le está otorgando mayor poder a este órgano constitucional para que ejerza superioridad respecto de los demás órganos y poderes del Estado. En todo caso, será obligación y responsabilidad del propio Tribunal Constitucional autorregularse y autocontrolarse a fin de no generar tensiones que perjudiquen el sistema constitucional, que es el basamento de nuestro Estado de Derecho.
13. El desarrollo de la justicia constitucional ha ido moldeando la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, lo cual ha incidido directamente en su propia naturaleza, por lo que la actual realidad institucional del Tribunal Constitucional impone cambios necesarios y urgentes en determinados aspectos de su composición y estructura, a fin de mantener su independencia y autonomía, controlar los excesos del poder y tutelar los derechos fundamentales. En esa medida, la legitimación del Tribunal Constitucional depende de una regulación coherente que asegure su independencia y su propia capacidad de autolimitación, sólo así se podrá evitar incurrir en excesos que lo conviertan en un órgano arbitrario.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel

2004 *“Derecho Procesal Constitucional”*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

AJA, Eliseo

1998 *“Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual”*. Ariel, Barcelona.

ARAGON REYES, Manuel

1987 *“El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”*. REDC, año 07, N° 19.

BACHOF, Otto

2010 *“¿Normas constitucionales inconstitucionales?”*, Palestra Editores, Lima.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1997 *“Constitución de 1993 Análisis comparado”*. Tercera edición. Editorial Constitución y Sociedad. Lima, 1997.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl

1981 *“Cosa juzgada, vinculación de fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán”*. En: Revista Española de Derecho Constitucional, N° 01, Enero-abril, 1981.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

1980 *“Comentarios sobre la sentencia del TGC relativa al Decreto Legislativo N° 650”*. En Themis N° 22, Lima.

BLUME FORTINI, Ernesto

2013 *“La reforma del Tribunal Constitucional peruano”*, pp. 42-45. Consulta: 20 de junio de 2013.

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/5.pdf>>

BRAGE CAMAZANO, Joaquín

2006 *“Interpretación constitucional”*, En: Revista Cuestiones Constitucionales, N° 14, 2006, pp. 330-331.

CABALLERO OCHOA, José Luís

2000 *“Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”*, En Jurídica. Anuario del Departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 30, Universidad Iberoamericana, México.

CASTILLO CORDOVA, Luís

2008 *“El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial”*, Palestra, Primera Edición, Lima.

CARPIZO, Jorge

2009 *“El Tribunal Constitucional y sus límites”*, Editorial Jurídica Grijley, Primera Edición, Lima.

DIAZ REVORIO, Francisco Javier

2001 *“Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”*, Lex Nova, Valladolid.

2009 *“Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*. En: Estudios Constitucionales, N° 2, Año 7.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2005 *“Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica”*, Konrad –Adenauer-Stiftung, Argentina.

ETO CRUZ, Gerardo

2011 *“El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”*, Editorial Adrus, Cuarta Edición, Lima.

FAVOREU, Louis

1994 *“Los Tribunales Constitucionales”*, Ariel, Barcelona.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José

2002 *“La justicia constitucional europea ante el siglo XXI”*. Tecnos, Madrid.

FERRERES COMELLA, Víctor

1997 *“Justicia Constitucional y Democracia”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo

2004 *“Ensayos sobre derecho Procesal Constitucional”*, México, Porrúa y CNDH.

2002 *“Los tribunales constitucionales en Iberoamérica”*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C, México.

GARCIA BELAUNDE, Domingo

1988 *“El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales”*. En: Enfoques peruanos temas latinoamericanos N° 06: *“El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate”*, Fundación Friedrich Naumann, Segunda Edición, Lima, pp. 113 a 115.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

1985 *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*, Editorial Civitas S.A., Madrid.

GARCÍA RUIZ, José Luis y GIRÓN REGUERA, Emilia.

2012 *“El principio de competencia”*. *El sistema constitucional de fuentes del Derecho* Publicado por Derecho en Red. Consulta: 20 de abril de 2013.

<<http://www.derechoconstitucional.es/2012/02/el-principio-de-competencia.html>>

GARCIA TOMA, Víctor

2005 *“Teoría del Estado y Derecho Constitucional”*. Palestra Editores, Primera Edición, Lima.

GOMEZ MONTORO, Ángel.

1992 *“El conflicto entre órganos constitucionales”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P.

2010 *“Justicia constitucional y argumentación jurídica”*, Palestra Editores, Lima.

HUANCAHUARI PAUCAR, Carín

2012 *“El Recurso de Agravio Constitucional a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, En: *IUS – Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo - USAT*. Chiclayo, volumen II, número 4, pp.3-25.

HUERTA GUERRERO, Luís Alberto

2001 *“El Tribunal Constitucional del Perú (Apuntes para una reforma de sus competencias)”*. En *Las tareas de la transición democrática. Serie: Democracia N° 01*. Comisión Andina de Juristas, Lima.

LANDA ARROYO, César

2000 *“Justicia constitucional y political questions”*. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.º 4, CEPC, Madrid.

2003 *“Tribunal Constitucional y estado democrático”*, Palestra Editores, Segunda Edición, Lima.

2005 *“Antejudio Político”*, en Elecciones N. 5, año 4, ONPE, Lima.

2011 *“Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional”*, Palestra Editores, Primera Edición, Lima.

LOEWENSTEIN, Karl

1979 *“Teoría de la Constitución”*. Ariel, Barcelona.

MONROY CABRA, Marco Gerardo

2004 *“Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado Social de Derecho”*. En: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consulta: 27 de diciembre de 2013.

<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr3.pdf>>

MONTESQUIEU,

2000 *“El Espíritu de las Leyes”*. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Copyright by Tecnos, 1980. Reproducción parcial del Libro XI “De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la Constitución”, para Materiales de Derecho Constitucional, setiembre 2000. Consulta: 17 de octubre de 2012.

< <http://www.buenastareas.com/ensayos/Etretert/19685.html>>

MORAL SORIANO, Leonor

2002 *“El precedente judicial”*, Marcial Pons, Madrid.

NAWIASKY, Hans

1980 *“Teoría General del Derecho”*, Editorial Nacional, Segunda Edición, México.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto

2002 *“Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”*. Ponencia para el encuentro de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de Tribunales Supremos de América del Sur. Florianópolis, Brasil, junio de 2002. Consulta: 15 de noviembre de 2012.

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200003

2006 *“Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur”*. Palestra Editores, Lima.

2008 *“La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”*; Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 283-286, ISSN 0718-0195; Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 283-286. Consulta: 12 de enero de 2013.

<http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/La_integracion14.pdf>

PALOMINO MANCHEGO, José F.

2003 *“Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)”*, Grijley, Lima.

PÉREZ ROYO, Javier

1998 *“Curso de Derecho Constitucional”*. Marcial Pons, Quinta Edición, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2002 *“Justicia constitucional y derechos fundamentales”*. Trotta, Madrid.

2003 *“Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*. Palestra Editores, Lima.

RODRIGUEZ PATRÓN Patricia

2003 *“La autonomía procesal del Tribunal Constitucional”*, Civitas, Madrid.

2005 *“La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional”*, Iustel, Madrid.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

2006 *“En defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas”*, Instituto de Defensa Legal y la Facultad y Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta: 18 de octubre de 2012.

<http://www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf>

SAGÜÉS, Néstor Pedro

1989 *“Derecho procesal constitucional”*, Astrea, Buenos Aires.

SIMON, Helmut

1996 *“La jurisdicción constitucional”*. En: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid. p. 839.

STERN, Klaus

1987 *“Derecho del Estado de la República Federal Alemana”*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando

2008 *“La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur”*. Universidad Santiago de Cali.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco

1995 *“La Constitución y el Tribunal Constitucional”*. En *“La jurisdicción constitucional. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994”*, CEC, Madrid.

TRUJILLO RINCÓN, María Antonia

1987 *“La posición del Tribunal Constitucional en el sistema de los órganos supremos del Estado”*, Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988X, N° 5, 1987, pp. 107-119. Consulta: 15 de octubre de 2012.

<www.dialnet.uniriola.es/servlet/fichero_articulo?codigo=816260>

VALLÉS, Josep M.

2007 *“La política estatal: elementos, instituciones, formas de gobierno”*. En: *“Ciencia política: una introducción”*, Editorial Ariel, Barcelona.

ZAGREBELSKY, Gustavo

1997 *“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”*, Trotta, 2da. Edición, Madrid.

Congreso de la República del Perú: <<http://www.congreso.gob.pe>>

Comisión Andina de Juristas (Perú): <<http://www.cajpe.org.pe>>

Tribunal Constitucional del Perú: <<http://www.tc.gob.pe>>

Tribunal Constitucional de España: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>

Tribunales en el mundo: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/comparado/>>

ANEXOS



(*)	PERU	ECUADOR	COLOMBIA	VENEZUELA	BRASIL	BOLIVIA	PARAGUAY	URUGUAY	ARGENTINA	CHILE
Año en que se empezó el control constitucional	1979	1945 (1998)	1811	1811	1891	1826	1992	1934	1853	1833 (1971)
Modelo de control constitucional	Dual	Dual	Mixto	Mixto	Mixto	Mixto	Concentrado	Concentrado	Mixto	Mixto
TC / PJ	TC	TC	PJ	PJ	CS en pleno	TCP	PJ	CS en pleno	CS en pleno	TC
Denominación	Tribunal Constitucional	Corte Constitucional	Corte Constitucional	Sala Constitucional del Tribunal Supremo	Supremo Tribunal Federal	Tribunal Constitucional Plurinacional	Sala Constitucional de la Corte Suprema	Corte Suprema	Corte Suprema	Tribunal Constitucional
Constitución actual	1993	2008	1991	1999	1988	2009	1992	1997	1994	1980
N° magistrados	7	9	9	7	11	5	3	5	7	10
Duración en cargo (por años)	5	9	8	12	Hasta los 75 años	6	Hasta los 75 años	10	Indeterminado	9
Reelección inmediata	No	No	No	No	No	No	No	No	No	No
Magistrados suplentes	No	Si	No	Si	No	Si	No	No	Si	Si
Renovación parcial	No	Sí	No	No	No	No	No	No	No	Sí

COMPETENCIAS	PERU	ECUADOR	COLOMBIA	VENEZUELA	BRASIL	BOLIVIA	PARAGUAY	URUGUAY	CHILE
Control abstracto de normas legales: Proceso de inconstitucionalidad	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Resolver como última instancia en los procesos de amparo, cumplimiento, hábeas data y hábeas corpus	Sí (Algunos)	Sí (Algunos)	Sí (Algunos)	Sí	Sí (D e l)	Sí (Todos)	Sí	Sí	No
Conflicto de competencias y atribuciones	Sí	Sí	No	No	No	Sí	No	No	Sí
Control difuso de normas legales	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	no	No	Sí
Control constitucional de omisiones constitucionales	No	Sí	No	No	Sí	No	No	No	Sí
Control constitucional previo de tratados	No	Sí	Sí	No	No	Sí	No	No	Sí
Control constitucional de los decretos que declaran los estados de excepción	No	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No	No
Control constitucional previo del proyecto de reforma constitucional	No	No	Sí	No	No	Sí	No	No	Sí
Control constitucional previo a los Proyectos de Ley observados por el Poder Ejecutivo	No	Sí	Sí	No	No	Sí	No	No	Sí
Control constitucional a las convocatorias a consultas populares y plebiscitos	No	Sí	Sí	No	No	No	No	No	Sí
Control constitucional de la actuación de los partidos políticos	No	No	No	No	No	No	No	No	Sí