

COMITÉ EDITOR:

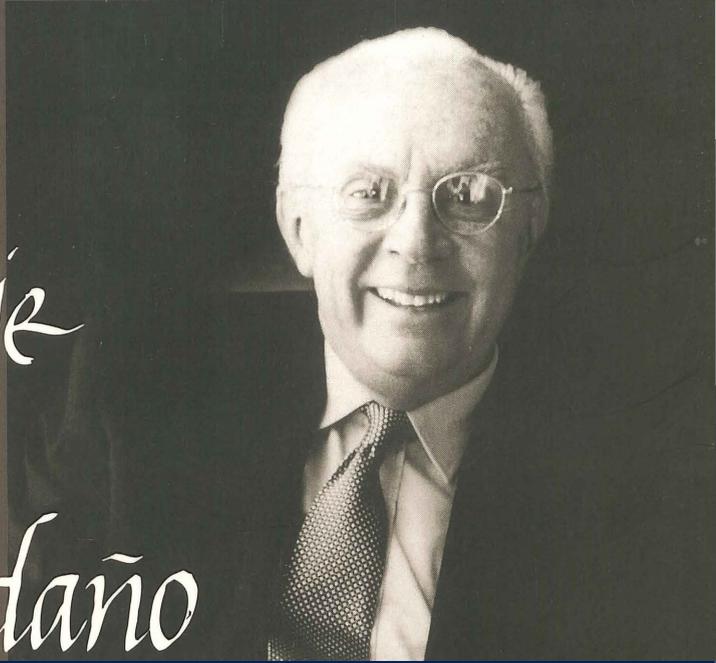
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

*Homenaje
a
Jorge
Avendaño*



Capítulo 23



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenaje a Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo I: 9972-42-646-7

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

La jurisdicción constitucional en el Perú: algunas propuestas para la reforma constitucional

Francisco José Eguiguren Praeli

AUNQUE SIEMPRE TENDRÉ EL RECUERDO imborrable de las clases de Derechos Reales y de Garantías que me dictara Jorge Avendaño hace treinta años, en épocas más recientes, he tenido la ocasión de conocer y compartir, muy cercanamente, su interés y actuación respecto de distintos temas constitucionales.

Tanto en su ejercicio como Decano del Colegio de Abogados de Lima como en su ulterior labor de congresista, Avendaño realizó diversas acciones y propuestas en defensa de la vigencia del Estado de Derecho y de la Constitución. Posteriormente, cuando integramos la Comisión de Estudio sobre las Bases de la Reforma Constitucional, convocada por el presidente Paniagua durante el Gobierno de Transición, realizó importantes aportes jurídicos especialmente en aspectos relacionados con el sistema de impartición de justicia y la función jurisdiccional. Por ello, estoy seguro de que el tema escogido como objeto de este trabajo resulta no sólo de particular interés para el maestro Avendaño, sino que aborda una materia en la que viene realizando sustantivos aportes.

1. Consideraciones previas

La existencia de un sistema de jurisdicción constitucional en el Perú resulta un suceso relativamente reciente, pues su aparición —con ri-

betes definidos— recién se produjo con la Constitución de 1979.¹ Su origen y evolución han estado bastante influidos por la Constitución española de 1978 y la labor de su Tribunal Constitucional, como lo revelan la adopción inicial de un Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) —en emulación a su homólogo de la Segunda República Española—, el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad y la noción de derechos fundamentales.

Sin embargo, la configuración de la jurisdicción constitucional en el Perú tiene también características peculiares, debido a que sus componentes suponen una yuxtaposición de elementos tomados de los dos modelos clásicos, lo que ha dado como resultado un sistema diferente respecto a otros ordenamientos latinoamericanos que han seguido similar proceso de mestizaje entre modelos supuestamente contrapuestos como los denominados difuso o americano, y concentrado o europeo.

Sin embargo, conviene precisar, como hemos sostenido en otras oportunidades,² que el establecimiento de un sistema de jurisdicción constitucional de tipo dual o mixto en el Perú, antes que producto de una decisión de índole teórica o conceptual, se explica más bien como el resultado de la incidencia de factores políticos y jurídicos concretos, que determinaron la incorporación parcial de elementos propios del modelo concentrado en un ordenamiento en el que, inicialmente, se había acogido el sistema de control judicial difuso sin sustituirlo o dejarlo de lado. Consideramos que ello ha sucedido tanto por las vacilaciones y el relativo desconocimiento técnico de los constituyentes y el Parlamento respecto a la estructuración del sistema de jurisdicción constitucional, como por la clara reticencia del Poder Judicial a

¹ Si bien el denominado recurso de *habeas corpus* se remonta a una ley de 1897, regulado posteriormente en el Código de Procedimientos Penales, y la prevalencia de la Constitución sobre la norma legal se estableció en el Título Preliminar del Código Civil de 1936, su sola existencia no basta para hablar de una jurisdicción constitucional; por lo demás, su aplicación concreta distó mucho de ser significativa y, menos aun, eficaz. Cf. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El hábeas corpus en el Perú*. Lima: UNMSM, 1979. Asimismo, véase EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad». *Lecturas sobre temas constitucionales*, n.º 7, pp. 17 a 59, 1991.

² Cf. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer – CIEDLA, 2000. En especial, pp. 66 y 67.

ver disminuidas su posición o atribuciones, en especial por la incorporación de un Tribunal Constitucional.

2. La Constitución de 1979: del control judicial de constitucionalidad a un sistema (dual o mixto) de jurisdicción constitucional

Pese a la gran influencia política e intelectual que ejerció entre nosotros el sistema constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, ninguna de las numerosas constituciones peruanas del siglo XIX ni las Cartas de 1920 o 1933 recogieron la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes o *judicial review*. Ni siquiera se consignaron normas que consagraran expresamente la supremacía constitucional; la única excepción fue la efímera Carta de 1856, cuyo artículo 10 establecía que será «nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución». Sin embargo, ella tampoco contempló ningún mecanismo o proceso para declarar o conseguir tal nulidad.

Nuestros antiguos constituyentes optaron por reservar en exclusividad al propio Poder Legislativo la apreciación de la constitucionalidad de las leyes, en una suerte de sistema político de control constitucional. Con ocasión del anteproyecto de Constitución elaborado en 1931 por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán,³ se propuso instaurar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes mediante el sistema de inaplicación en el caso concreto de la norma contraria a la Constitución, pero sin derogarla. De esta forma, se garantizaba que esta decisión (surgida en un proceso o juicio cualquiera) llegue, necesariamente en revisión y confirmación a la Corte Suprema. Lamentablemente, esta propuesta fue descartada por el Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933.

El control judicial por inaplicación de las normas inconstitucionales, sin embargo, llegó a plasmarse poco después en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. En esa norma, se señalaba que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere a la primera». En cambio, la Constitución de 1933 sí contempló, en su artículo 133, la acción popular como

³ Cf. VILLARÁN, Manuel Vicente. *Anteproyecto de Constitución de 1931*. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1962, pp. 77-78.

remedio para impugnar, ante el Poder Judicial, los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general dictados por el Poder Ejecutivo que contravengan la Constitución o la ley. Puede decirse, en verdad, que de poco sirvieron ambas normas para que se desarrollara en el país un efectivo control judicial de la constitucionalidad de las leyes, y de la sujeción de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo a la Constitución y al principio de legalidad. La pasividad, el formalismo y la sumisión frente al poder político, que caracterizaron mayormente a la actuación del Poder Judicial, lo impidieron en gran medida.⁴

Recién la Constitución de 1979, que entró formalmente en vigencia el 28 de julio de 1980, al asumir sus funciones el gobierno electo democráticamente y cesar el régimen militar, efectuó una transformación sustancial al instituir un sistema de jurisdicción constitucional cuyos rasgos principales fueron los siguientes:

- a) Se ampliaron las llamadas «Garantías Constitucionales». Así, se sumaron a las ya existentes (*habeas corpus* y acción popular) la acción de amparo, que servía para la defensa de los demás derechos constitucionales; y la acción de inconstitucionalidad, que se utilizaba contra las leyes y normas de rango legal que vulnerasen la Constitución.
- b) Se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales. Este tribunal tenía competencia para conocer en casación de las acciones de *habeas corpus* y amparo desestimadas en el Poder Judicial, así como —en forma directa y exclusiva— de la acción de inconstitucionalidad.

⁴ Argumentos tales como la inexistencia de leyes que regulen los procedimientos judiciales necesarios para efectivizar la aplicación de ambos artículos o la restricción de los alcances del artículo XXII exclusivamente a causas civiles fueron utilizados muchas veces por el aparato judicial para eximirse de dar cumplimiento a dichas normas. Recién al dictarse, en 1963, la Ley Orgánica del Poder Judicial, se incluyó el artículo 8 que dispone: «Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en Consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes». Lamentablemente, ello tampoco bastó para lograr la cabal aplicación de este proceso de control constitucional.

- c) El Poder Judicial tenía a su cargo el conocimiento inicial de las acciones de habeas corpus y amparo, así como la competencia exclusiva para la acción popular, proceso que se iniciaba ante la Corte Superior y concluía en la Corte Suprema.
- d) Se consagraba constitucionalmente, por primera vez, que cualquier juez, en todo tipo de procesos, debía preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a esta (control difuso). De esta forma, se observaba el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debía concluir, necesariamente, con una decisión de la Corte Suprema, cuyos efectos solo alcanzaban al caso concreto sin derogar la norma inconstitucional.

Como acertadamente señala Samuel Abad, la Carta de 1979 estableció un modelo peculiar de jurisdicción constitucional, que era ejercido, simultáneamente, por el Poder Judicial (en sus diversas instancias) y por un tribunal constitucional. «En algunos casos compartían determinadas competencias en un mismo proceso, tal como sucedía en el habeas corpus y el amparo, ya que el Poder Judicial actuaba como instancia y el TGC en casación. En otros, lo ejercían de modo exclusivo (por separado), v.g. la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, y la acción de inconstitucionalidad ante el TGC».⁵ A ello, debemos agregar el control difuso de la constitucionalidad ejercido por el Poder Judicial en cualquier proceso, sin que la decisión final de la Corte Suprema pasara a conocimiento y revisión del TGC ni estableciera ningún vínculo o contacto con este.

Ya el profesor venezolano Brewer-Carías precisaba que la tendencia predominante en América Latina ha sido la evolución hacia el establecimiento de un sistema mixto. En ese sentido, a un sistema de control difuso se le agregaba, posteriormente, el sistema concentrado, radicado, en unos casos, en la Corte Suprema o, en otros, en tribunales constitucionales. De esta manera, ambos funcionaban simultáneamente o adoptaban —en el caso de algunos países—, desde el principio, dicho modelo mixto.⁶ Sin embargo, García Belaunde introduce

⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. «La Jurisdicción Constitucional en el Perú: Antecedentes, balance y perspectivas». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, 1996, p. 110.

⁶ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan: «La Justicia Constitucional en América Latina». En GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coordinadores). *La Justicia Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson; Lima: Ediciones Jurídicas; Uruguay: Editorial Jurídica Venezolana y Editorial Jurídica E. Esteva, 1997, p. 123.

una muy interesante distinción al interior de estos modelos derivados; así, diferencia al modelo mixto de otro que denomina dual o paralelo, el cual, según parece, corresponde al sistema de jurisdicción constitucional vigente en el Perú. Afirma el maestro peruano que, si bien ambos surgen por la incorporación del modelo concentrado o europeo en países que ya tenían adoptado (y mantienen) el sistema americano o difuso, el sistema mixto se genera cuando se produce una mezcla de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos, lo que da lugar a un tercero que no es lo que son los dos anteriores pero tampoco algo enteramente autóctono y original. «En cambio, el modelo dual o paralelo es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución Peruana de 1979».⁷

3. Particularidades del TGC peruano respecto del Tribunal Constitucional español

Con el establecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Carta de 1979, se pretendió obtener mayor seguridad en el control de la constitucionalidad de las leyes y la vigencia de los derechos fundamentales, pues se pensaba que este órgano no repetiría la sumisión al poder político que los constituyentes objetaron a la conducta del Poder Judicial. La propuesta inicial fue elaborada por el constituyente Javier Valle Riestra; con ella, se buscaba recoger aspectos importantes de la experiencia española en este campo, aunque el texto finalmente aprobado restringió sustancialmente las competencias que asignaba al TGC el proyecto. La relativa coincidencia temporal entre los procesos constituyentes español y peruano de entonces, así como el escaso conocimiento del grueso de nuestros constituyentes respecto al papel y funciones de un Tribunal Constitucional, impidieron que se recogieran los desarrollos más recientes en la materia y llevaron a que se adopte con significativo recelo.

⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo». En «La justicia constitucional a finales del siglo XX». *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, año VII, n.º 6, 1998, pp. 139-154.

La Constitución peruana de 1979 otorgó al Tribunal de Garantías Constitucionales las características y competencias siguientes.

- a) El TGC fue definido como «órgano de control de la Constitución, aunque sin atribuirle expresamente la calidad de supremo intérprete de ella —lo que sí hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (TC) español (LO 2/1979, del 3 de octubre)—. Tampoco se le confirió el monopolio de la jurisdicción constitucional.
- b) Contaba únicamente con dos competencias. Por un lado, podía declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que, por la forma o por el fondo, contravengan la Constitución. Por otro lado, se le permitía conocer en casación las resoluciones denegatorias de las acciones de *habeas corpus* y amparo, una vez agotada infructuosamente la vía judicial. En cambio, el TC español sumaba a estas dos otras competencias, previstas en la Constitución y su Ley Orgánica, tales como la resolución de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de estas entre sí; los conflictos entre los órganos constitucionales; la declaración de la constitucionalidad de los tratados; las impugnaciones planteadas por el Gobierno contra resoluciones o disposiciones de los órganos de las Comunidades Autónomas; y la cuestión de inconstitucionalidad acerca de alguna ley, planteada por el Poder Judicial.
- c) Respecto a la protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1979 establecía que los derechos relativos a la libertad individual y a los conexos serían protegidos a través del *habeas corpus*, mientras que la totalidad de los derechos restantes se cautelarían mediante la acción de amparo. En cambio, la Constitución española de 1978 solo contempla la procedencia del amparo respecto de algunos derechos constitucionales, mencionados en el artículo 53.2 de dicha Carta. Si bien, en ambos ordenamientos, el TGC y el TC intervienen en la protección de los derechos constitucionales, el proceso es distinto en cada caso. Así, en el caso peruano, el TGC conocía en casación, a instancia de parte, las resoluciones judiciales de la Corte Suprema que denegaban la demanda de amparo. En cambio, en el caso español, los derechos constitucionales susceptibles de amparo se tramitan ante los tribunales ordinarios en un procedimiento especial guiado

por los principios de preferencia y sumaridad. Solo agotada la vía judicial, puede el recurrente plantear una demanda de amparo ante el TC, siempre y cuando considere que dicha resolución vulnera preceptos constitucionales.

- d) El hecho de que el TGC peruano conociera en casación solo las acciones de *habeas corpus* y amparo denegadas por la Corte Suprema, le otorgaba una actuación residual en este campo. A su vez, estos procesos resultaban innecesariamente largos, pues la vía judicial constaba de tres instancias, a las que debía sumarse, eventualmente, la participación adicional del TGC. A estos inconvenientes habría que agregar que la Ley Orgánica del TGC indicaba que esta casación no constituía una cuarta instancia de resolución definitiva, por lo que, si el TGC derogaba la resolución denegatoria expedida por la Corte Suprema (por considerar que existía errónea aplicación de la ley o vicios procesales), debía explicar sus fundamentos y devolver la causa a la propia Corte Suprema (reenvío) sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. La Corte debía, entonces, dictar una nueva sentencia; para ello, tenía que seguir los criterios esbozados por el Tribunal, criterio que no siempre se siguió, lo que ocasionó algunos casos de un nuevo reenvío. La intención de este tipo de casación era evitar mayores confrontaciones entre la Corte Suprema y el TGC, a fin de que la última palabra no la tuviera formalmente el Tribunal.
- e) El TGC estaba compuesto por nueve magistrados: tres designados por el Poder Ejecutivo, tres por el Legislativo y tres por la Corte Suprema.⁸ Ello implicaba que los mismos órganos cuyas decisiones estaban sujetas a control del Tribunal, eran quienes designaban a los miembros de este, lo que resultó —como se confirmó en muchas ocasiones— poco propicio para garantizar la independencia de los magistrados del TGC, con mayor razón cuando podían ser reelectos (al vencer su período) por el propio órgano que los designaba.⁹ En ello difería del TC español, cuyos

⁸ El proyecto de Valle Riestra proponía que tuviera 12 miembros, número similar al del TC español. Su designación correspondería a la Federación Nacional de Colegios de Abogados (dos), al Consejo de la Magistratura (dos), al Senado (dos), a la Cámara de Diputados (dos), a la Corte Suprema (dos) y a las facultades de Derecho (dos).

⁹ Fue notoria, por ejemplo, la frecuente reticencia de los magistrados cuyo nombramiento provenía del Poder Judicial a efectuar la casación de las resoluciones sobre amparo o *habeas corpus* dictadas por la Corte Suprema.

miembros son doce y son nombrados por el Rey: cuatro a propuesta del Congreso de los diputados, cuatro a propuesta del Senado (en ambos casos, las propuestas se aprobarán por tres quintos de sus miembros), dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. La duración de su mandato era de nueve años y se renovaba por tercios cada tres años, sin posibilidad de una nueva designación inmediata. El TGC peruano conocía de todo los casos en pleno, mientras que el TC español se divide en dos salas, que conocen por separado de algunas materias.

- f) La sentencia del TGC que declaraba inconstitucional una ley carecía de efecto retroactivo y no producía la derogación inmediata de la norma. En efecto, se dispuso que el TGC debía remitir su sentencia al Congreso para que este apruebe una ley derogatoria. Solo si, después de 45 días, el Congreso no lo hacía, recién entonces se publicaba la sentencia del Tribunal en el Diario Oficial; de esta forma, quedaba derogada la norma inconstitucional.¹⁰ Para declarar inconstitucional una ley, la sentencia del TGC requería reunir el voto conforme de dos tercios de sus miembros, es decir, la aprobación de seis de los nueve magistrados. Cuando no se alcanzaba dicha votación en un determinado sentido, el Tribunal quedaba sin expedir sentencia y sin prever solución alguna en este supuesto. En el caso español, la sentencia de inconstitucionalidad surte efectos de cosa juzgada y deroga la norma inconstitucional desde el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La sentencia se adopta por el voto favorable de la mayoría de magistrados; en caso de empate, el Presidente tenía voto dirimente.

Cabe señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales funcionó en el Perú desde noviembre de 1982 y concluyó sus días abruptamente el 5 de abril de 1992, al ser disuelto y desactivado tras el autogolpe del presidente Alberto Fujimori. Una evaluación objetiva de la tarea que desplegó arroja un balance poco digno de relevancia. No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifra-

¹⁰ Este procedimiento, además de engorroso, tenía incluso el efecto negativo de prolongar la vigencia de una norma ya declarada inconstitucional por el TGC; su racionalidad era evitar que el Congreso pudiera sentirse afectado en su autoridad por una derogación directa de la ley dispuesta por la sentencia del TGC.

ron en la creación del Tribunal quedaron defraudadas y que los males que se quisieron corregir no fueron significativamente superados. Sustentan esta afirmación, por lo demás ampliamente compartida en la comunidad jurídica nacional, el reducido número de acciones de inconstitucionalidad que resolvió el TGC, así como los escasos aportes de su jurisprudencia en materia de acciones de *habeas corpus* y amparo. Es justo señalar, también, que las limitaciones impuestas al TGC por el modelo adoptado en la Constitución de 1979 y su Ley Orgánica incidieron, de alguna forma, en esta algo opaca labor.

4. La Constitución de 1993 y las novedades introducidas

La Constitución peruana de 1993, surgida del proceso constituyente promovido por el gobierno de facto de Fujimori ante las presiones nacionales e internacionales generadas tras el autogolpe de Estado, reguló, en su título V, denominado «De las Garantías Constitucionales», lo referente a la jurisdicción constitucional e introdujo diversas novedades importantes. A continuación, cabe señalar algunas de ellas.

- a) Se volvieron a ampliar las garantías constitucionales. Así, las nuevas acciones de *habeas data* y de cumplimiento se sumaron al *habeas corpus*, acción de amparo, acción popular y acción de inconstitucionalidad. Se precisó, también, como un avance muy significativo, que el ejercicio del *habeas corpus* y el amparo no se suspende en relación con los derechos restringidos durante la vigencia de los regímenes de excepción. Así, los tribunales podían efectuar, en el caso concreto, el control judicial de la racionalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.
- b) Se estableció el Tribunal Constitucional, a pesar de que las propuestas iniciales del oficialismo sustentaban su reemplazo por una sala constitucional de la Corte Suprema. El TC volvió a ser definido como «órgano de control de la Constitución». Este órgano está integrado por siete magistrados, todos ellos elegidos por el Congreso, con el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros. Para ser designado magistrado del TC, se deben cumplir los requisitos aplicables a los vocales de la Corte Suprema, cuya edad mínima la propia Carta de 1993 rebajó de 50 a 45 años. Su mandato tiene una duración de cinco años, sin posibilidad de reelección inmediata.

- c) Las competencias del Tribunal Constitucional fueron ligeramente ampliadas y modificadas en su regulación. Así, le corresponde al TC, en primer lugar, conocer, en instancia única, de la acción de inconstitucionalidad; de esta forma, podía hacer procedente esta contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. En segundo lugar, le corresponde conocer, en última y definitiva instancia, de las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. Con ello, el TC se convierte en instancia final de fallo en estos procesos y, al mismo tiempo, se suprime la casación y el inconveniente reenvío a la Corte Suprema anteriormente existente. La Ley Orgánica del TC restringió a dos instancias la etapa judicial y excluyó la intervención de la Corte Suprema, salvo cuando la acción de garantía se interpone contra resoluciones judiciales. El acceso al TC se da a través del denominado recurso extraordinario, que solo puede ser ejercido por el demandante cuando el órgano judicial desestima su pretensión. Por último, se le permite conocer de los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución conforme a ley.
- d) La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se extiende a otras instituciones, autoridades y personas. Les corresponde interponerla al Presidente de la República, al Fiscal de la Nación, al Defensor del Pueblo y al veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Asimismo, pueden interponer dicha acción cinco mil ciudadanos, si se trata de normas con rango de ley; y el uno por ciento de ciudadanos de la localidad, cuando se trata de la impugnación de ordenanzas municipales. Por último, también están legitimados para interponerla los presidentes de las regiones y los alcaldes de municipios provinciales; y los colegios profesionales, en materias propias de su especialidad.
- e) La sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de una ley se publicará directamente en el Diario Oficial. Inmediatamente después del día siguiente de su publicación, se produce la derogación inmediata de la norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos.

Sin embargo, aunque las novedades introducidas en el ámbito constitucional lucían —en general— bastante positivas, satisfaciendo, en muchos casos, las reformas demandadas por la comunidad académica y especialistas, la labor constituyente y el desarrollo del proceso político evidenciaban la poca convicción del Gobierno y del oficialismo parlamentario en propiciar efectivamente el fortalecimiento del reinstaurado Tribunal Constitucional. No hubo, por ello, demasiada sorpresa cuando, al momento de elaborar y aprobar la Ley Orgánica del TC, se introdujera una deliberada limitación a la eficacia del Tribunal. En efecto, el artículo 4 de la Ley Orgánica del TC 26345 (del 10-1-95) dispuso que, para declarar inconstitucional una norma con rango de ley, se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados del TC. Si esa votación no se alcanzaba, a pesar de que una mayoría absoluta de magistrados (cuatro o cinco por ejemplo) hubiesen votado por la inconstitucionalidad, el TC tenía que dictar sentencia desestimando la demanda. De esta forma, quedaba confirmada la constitucionalidad de la norma y esta ya no era susceptible de nuevo cuestionamiento. Imponer un número de votos tan elevado (incluso superior al del TGC) tenía el inocultable propósito de dificultar, grandemente, la expedición de sentencias de inconstitucionalidad.

El TC llegó a resolver cinco acciones de inconstitucionalidad antes que el gobierno de Fujimori diera un nuevo golpe a su autonomía institucional. Ello ocurrió ante una acción promovida para cuestionar la constitucionalidad de la ley 26657 que, mediante una interpretación grosera de la Constitución, habilitaba al presidente Fujimori para postular a un tercer mandato consecutivo y una segunda reelección inmediata, pese a que la Constitución solo permitía esta por una vez. En medio de un proceso accidentado, finalmente cuatro magistrados se abstuvieron de votar; los tres restantes resolvieron (por unanimidad) que esta ley vulneraba la Constitución y, ante la imposibilidad de dictar una sentencia de inconstitucionalidad, argumentaron la utilización del control difuso en el caso. Así, dispusieron la inaplicación de dicha ley y, consiguientemente, la imposibilidad de una nueva postulación del presidente Fujimori.

Ciertamente, la interpretación asumida por los tres magistrados buscaba ser una salida para superar la irracional limitación impuesta por la regla de la exigencia de los seis votos conformes. No obstante, como era previsible, este fallo generó una violenta reacción de la mayoría parlamentaria oficialista, la cual dio inicio a una acusación constitucional (antejuicio político) contra los tres magistrados. Para ello,

adujeron que los magistrados habían violado la Constitución al fallar por la inaplicación de la ley (control difuso) cuando lo que hubiera correspondido era, ante la existencia de solo tres votos conformes, declarar infundada la acción de inconstitucionalidad. Desoyendo el amplio rechazo de la comunidad jurídica y la opinión pública, la mayoría parlamentaria aprobó, el 29 de mayo de 1997, la destitución de los tres magistrados por infracción de la Constitución. Así, antes de cumplir un año de funcionamiento, el nuevo TC quedaba vulnerado en su autonomía y limitado en su accionar. En él, solo permanecieron cuatro magistrados por casi tres años. Por tanto, quedó imposibilitado de resolver acciones de inconstitucionalidad. Esta situación anómala fue superada solo con la caída del régimen fujimorista.

5. Situación actual, problemas que subsisten y posibles reformas constitucionales

El Tribunal Constitucional ha tenido una historia más bien azarosa y accidentada en nuestro país. Tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales como el Tribunal Constitucional, previstos en las constituciones de 1979 y 1993, fueron adoptados sin demasiada convicción por los respectivos cuerpos constituyentes. El antiguo TGC nunca alcanzó una trayectoria descollante y terminó abruptamente sus días con el autogolpe de Fujimori del 5 de abril de 1992. Por su parte, el reinstaurado Tribunal Constitucional, antes de cumplir el primer año de funcionamiento, sufrió la arbitraria destitución de tres de sus magistrados como represalia política.

Tras la caída del régimen fujimorista, el Congreso dispuso la reincorporación al TC de los tres magistrados injustamente destituidos, mandato que también fue establecido en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No hace mucho, se produjo la renovación parcial de la composición del TC, pues el Congreso designó a cuatro nuevos integrantes que, sumados a los tres magistrados reincorporados, completan un tribunal de calidades jurídicas y morales ciertamente destacables. Desde entonces, el TC ha ido adquiriendo cada vez mayor presencia en la vida jurídica y política nacional, a tal punto que —a pesar de la controversia que han suscitado algunas de sus resoluciones— puede decirse que su posición como órgano autónomo protector de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales se ha fortalecido.

Sin perjuicio de estos avances, consideramos que se hace necesario adoptar algunos cambios en las competencias y estructura orgánica del TC a fin de fortalecer y optimizar el desempeño de sus funciones. Estos cambios podrían efectuarse en el marco del proceso de reforma constitucional actualmente en curso en el Congreso.

5.1. El TC debe ser el supremo intérprete de la Constitución

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional sigue sin ejercer el monopolio de la jurisdicción constitucional. La Constitución de 1993 y la Ley Orgánica del TC persisten en definirlo como el órgano de control de la Constitución y no como supremo intérprete de esta. Sin embargo, debe resaltarse que la propia Ley Orgánica contiene una norma (introducida casi subrepticamente) en la primera de sus disposiciones generales que señala lo siguiente: «Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Cabe agregar que en el artículo 39 de la Ley Orgánica del TC se establece: «Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional. Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal hasta que éste expida su resolución». Adicionalmente, el artículo 48 de la Ley Orgánica del TC, en su segundo párrafo, dispone que «cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional».

De este modo, puede sostenerse que existen normas de la Ley Orgánica del TC que permiten atribuir fuerza vinculante a los criterios de interpretación adoptados en las sentencias del TC respecto a cualquier futura resolución de las instancias del Poder Judicial. Así, dichos criterios no podrían ser contradichos ni desconocidos. Así, ya no cabe admitir lo sucedido algunas veces durante la existencia del TGC, como cuando, por ejemplo, ciertos jueces o tribunales ordinarios consideraron —en acciones de amparo— inconstitucional una norma y

dispusieron inaplicarla al caso concreto, no obstante que el TC ya había desestimado la inconstitucionalidad de dicha ley,

Sin embargo, si bien estas normas de su Ley Orgánica convertirían al TC, en los hechos, en supremo intérprete de la Constitución en un sistema que mantiene la pluralidad de intérpretes de la misma, consideramos necesario o conveniente que, por la trascendencia de este asunto, se consagre expresamente en la futura Constitución. Con ello, se pondría fin a cualquier controversia a la par que se superarían, definitivamente, los reparos de quienes aún piensan que las referidas normas de la Ley Orgánica del TC exceden el papel que la Constitución de 1993 otorga al TC, o que vulneran las competencias y plena autonomía que esta reconocería al Poder Judicial en materia de la apreciación y el control de la constitucionalidad de las normas.

5.2. La necesaria reducción del número de votos para las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad

Aunque la Carta de 1993 no establece nada al respecto, fue la Ley Orgánica del TC 26435 la que dispuso en su artículo 4 que, para dictar sentencia que declare inconstitucional una ley, se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados que integran el Tribunal. Ya hemos señalado los perversos efectos de dicha norma, que fue objeto de reiterado cuestionamiento de la comunidad jurídica y académica nacional. Por ello, ha sido positiva la aprobación de la ley 27780 (publicada el 12 de julio del 2002) que reduce a cinco votos conformes el número necesario para declarar inconstitucional una norma con rango de ley. Sin embargo, creemos que este avance sigue siendo insuficiente, pues subsiste la posibilidad de que la voluntad de una minoría (tres votos, por ejemplo) predomine sobre la mayoría de los magistrados favorables a la inconstitucionalidad.

El proyecto de reforma constitucional, en actual debate parlamentario, eleva a nueve los integrantes del TC y exige, para la sentencia que declare inconstitucional una ley, los votos conformes de dos tercios del número legal de los magistrados, es decir, seis votos de nueve. En nuestra opinión, lo más adecuado sería que la inconstitucionalidad de una ley se declare con el voto conforme de una mayoría calificada de más de la mitad del número de magistrados del TC. En todo caso, la propia medida y sensatez del TC, adoptando criterios como la interpretación conforme a la Constitución, que declara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada solo cuando esta es manifiesta y

no puede hallarse una interpretación que la haga razonablemente compatible con la Constitución, nos parece un límite suficiente que debería calmar los temores de quienes perciben esta reforma como propiciadora de eventuales excesos del TC.

5.3. Las sentencias del Poder Judicial sobre inaplicación de normas inconstitucionales y su falta de articulación con el Tribunal Constitucional

La Constitución de 1993, en sus artículos 51 y 138, segundo párrafo, habilita a cualquier juez, en todo tipo de procesos, a preferir la norma constitucional sobre una norma inferior que la vulnere y, en consecuencia, a declarar la inaplicación de esta para el caso concreto, de considerarla inconstitucional. Esto se conoce en la doctrina como control difuso o incidental de inconstitucionalidad. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial, como ya hemos señalado, la sentencia del juez que declara la inaplicación de la norma inconstitucional tendrá que ser necesariamente revisada por la Corte Suprema, sea por apelación de parte o en consulta de oficio, a fin de asegurar cierta unidad de criterio y certeza en la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de una norma. No obstante, por el carácter dual propio de nuestro sistema de jurisdicción constitucional, la decisión final sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma dictada en el marco de un proceso ordinario cualquiera quedará reservada al Poder Judicial, por medio de la Corte Suprema, sin que exista ningún mecanismo que permita su revisión por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, este asunto se torna más delicada e incongruente cuando se trata de procesos destinados a la protección de derechos constitucionales, como los de *habeas corpus*, amparo o *habeas data*. Como la Ley Orgánica del TC señala que dichos procesos tendrán dos instancias en el Poder Judicial —que culminan normalmente en las cortes superiores de cada distrito judicial— y que solo podrá recurrirse ante el TC las acciones desestimadas en sede judicial, puede suceder —como de hecho ha ocurrido en muchas ocasiones— que, aun cuando el fallo final favorable al demandado contenga la inaplicación de una norma tildada de inconstitucional, ni siquiera este aspecto de la sentencia llegue a revisión de la Corte Suprema ni, menos aún, del Tribunal Constitucional.

La inexistencia de una norma que prevea esta revisión o consulta en la legislación especializada sobre *habeas corpus* y amparo, o en la

Ley Orgánica del TC, ha llevado a que se interprete no solo su improcedencia en este tipo de procesos constitucionales sino incluso la no aplicación de la norma general contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga a la remisión de estos asuntos a la Corte Suprema. En no pocas ocasiones, ello ha determinado que procesos de amparo culminados en distintas cortes superiores del país muestren sentencias contradictorias acerca de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una misma ley, sin que exista un mecanismo que permita poner fin a una situación que atenta contra la seguridad jurídica y la coherencia del sistema.

Consideramos indispensable corregir esta situación. La forma más congruente de hacerlo, sobre todo, si se quiere reafirmar el papel del TC como supremo intérprete de la Constitución, y la necesaria seguridad jurídica y coherencia de la jurisprudencia, es estableciendo la llamada cuestión de inconstitucionalidad, prevista en el sistema español. Esta disposición exige que los jueces ordinarios se abstengan de resolver sobre la presunta inconstitucionalidad de una norma y sometan el asunto a la decisión del TC; luego, el órgano judicial recién procederá a resolver el caso concreto aplicando lo decidido por el TC sobre la constitucionalidad de la norma objetada. No obstante, encontramos poco probable —al menos por ahora— que en nuestro país se apruebe esta reforma. Por un lado, es difícil por el arraigo de la tradición del control difuso en sede judicial, en el que dicho órgano emite sentencia sobre la constitucionalidad de la norma. Por otro lado, no es muy probable, porque la propuesta generaría previsible reacción adversa y presión del Poder Judicial.

Por ello, proponemos que, a propósito de la reforma constitucional en curso, se adopte una medida que brinde, cuando menos, alguna solución intermedia a este problema. En tal sentido, sostenemos la conveniencia de establecer que cualquier sentencia judicial de última instancia (sea en procesos ordinarios o de protección de derechos constitucionales), en la que se haya ejercido control difuso e inaplicado una norma por considerarla inconstitucional, tenga que ser necesariamente sometida a revisión del Tribunal Constitucional en este aspecto específico. Si se adoptara esta fórmula, no solo se afianzaría el papel rector del TC en materia de interpretación de la Constitución y de la defensa del principio de constitucionalidad de las normas, sino que se evitarían posibles colisiones de criterios entre el órgano judicial y el Tribunal, situación que —por lo demás— genera inestabilidad y confusión en nuestro ordenamiento jurídico.

5.4. La necesidad de ampliar el acceso ante el TC y su participación en procesos sobre derechos fundamentales

La Constitución de 1993, en el inciso 2 de su artículo 202, establece que el TC conocerá —en última y definitiva instancia— de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento que hayan sido denegados en el Poder Judicial; es decir, solo el demandante puede acceder ante el TC, mediante el denominado recurso extraordinario, cuando su pretensión ha sido desestimada en sede judicial, posibilidad que no asiste al demandado derrotado. De conformidad con las normas vigentes, la tramitación de estos procesos constitucionales se realiza solo en dos instancias judiciales. Dichas tramitaciones culminan —por regla general— en las cortes superiores, salvo cuando se trata de acciones de garantía contra resoluciones judiciales, que concluyen en la Corte Suprema.

Aunque la intención de esta norma constitucional es dar celeridad a la protección de los derechos fundamentales, de forma que se evita el recurso a una tercera instancia judicial cuando se ha obtenido un fallo favorable al accionante, no está exenta de objeciones importantes. Esto se debe a que la equidad de la norma puede cuestionarse al romper la igualdad que debe existir entre las partes del proceso, al conceder únicamente al demandante el recurso extraordinario ante el TC, que actúa como una tercera y definitiva instancia del mismo proceso. Además, con ello, el TC solo alcanza un conocimiento residual de los procesos constitucionales desestimados en el órgano judicial. Esto puede conspirar contra la certeza y unidad de la jurisprudencia, pues se ha constatado que, dentro de los procesos que culminan en la segunda instancia judicial, pueden quedar firmes resoluciones con criterios opuestos entre sí e incluso contrarios a los fijados por el TC, sin que tales sentencias puedan llegar a conocimiento y revisión de este Tribunal. Lo anterior se torna más grave por la falta de una judicatura especializada en asuntos constitucionales dentro del Poder Judicial, lo que también afecta la calidad y motivación de tales sentencias.

El Proyecto de Reforma Constitucional, en su artículo 209, inciso 2, establece que el TC es competente para conocer, en último grado, de las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento, a pedido de parte; y de oficio, cuando sea necesario a efectos de realizar una política de unidad jurisdiccional. Por esta vía, se estaría abriendo la posibilidad de que el TC conozca de oficio sentencias judiciales que

declararon fundada la acción, cuando considere que el caso amerita su intervención. Aunque compartimos las razones que motivan esta propuesta, nos parece preferible y más equitativo habilitar el recurso extraordinario tanto para el demandante como para el demandado, pero solo si se dispone que corresponderá al TC pronunciarse previamente sobre la admisión o no de la causa. Así, el TC solo debería seleccionar y admitir casos cuyo contenido revista especial trascendencia general, sea porque permitirán establecer criterios de interpretación jurisprudencial o para corregir lo resuelto por el órgano judicial.

6. Reflexión final

En los últimos tiempos, se han producido cambios importantes en la organización y funcionamiento del TC, como la reincorporación de los magistrados destituidos y la renovación de la composición del Tribunal; la reducción a cinco de los votos conformes necesarios para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley; el retorno al plazo de seis años (y ya no de seis meses) para la interposición de la acción de inconstitucionalidad; y el hecho de que se hayan implementado dos salas para conocer y resolver, en último grado, de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento.

Sin embargo, se impone introducir algunas modificaciones adicionales en el marco de la actual reforma constitucional. Consideramos conveniente que la declaración de inconstitucionalidad de una ley sea adoptada por el voto favorable de una mayoría calificada de la mitad más uno del número legal de magistrados del TC. Asimismo, es necesario que el TC deba conocer, en último grado, cualquier *habeas corpus*, amparo, *habeas data* o proceso de cumplimiento y ya no solo los desestimados en sede judicial. Esto último debe ocurrir previa decisión de selección y admisión del caso por el propio TC. Igualmente, cualquier sentencia judicial en la que se realice el control difuso e inaplique una norma por considerarla inconstitucional debe ser necesariamente sometida a la revisión final del TC.

Si bien estas reformas no abandonan el carácter dual de nuestro sistema de jurisdicción constitucional, se enmarcan en una clara dirección de superar las principales deficiencias e inconsistencias observadas, y de encaminarlo hacia un sistema más concentrado, en el que se articulen, coherentemente, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. De esta forma, se afianzará el rol de supremo intérprete de la Constitución que debe corresponder a aquel.