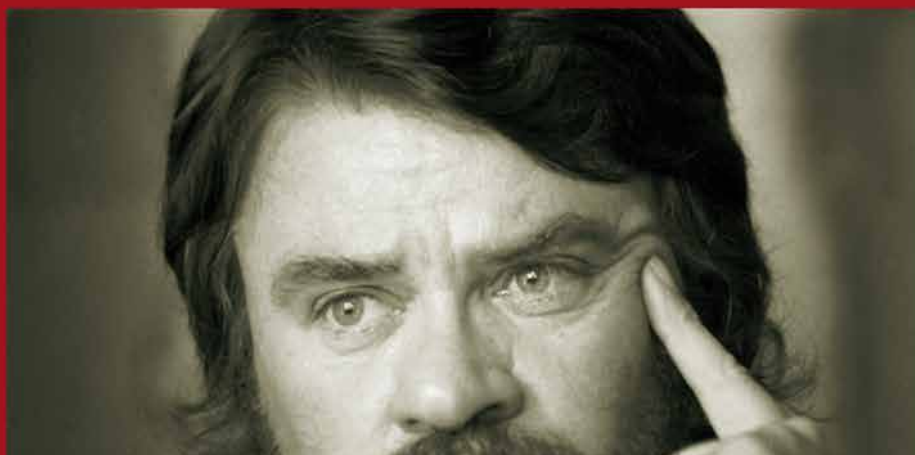


# HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA



## Capítulo 73

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez  
Alfredo Bullard González  
René Ortiz Caballero  
Carlos Ramos Núñez  
Marcial Rubio Correa  
Carlos A. Soto Coaguila  
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

*Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Aníbal Quiroga León\**

*El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de lo más grandes juristas europeos, Hans KELSEN. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.*

Eduardo García de Enterría. *La invención norteamericana de la «Judicial Review» y su papel en el sistema*

*Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.*

Héctor Fix-Zamudio. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*

---

\* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex editor general de la revista *Derecho-PUCP*. Ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

## INTRODUCCIÓN DOMINICAL

En el Perú, el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina jurídica que se ha desarrollado de modo vigoroso en los últimos veinticinco años. Indiscutiblemente, hoy se configura con perfiles y contornos propios, y constituye la matriz en la que se inserta la vida del Tribunal Constitucional, así como el control de la constitucionalidad y de la defensa de los derechos fundamentales desde el Poder Judicial. Versa acerca de la adecuada interpretación de la Constitución en la eficiente definición y funcionalidad de los diversos *instrumentos* que se ofrecen para la determinación, defensa, interpretación, control interórganos y desarrollo de la propia Constitución. Esa es su principal finalidad.

Estos instrumentos, que por distintas razones históricas, políticas, jurídicas y académicas son ocho en el caso del ordenamiento jurídico del Perú, forman en conjunto una especialidad joven de contornos claramente definidos, que determinan y dan forma al esquema básico de las características, los presupuestos, la estructura, el funcionamiento y la eficacia de los mismos. Esto, partiendo de la especial interpretación constitucional, que es fundamental, llega a los confines del Derecho Procesal Constitucional y desarrolla toda su gama, no siempre bien comprendida y, lamentablemente, a veces mal tratada en la norma, en la sentencia constitucional o en la vida práctica del sistema jurídico nacional. Esto lleva al Perú de hoy, a nivel iberoamericano, a un claro liderazgo en su desarrollo, que se acredita con la importancia, calidad y profusión de la doctrina peruana en materia del Derecho Procesal Constitucional, que tiene su mayor expresión en la dación de un Código Procesal Constitucional<sup>1</sup>, único en Iberoamérica, hoy por hoy un instrumento modélico en varios países de América y Europa lusohispanas.

Y es que en el esquema del *control interórganos*, que en su día tan brillantemente detallara Kart Loewenstein, el Tribunal Constitucional es el contralor natural del Parlamento; y este, a su vez, es el escenario en que aquel deberá rendir y exigir sus cuentas constitucionales, así como el único que podrá hacer valer las sanciones del caso cuando en ello se presente alguna grave omisión.

En efecto, el esquema de la defensa de la Constitución del Perú es simple. Se encuentra detallado en la base constitucional pormenorizada en la concordancia de sus artículos 138, segunda parte, 200 y 202, inciso 3, que establecen claramente tres órdenes de competencia: a) la derogación de las leyes a través de la acción de inconstitucionalidad de las leyes; b) la dirimencia de los conflictos de competencia entre los diversos entes constitucionales, por medio del proceso de competencia; y

---

<sup>1</sup> Sancionado por ley 28237, con calidad de ley orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el séptimo apartado del artículo 200 de la Constitución peruana de 1993.

c) la jurisdicción de la libertad (al decir de Mauro Cappelletti) mediante el recurso de agravio constitucional (o casación constitucional moderna), que permite revisar sentencias judiciales denegatorias en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de acción de cumplimiento. Al lado de este último, recibe, por derivación del Poder Judicial —y solo en este último caso— la facultad del control difuso en los casos de la jurisdicción de la libertad; es decir, cuando decide en última y definitiva instancia los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento previamente denegados por el Poder Judicial. No tiene más facultades; y aun cuando las descritas no son pocas, son de fácil entendimiento para el justiciable, es decir, para el usuario del sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales.

Sin embargo, en la vida diaria del Tribunal Constitucional está comprobado que las acciones de inconstitucionalidad de las leyes y de conflicto de competencia son las que menos se presentan ante el Tribunal Constitucional, lo que le ha permitido generar una importante jurisprudencia en estas materias. Por el contrario, ha sido la jurisdicción de la libertad, es decir, la revisión última de los fallos previamente desestimados en el Poder Judicial en las acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), las que han copado la mayor parte de su tiempo —más del 90% de su actividad constitucional—, generando atrasos que muchas veces dan lugar al justificado reclamo de los justiciables.

Lo que ocurre, y es capital comprenderlo y defenderlo, es que en el Estado de derecho que quiere conformar el Perú, dentro del adecuado entendimiento de nuestra Carta Constitucional, la defensa y protección de los derechos fundamentales está compartida al alimón entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Esto porque, como aparece en la propia Carta Política y está desarrollado en el Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales, ampliamente garantizados por los cuatro instrumentos mencionados (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), tienen su desarrollo inicial —y muchas veces final— en sede judicial, sea en la Corte Suprema de Justicia, sea en las cortes superiores de justicia, dependiendo de dónde halla correspondido su inicio. Si la sentencia judicial es estimatoria de la demanda, es decir, si resulta favorable al demandante de la acción de garantía constitucional, entonces constituirá cosa juzgada constitucional, sin que por sobre ello quepa actuación alguna al Tribunal Constitucional; se genera así una jurisprudencia constitucional en sede judicial, sea de las cortes superiores o sea de la Corte Suprema, en los casos que corresponda. Pero si la sentencia judicial es desfavorable al accionante, entonces este, y solo este, verá abierta la puerta del Tribunal Constitucional; ingresará entonces a su sede y en ella se generará una jurisprudencia constitucional. Por eso se afirma que

en el Perú la protección y defensa de los derechos fundamentales se encuentra compartida entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en una relación que es necesario conocer y manejar con acierto.

Sin embargo, no escapa a nuestro análisis que desde fines del siglo XX las circunstancias han conspirado para privar al Poder Judicial de su verdadero sitio en el Derecho Procesal Constitucional y en la defensa y respeto a los derechos fundamentales. Esto, a raíz de la debilitada posición en que quedó la Corte Suprema luego del gobierno fujimorista; de la secuela de crítica severa y no pocas sanciones a algunos de sus exintegrantes, acaecidas durante el gobierno del presidente Alejandro Toledo; y de la alta tasa de provisionalidad del Supremo Tribunal, que paradójicamente no ha sido completado hasta hoy en más de seis años<sup>2</sup>. Estas circunstancias se han aunado al repotenciamiento del Tribunal Constitucional y a su notorio activismo, en especial durante los últimos cinco años, y la privación ha ocurrido al punto que se puede afirmar que, según la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la aplicación del llamado *precedente vinculante* o *Stare Decisis*, el Tribunal Constitucional ha pretendido, y pretende, subordinar a la Corte Suprema en esta actividad. Pero lo que dice la Carta Constitucional es que tal actividad es compartida, mitad y mitad, entre el Poder Judicial —históricamente primero y más cercano al ciudadano— y el Tribunal Constitucional, con el auge y el prestigio que hoy ha logrado, pero sin jerarquía ni sujeción alguna.

El Derecho Procesal Constitucional, como ya se ha señalado, y al decir del maestro mexicano Fix-Zamudio, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución (control orgánico) y de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales que esta consagra (defensa de los derechos fundamentales o jurisdicción de la libertad), a partir de los grandes sistemas de control constitucional que la doctrina del Derecho Comparado nos ofrece, ya diseñados para el Perú desde la Constitución de 1979 (D) y que permanecen reformulados sin cambio sustancial en la Constitución de 1993, en vigencia. Al revisarlos, deberemos hacer un repaso de cada instrumento jurídico-procesal concebido y destinado a la defensa de la Constitución y a su control, y a la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, en su caso.

Estos diversos y a veces disímiles instrumentos tienen como escenario de acción —ya está dicho— tanto el Poder Judicial, a través de los mecanismos de control interórganos, cuanto el Tribunal Constitucional. De ello se evidencia el carácter mixto y complejo de nuestro esquema de defensa constitucional, donde evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones

---

<sup>2</sup> El artículo fue redactado en el año 2007 (nota del editor).

constitucionales (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), relacionadas en estos extremos, si bien autónomas en su conformación, dándole una particular y especial personalidad al Derecho Procesal Constitucional peruano.

Un aspecto importante es el estudio del verdadero *intérprete auténtico* de la Constitución, habida cuenta del silencio de la Carta Política sobre este punto. El rol del Parlamento, el funcionamiento del Poder Judicial, la natural función del Tribunal Constitucional y el apasionante tema del valor normativo de las sentencias del propio Tribunal Constitucional —en materia de acción de inconstitucionalidad y de la contienda de competencia constitucional—, hacen de esta atribución una trilogía no siempre bien conocida ni mejor entendida. Toca en ello la revisión de la génesis y naturaleza jurídica de las normas constitucionales, y del carácter específico de su interpretación, estructura y alcances, para ingresar al estudio de los dos grandes sistemas comparados de control de la constitucionalidad: la *judicial review* o revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, también conocido como control difuso o sistema americano de control de la constitucionalidad de las leyes; y el llamado sistema concentrado, sistema europeo o sistema ad hoc de control de la constitucionalidad de las leyes, del que deriva la existencia del Tribunal Constitucional; para arribar al esquema mixto que ofrece el modelo peruano, tanto de la Constitución de 1979 (D) cuanto en la actual Constitución de 1993.

Esto hace del sistema peruano de control constitucional uno de *carácter mixto*, como lo he venido a llamar; en tanto que García Belaúnde lo denomina *dual*<sup>3</sup>; y determina un grado de complejidad mayor ya que, desde la Constitución de 1979 (D) hasta la actual Carta Política de 1993, se juntaron en el ordenamiento jurídico peruano dos modelos de control que de suyo se presentan como antagónicos —el sistema americano o de control difuso en sede del Poder Judicial, y el sistema europeo y concentrado en sede del Tribunal Constitucional— y que debemos conocer y manejar con acierto al tiempo de hacer conjugar sus diferentes instituciones en el ámbito de la mejor interpretación que corresponda a nuestra Carta Constitucional, en beneficio del control de la constitucionalidad y de la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Por ello, Fix-Zamudio precisó en su día que

En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el

---

<sup>3</sup> QUIROGA (2003: 2901 y ss.).

americano, es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es concentrado, principal, general y constitutivo.

Adelantándose a su época y yendo a la par con García de Enterría, quien ha afirmado que la Suprema Corte Federal de Estados Unidos es hoy por hoy la reformulación de un verdadero Tribunal Constitucional, el propio Fix-Zamudio sostiene que:

Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional ya que la mayoría por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos, por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con lo que se llama *stare decisis* (obligatoriedad de precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.

Esto es lo que precisamente hace y condensa, sobre la base del sistema mixto que se ha consagrado para el Perú desde la Constitución de 1979 (D) hasta la actual Carta Política de 1993, el nuevo Código Procesal Constitucional, con notable acierto pero con una clara deficiencia en el tratamiento del control difuso, que gran en parte acaba de ser mejorado por la ley 28946 con la modificación y nuevo texto de su artículo 3<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> «Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas.- Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulte inmediata e incondicionada.

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 estas 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 trate 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».



Junto a ello aparecen, como se dijo, los instrumentos constitucionales que tienen su inicio en sede judicial propiamente dicha: la acción o proceso de hábeas corpus, la acción o proceso de amparo constitucional —con la posibilidad de lograr la suspensión del acto reclamado en vía de medida cautelar—, la acción o proceso de hábeas data, la acción o proceso de cumplimiento, y la acción o proceso de acción popular —como control directo y abstracto de orden judicial de la legislación derivada de alcance general que emana de la administración pública—; todos ellos contenidos en el esquema de instrumentos que el Derecho Procesal Constitucional peruano prevé en la Carta Constitucional, en un sistema mixto, en defensa de la legalidad, de la constitucionalidad y de los principios constitucionales y derechos fundamentales de las personas, cada uno con sus respectivas características jurídicas, competencias, normatividad aplicable y efectos jurídicos.

Por ello, cabe en este punto evocar las palabras del procesal-constitucionalista italiano Mauro Cappelletti, quien en su día señalara que «El genio del hombre ha logrado, en la concepción más moderna, la norma constitucional que no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible, y casi calificado de “fáustico”, pero profundamente humano y digno de ser intentado, de transformar en derecho escrito lo que hasta ahora han sido supremos valores, la pretensión de “encerrar” y “definir” en norma positiva lo que por su propia naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto».

En este panorama resultan de vital importancia la función y el rol encomendados al Tribunal Constitucional, entendido este como el máximo órgano de control e interpretación de la Carta Magna, dentro de lo que se denomina el *sistema de control constitucional concentrado* o *sistema europeo de control de la constitucionalidad*<sup>5</sup>. Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido inclusive por quienes fueron, han sido o son sus miembros integrantes, ha tenido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época, luego de su recomposición) un inusual protagonismo y activismo en asuntos que involucran no solo el escenario constitucional o jurídico, sino el político, económico y social.

La explicación a ello reside —salvo excepciones— en la raigambre política partidaria que subyace al origen de algunos de sus miembros, quienes han debido ser elegidos por una mayoría de dos tercios de nuestro Congreso unicameral, y en el redescubrimiento de sus poderes y atribuciones, lo que en no pocas oportunidades se ha reflejado en el contenido de las resoluciones en los distintos procesos de inconstitucionalidad sometidos a su escrutinio y decisión, en los cuales se ha impuesto claramente el interés político, en desmedro del desarrollo

---

<sup>5</sup> QUIROGA (1996: pp. 207 y ss.), también en GUDIÑO y otros (2005: 291 y ss.).

de una verdadera jurisdicción constitucional con los parámetros que la doctrina señala para el supremo órgano de control de la constitucionalidad. A ello se puede sumar la notoria deficiencia en la formación constitucional que exhiben algunos de sus integrantes —los menos, a decir verdad—, lo que contribuye a la determinación del panorama actual.

Para perfilar la posición jurídica del Tribunal Constitucional (y su verdadero rol) conforme a lo señalado por la Constitución y la legislación sobre la materia (léase: Código Procesal Constitucional, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y leyes conexas), debemos analizar la problemática actual que lo envuelve, como supremo intérprete y contralor de la Constitución, a través de la lectura y del análisis de algunas de sus resoluciones en el ámbito del sistema concentrado o europeo —al cual está inscrito nuestro sistema de sistema de protección constitucional—, resoluciones que exhiben de manera objetiva el estado actual de su funcionalidad.

## LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

Ya hemos resaltado que nuestro ordenamiento jurídico tiene la peculiaridad de que coexisten al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes: a) el difuso (*judicial review*) o americano; y b) el concentrado o europeo<sup>6</sup>.

Lo antes expuesto describe lo que hemos llamado *sistema mixto de control de la constitucionalidad*<sup>7</sup>, denominado por García Belaúnde, como ya se dijo, *sistema dual de control constitucional*<sup>8</sup>, que determinará —a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales, que solo cuentan con el sistema de control concentrado—, que la *jurisdicción constitucional* pueda ser válidamente ejercida no solo por los magistrados del Tribunal Constitucional sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial. De este modo, estos últimos reúnen sobre sí, permanentemente, una doble cualidad inmanente en el hecho de ser jueces ordinarios de la causa que corresponda, así como jueces constitucionales en el control difuso de la constitucionalidad, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio se puede afirmar sin temor al error que la *jurisdicción* o *justicia constitucional* es de orden mixto y se entiende

<sup>6</sup> QUIROGA (1996).

<sup>7</sup> QUIROGA (1990: pp. 177 y ss.). Véase especialmente la cita 72.

<sup>8</sup> GARCÍA BELAUNDE (2000).

extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial. Esto, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso), contemplado ahora en el artículo 138, segunda parte, de la Constitución y reglamentado en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades fundamentales o *jurisdicción de la libertad*.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales: su diferencia radica fundamentalmente en su naturaleza jurídico-constitucional y en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional.

Así, dos son los tipos de procesos de control constitucional que el sistema contempla: los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades fundamentales o de jurisdicción de la libertad, cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y que tienen un atributo de orden material para las personas; y los de *acciones de control constitucional* o de *control orgánico* o de *control directo* de la Constitución, cuya pretensión, en todas sus variantes, será de orden abstracto y objetivo, dirigida a preservar y defender el marco orgánico de la constitucionalidad y la legalidad de las manifestaciones del Estado mediante sus órganos y organismos, y derivadas del uso de las facultades o los poderes que la Constitución y las leyes han atribuido a los mismos.

## 2. EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE LAS LEYES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el «Órgano de control de la Constitución»<sup>9</sup>. Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del título V, «De las garantías constitucionales», ha optado de manera meridiana por el denominado *control ad hoc* de la constitucionalidad, también conocido como *modelo europeo* o

---

<sup>9</sup> Cabe señalar que en el proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el gobierno transitorio (diciembre 2000-julio 2001), se sugirió que la definición del Tribunal Constitucional fuese modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Sin embargo, ello ha sido «subsano» legislativamente por la vía de la adición en la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional- ley 18301, promulgada con posterioridad y como consecuencia de la promulgación del Código Procesal Constitucional, y que señala ahora en su artículo 1 que el *Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*.

de *justicia constitucional concentrada*<sup>10</sup>, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales implícitas al poder del control:

a) la interpretación de los postulados constitucionales, marco en el cual habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y los ciudadanos; y,

b) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, constitucionales o de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional, frente al mundo del autoritarismo, es la «fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional»; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño, premoderno. En el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —hoy más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by men* por el actual, democrático y jurídico *Government by laws*<sup>11</sup>. Entonces, la Constitución no será solo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, con esta misma premisa incuestionada de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución Peruana, el Tribunal Constitucional se halla definido específicamente en el artículo 201, que le señala como características:

- a) ser el órgano del control constitucional;
- b) ser autónomo e independiente; y,

<sup>10</sup> FIX-ZAMUDIO (1968).

<sup>11</sup> Kaegi y Von Ihering, citados por GARCÍA DE ENTERRIA (1985: 49 y ss.).

c) estar compuesto por siete miembros, denominados magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años y reelegibles por un período adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra Carta Magna, tal como se expuso con anterioridad. Esta deficiencia a nivel constitucional lamentablemente no ha sido superada ni mejorada por el Código Procesal Constitucional Peruano<sup>12</sup>, cuyo texto no enfrenta de modo decidido el tema del verdadero rol interpretativo del Tribunal Constitucional, que se infiere —en lectura indirecta y en expresión ciertamente tímida— del tercer párrafo del artículo VI del título preliminar de dicho cuerpo normativo:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

[...]

Los jueces interpretan y aplican las leyes o 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.*

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes bajo el modelo «europeo» o kelseniano, nacido por inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929<sup>13</sup>, implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es ser intérprete de la Constitución, *intérprete vinculante u obligatorio*, esta tarea debe estar dirigida a interpretar, en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del Parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, de suyo fascinante<sup>14</sup>, será entonces la tarea esencial del Tribunal Constitucional, su *ratio fundamentae* en la existencia constitucional, la que también debe hacerse conforme a los postulados de la propia Constitución de la que emerge y que le da su razón de ser. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la distinta naturaleza normativa de las normas constitucionales respecto a las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean «autoaplicables», «programáticas» o

<sup>12</sup> Salvo lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Véase la cita 8.

<sup>13</sup> QUIROGA (1990: 153 y ss.).

<sup>14</sup> QUIROGA (2005).

«estructurales»), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que, siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Comoquiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado *control concentrado* o *control ad hoc*, esto es, de índole abstracto —y por tanto incompatible, en ese y en otros puntos, con el *control difuso* o *judicial review*—, en donde corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, será el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada; la norma dubitada regresa entonces al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen<sup>15</sup>— *legislador negativo*; esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204 *ab initio* de la Constitución), creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una *norma subconstitucional*<sup>16</sup>, de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico de que toda ley se deroga solo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el artículo I del título preliminar del Código Civil peruano<sup>17</sup>, se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga solo por otra ley o por una sentencia*

<sup>15</sup> «El calificativo de *legislador negativo* que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende “desjurisdiccionalizar” ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía que, arrancando desde Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce [...] las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. [...] Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia [...]; cuando habla de “*legislador en sentido negativo*” lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austríaco. Escribió Kelsen: «un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo». Citado por PÉREZ TREMP (1981: pp. 6 y ss.) (cursivas agregadas). La cita de Kelsen está en KELSEN (1979: 303-334).

<sup>16</sup> ALONSO GARCÍA (1984: 13).

<sup>17</sup> Código Civil Peruano. Título preliminar. «Artículo I.- La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior

*estimatoria del Tribunal Constitucional*. No obstante, debe anotarse que el concepto originario de *legislador negativo* está, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y la que proviene de su Corte Constitucional; igualmente, por la actual doctrina española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como por la alemana y la que proviene de su Tribunal Constitucional<sup>18</sup>.

Desde este punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una *demanda*, en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino una *iniciativa legislativa negativa*, que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía ‘quirúrgica’ del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, con innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento; una tarea ‘quirúrgica’ que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará una inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el ‘vacío’ que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una *situación de mayor inconstitucionalidad* en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

La facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, en los parámetros de la Constitución, es de la misma dimensión y cualidad constitucional que la facultad de control constitucional que la misma Carta Política reconoce al Poder Judicial en orden a la aplicación de la facultad del *control difuso* previsto en la segunda parte del artículo 138 de la Constitución. Ello también debe reputarse como una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial que nadie debe soslayar, y que el propio Tribunal Constitucional debe ser el primero en hacer respetar para guardar un mínimo de coherencia constitucional<sup>19</sup>.

---

o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado».

<sup>18</sup> AJA (1998).

<sup>19</sup> Véase, al efecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, causa 050-2004-AI/TC y otros —acumulado— del Tribunal Constitucional.

### 3. LA ACTIVIDAD DE «CONTROL CONSTITUCIONAL» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La actividad de interpretación constitucional autorizada o *auténtica* (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*) realizada por el Tribunal Constitucional, hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un *control político* de los actos normativos con rango de ley del Congreso<sup>20</sup>. Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de *razonabilidad* del legislador —cuyos actos está llamado a controlar— cuando se someten a su escrutinio las disímiles materias reguladas por el Poder Legislativo.

Lo antes expuesto debería determinar la praxis del supremo intérprete de la Constitución; es decir, el control y la interpretación auténtica de la Constitución, ya que:

El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar *el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.*

Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, *no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola como una con un carácter político*<sup>21</sup>.

Sin embargo, dicho parámetro de actuación ha sido excedido —y en muchas oportunidades, infringido— por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos que, sin tomar en consideración las discrepancias jurídicas sobre el particular, *desnaturalizan la esencia misma del sistema de control concentrado regulado en nuestra Constitución*. Esto se deriva de la raigambre política de sus miembros, consecuencia del sistema de elección de los mismos por parte del Poder Legislativo.

---

<sup>20</sup> El laboralista Alonso Olea ha señalado, en nuestro medio, que: «Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político como lo indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal pues es una elección política. Por consiguiente, es un *órgano de control político* en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria» (OLEA 1996: 67).

<sup>21</sup> Fundamento 7 de la sentencia del 18 de febrero de 2005 referida al expediente 002-2005-PI/TC (Casi cinco mil ciudadanos contra el artículo 2 de la ley 28374).



En este orden de ideas, el profesor español Francisco Fernández Segado ha señalado lo siguiente:

Se tergiversa así la labor del Tribunal, que de ser un órgano de control de la Constitución pasa a ser, o corre el serio peligro de pasar a serlo, un órgano llamado a impedir tal control. Piénsese en que solo dos jueces constitucionales complacientes con el Poder Ejecutivo pueden impedir no solo el control del Tribunal, [...]. Y como ha significado Stein, un Tribunal Constitucional que solo es la prolongación y un instrumento complaciente del Poder Ejecutivo no solo desacredita su propia imagen, sino también a la Constitución<sup>22</sup>.

A continuación desarrollaremos algunos casos concretos sobre el particular.

**SENTENCIA DEL 3 DE JUNIO DE 2005 (EXPEDIENTES ACUMULADOS  
050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC)**

La violación constitucional invocada en dicho caso es la afectación de diversos derechos constitucionales, detallados en las demandas correspondientes, por parte de la ley 28389, Ley de Reforma Constitucional, y la ley 28449, que modifica el régimen pensionario regulado por el decreto ley 20530.

El contexto en el cual se inició cada uno de los procesos de inconstitucionalidad acumulados fue singular, debido a que las normas cuestionadas determinaban el cierre definitivo de la intangibilidad constitucional en materia previsional a favor de las personas beneficiarias del régimen del decreto ley 20530, denominado *cédula viva*, mediante la primera disposición final y transitoria de la Constitución.

En efecto, en sentencias expedidas en procesos de inconstitucionalidad previos, el Tribunal Constitucional desestimó y declaró inconstitucional cualquier norma que pretendiera modificar parcial o totalmente el régimen pensionario del decreto ley 20530<sup>23</sup>, máxime si teníamos en consideración que seis de sus siete miembros —en dicho entonces— eran beneficiarios del mismo. Sin embargo, dicho criterio no fue asumido en la sentencia del 3 de junio de 2005, debido exclusivamente a la presión generada por los medios de comunicación respecto a ello.

Si bien el Tribunal Constitucional no siguió con el «criterio» (¿?) jurisprudencial asumido en sentencias anteriores, lo «innovador» en la sentencia materia de análisis fue la posibilidad de que el ejercicio de la *judicial review* —o sistema de control de constitucionalidad difuso— resultase pasible de ser realizado por la administración pública<sup>24</sup>. En otros términos, *ante la incompatibilidad de una*

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ SEGADO (1999: 373).

<sup>23</sup> A tal efecto, revisar las sentencias recaídas en los expedientes 005-2002-AI/T y 002-2003-AI/TC.

<sup>24</sup> Fundamento 156 de la sentencia del 3 de junio de 2005.

*norma con la Constitución ante cualquier proceso seguido ante la administración pública, esta tiene el deber de inaplicar la norma cuestionada, conforme al artículo 38 de la Constitución. A tal efecto, resaltamos la parte pertinente:*

156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública

*Por su parte, el artículo 11 de la ley 28449, establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.*

*Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, solo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este Tribunal.*

*En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.*

*En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.*

Conforme lo señala la doctrina, la titularidad del sistema de control de constitucionalidad difuso está reservada al Poder Judicial y en ningún caso compete a la administración pública, conforme expresa categóricamente la segunda parte del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en el capítulo específicamente referido al Poder Judicial, y no puede ser extendido o analogizado válidamente a un órgano administrativo, por importante que sea el mismo.

Por tanto, lo señalado por el Tribunal Constitucional va contra lo establecido por la Constitución Política del Estado, lo cual determinará que la administración pública se irrogue ciertas facultades de las que carece, ya que *no puede declarar, por sí y ante sí, la incompatibilidad constitucional de una norma legal que no ha pasado por el control constitucional del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, debiendo aplicar la ley positiva que goza de presunción de legalidad y de constitucionalidad*<sup>25</sup>, hasta que no se declare lo contrario mediante los instrumentos que la Constitución ha diseñado.

---

<sup>25</sup> Según el numeral 1.1 del artículo IV del título preliminar de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Un antiguo principio constitucional señala que *no es permisible vulnerar la Constitución para, supuestamente, defender la Constitución*. Por ello, el Tribunal Constitucional deberá apartarse de dicho criterio jurisprudencial establecido en la sentencia del 3 de junio de 2005, con la finalidad de hacerla acorde a los postulados constitucionales en vigencia.

Pretender seguir con dicho criterio jurisprudencial implicaría que cualquier tribunal o ente administrativo realizara una especie de extensión de la *judicial review*, la cual sería inconstitucional porque dicha facultad *está constitucionalmente reservada al Poder Judicial*, y resulta evidente que la posición del Tribunal Constitucional implica una indebida modificación de la Constitución; y su determinación, fuera de los supuestos claramente establecidos por esta norma fundamental.

#### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 18 DE FEBRERO DE 2005 (EXPEDIENTE 002-2005-PI/TC)**

El objeto de esta demanda es que mediante sentencia del Tribunal Constitucional se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la ley 28374, que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, específicamente referida a la titularidad de los réditos obtenidos por la instalación de la Planta de Licuefacción de Gas Natural de Camisea en la ciudad de Cañete, perteneciente a la Región Lima.

La demanda de inconstitucionalidad parcial de la ley 28374 fue interpuesta el 28 de enero de 2005 por Miguel Ángel Mufarech Nemy, en su calidad de presidente de la Región Lima y en representación de más de cinco mil ciudadanos. El 3 de febrero de 2005, con una celeridad inusual y digna de mejores causas, de modo fulminante en la tramitación de un proceso cualquiera ante el Tribunal Constitucional (una semana), este notificó la resolución s/n del 1 de febrero de 2005 admisorio a trámite, disponiendo su traslado al Congreso de la República, entidad demandada, según lo establecido en el artículo 107 del Código Procesal Constitucional peruano.

El 8 de febrero de 2005, el Congreso de la República contestó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta. Nuevamente con una inusual celeridad, el 10 de febrero de 2005 el Tribunal Constitucional dispuso la vista de la causa para el 15 del mismo mes, en la sala de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En otros términos, el Tribunal Constitucional tramitó una causa constitucional en menos de dos semanas. Una celeridad insólita, máxime si tenemos

en consideración que en otras causas, referidas a otros medios de protección de derechos, demora en su tramitación aproximadamente dos o tres meses.

El 15 de febrero de 2005, durante la vista de la causa, se generaron una serie de irregularidades en el desarrollo de la misma. En efecto, se pretendió dar validez a la declaración de una persona que ni siquiera era parte legitimada en el proceso, con un *informe oral* sobre hechos.

El Tribunal Constitucional expidió la sentencia el 18 de febrero del mismo año<sup>26</sup>, otra vez con una celeridad inusual. En ella determinó que, en función de la intervención de un tercero en la audiencia pública programada el 15 de febrero anterior y de las críticas formuladas en la misma respecto del «[...] *modus operandi* en que el demandante ha actuado en esta oportunidad [...]» (sic), era necesario que el mismo tomara en cuenta algunas consideraciones sobre el particular, resumidas en lo señalado en el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia: «3. Se exhorta a las autoridades judiciales y administrativas a investigar el uso de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima, de acuerdo con el numeral VII de los fundamentos».

La conclusión expuesta fue «desarrollada» en el apartado VII de la sentencia<sup>27</sup>, que determinó una supuesta responsabilidad penal y/o administrativa del presidente regional de Lima y de su abogado patrocinante, en el manejo de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima.

No es materia del presente trabajo cuestionar los «argumentos» esgrimidos por el Tribunal Constitucional para arribar a una conclusión semejante. En efecto, lo inusual y arbitrario es que se haya pronunciado expresamente (y en un apartado completo) *sobre un aspecto no relativo ni al aspecto formal ni al material de la controversia planteada* en el proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la ley 28374.

La doctrina procesal constitucional señala que los mecanismos de control directo de la constitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional son una especie de *iniciativa legislativa negativa*, que se sirve de ciertos mecanismos procesales para desarrollarla de manera equitativa y ordenada, debido a que a la naturaleza misma del proceso de inconstitucionalidad es de carácter abstracto y no referido a un conflicto de intereses específico (cuya solución es el objeto

---

<sup>26</sup> Se debe señalar que otra evidente irregularidad incurrida en el proceso de inconstitucionalidad mencionado, que ha motivado una acusación constitucional contra el magistrado ponente, fue la expedición de dos sentencias idénticas en fechas diferentes. Ello fue corroborado desde la misma página web del Tribunal Constitucional ([www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)) notarialmente certificada, a pesar de que algunos de sus miembros pretendieran restar validez a una de ellas, aduciendo públicamente que la primera versión de 16 de febrero, del día siguiente a la vista, fue «apócrifa».

<sup>27</sup> Fundamentos 12 al 20 de la sentencia del 18 de febrero de 2005.

del proceso). En otros términos, la acción de inconstitucionalidad se sirve del *ropaje* del proceso para efectuar el análisis concreto de la norma dubitada ante el Tribunal Constitucional.

Un elemento del proceso del que se sirve este mecanismo de control constitucional es el referido a la legitimidad de las partes para obrar en el proceso, que deberá circunscribirse a lo establecido en las normas legales pertinentes. En el presente caso, es aplicable el artículo 107 del Código Procesal Constitucional Peruano:

Art. 107 del Código Procesal Constitucional Peruano.- Tramitación.- El auto admisorio concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:

Al Congreso de la República o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones, si se trata de Leyes y Reglamento del Congreso.

Al Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un decreto legislativo o decreto de urgencia.

*Al Congreso, a la Comisión Permanente y al Poder Ejecutivo, si se trata de tratados internacionales.*

*A los órganos correspondientes si la norma impugnada es carácter regional o municipal.*

*Con su contestación, o vencido el plazo sin que ella ocurra, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar que sus abogados informen oralmente.*

En función de la norma reseñada, el tercero que informó en la fecha designada en la vista de la causa del proceso nunca fue parte involucrada en el proceso porque carecía de legitimidad para solicitar su intervención. El proceso de inconstitucionalidad es abstracto; es decir, no está referido a un conflicto de intereses concreto y particular. En efecto, el juzgador de una causa que versa sobre control constitucional tendrá bajo su conocimiento una pretensión *abstracta*. En otros términos, se deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea *subsunción legal*, si realmente la norma legal transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha procedido de manera distinta al pretender someter al presente debate de naturaleza constitucional un asunto que no tiene relación con el mismo; que, por el contrario, se refiere a un aspecto totalmente irrelevante a la presente causa en la cual se analiza la constitucionalidad o no de una norma legal (o de rango legal).

#### 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 21 DE JULIO DE 2005 (EXPEDIENTE 0019-2005-PI/TC)

El objeto de esta demanda es que se declare la inconstitucionalidad de la ley 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47 del Código Penal, mediante el cual se equipara el tiempo de detención preliminar, preventiva o domiciliaria como cómputo para la pena impuesta para la pena privativa de la libertad por cada día de detención.

La norma dubitada fue materia de debate desde su entrada en vigencia por los medios de comunicación, máxime porque determinó la excarcelación de dos personas procesadas por delitos relativos a corrupción de funcionarios, por parte de una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sin embargo, durante el trámite del proceso de inconstitucionalidad la norma dubitada fue derogada por la ley 28577 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio pasado.

Como lo señala la doctrina procesal común, la sustracción de la materia supone que la relación procesal originada no podrá concluir con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puesto que ha desaparecido aquel móvil jurídico que determinó que se acudiera ante el Tribunal Constitucional para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma dubitada. El profesor Carnelutti señalaba dicho concepto como el de *imposibilidad de litigio* debido a la inexistencia sobreviviente del objeto del mismo, lo que involucra la *inexistencia de la relación jurídica subyacente*.

Este concepto, perteneciente a la Teoría General del Proceso, es aplicable perfectamente a los procesos de control constitucional. Conforme hemos detallado en el apartado anterior, estos adoptan algunos instrumentos del Derecho Procesal para desenvolver adecuadamente la pretensión objetiva sometida a consideración del Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, la derogación de la norma cuestionada de inconstitucional implica la carencia de objeto del proceso de inconstitucionalidad (la declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley), y por ende la conclusión del proceso, sin una declaración sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, este sencillo razonamiento no fue asumido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 21 de julio de 2005, que determinó un criterio distinto:

Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la ley 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, motivo por el cual, *ante todo, es preciso*

*determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.*

5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de que

«[...] no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe *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, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.*» (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente *elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos)*, la declaración de inconstitucionalidad *«aniquila» todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83 del Código Procesal Constitucional).*

De ahí que el artículo 204 de la Constitución establezca:

*«La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto.»* (énfasis agregado).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley *impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia*<sup>28</sup>.

Nuevamente estamos ante un criterio jurisprudencial sui géneris, establecido no solo en la sentencia del 21 de julio de 2005, sino también en la contenida en el expediente 0004-2004-AI/TC (acción de inconstitucionalidad contra la norma que estableció el Impuesto a las Transacciones Financieras) y posteriormente en la contenida en el expediente 0041-2004-AI/TC (acción de inconstitucionalidad contra ordenanzas de arbitrios municipales de la Municipalidad de Santiago de Surco).

Si bien los efectos de la norma derogada (en función de su aplicación) pueden continuar produciéndose en la realidad, el proceso de inconstitucionalidad no tiene como objeto la regulación de los mismos, sino el análisis abstracto de la

---

<sup>28</sup> Fundamentos 4 al 6 de la sentencia del 21 de julio de 2005.

norma cuestionada. Las consideraciones respecto de la aplicación de la norma cuestionada deben ser resueltas mediante los principios de aplicación de las normas en el tiempo (teoría de los hechos cumplidos y teoría de los derechos adquiridos), según sea el caso.

El Tribunal Constitucional no tiene como función ser un operador jurídico de la legalidad ni su aplicación a casos concretos, como hemos detallado con anterioridad. Su actividad debe centrarse —en el marco del sistema concentrado— en la interpretación y el control constitucional de las normas cuestionadas mediante el proceso de inconstitucionalidad. Si la norma ha sido derogada, entonces es inexistente en el mundo jurídico y mal podría ser susceptible de control por parte del Tribunal Constitucional.

## CONCLUSIONES

1. En el Perú coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, en principio contradictorios: el sistema norteamericano de revisión judicial de las leyes o de *judicial review*, donde dicho control es ejercido a través del Poder Judicial en un caso concreto, subjetivo, de manera difuminada y con efecto solo interpartes; y el sistema europeo o concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, donde el control es ejercido por un órgano ad hoc especialmente constituido para tal fin, de modo directo, abstracto y derogatorio *erga omnes*. Esto hace, para el Perú, un sistema mixto de control constitucional.

2. En nuestro país, el sistema de control concentrado lo ejerce el Tribunal Constitucional. Según la Constitución Política del Estado, dicha institución es el máximo *órgano de control de la Constitución*. A pesar de que la doctrina constitucional señala que el Tribunal Constitucional es el *supremo intérprete de la Constitución*, dicha función no ha sido expresamente establecida en la Constitución, ni tan siquiera por la ley 28237-Código Procesal Constitucional, a excepción de lo tímidamente señalado en el artículo 1 de la ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. La labor interpretativa del Tribunal Constitucional supone un examen abstracto de la norma cuestionada de constitucionalidad; el referente constitucional —a través del análisis de subsunción— determinará si la misma es compatible con los parámetros establecidos por la Carta Magna, incluyendo sus principios generales y los valores intrínsecos a la misma. Corresponde al Tribunal Constitucional la interpretación de la Constitución como intérprete auténtico de la misma, en tanto que a los jueces del Poder Judicial corresponde la interpretación auténtica de la ley en general. El Tribunal Constitucional no es ni debe ser un tribunal de



legalidad, lo que está reservado para la Corte Suprema de Justicia y sus órganos jerárquicamente dependientes en materia jurisdiccional.

4. Sin embargo, en los últimos años dicha actividad de interpretación constitucional ha sido desnaturalizada debido a factores eminentemente políticos, cuya causa originaria se puede encontrar en el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de la República. Por ende, la jurisprudencia constitucional dentro del ámbito del control concentrado no demuestra el cumplimiento de la función conferida al Tribunal por parte de la Constitución.

5. En la sentencia del 3 de junio de 2005 (Exp. 050-2004-AI/TC-Acumulados), el Tribunal Constitucional determinó la posibilidad de aplicación de la facultad del sistema de *judicial review* por parte de la administración pública, cuando esta solo puede regirse por el principio de legalidad, no siendo aplicable *mutatis mutandis* una función otorgada constitucionalmente al Poder Judicial.

6. En la sentencia del 21 de julio de 2005 (Exp. 0019-2005-PI/TC) y en la del 11 de noviembre de 2004 (Exp. 0041-2004-AI/TC), el Tribunal Constitucional determinó erróneamente la posibilidad de realizar el control constitucional de normas legales derogadas, cuando ello determina la inexistencia del objeto del proceso de inconstitucionalidad, generándose sustracción de la materia.

7. En la sentencia del 18 de febrero de 2005 (Exp. 002-2005-PI/TC), el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento sobre materias no relativas al objeto del proceso constitucional y dispuso la inclusión de personas que carecían de legitimidad para participar en el proceso de inconstitucionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AJA, Eliseo

1998 *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*. Barcelona: Ariel.

ALONSO GARCÍA, Enrique

1984 *La interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2000 «Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa». *Derecho PUCP*. Lima, número 53, pp. 7-64.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO

- 1999 «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires, pp. 353-386.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR

- 1968 *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1968)*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO

- 2000 *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Segunda edición. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana; Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO

- 1985 *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas S. A.

HESSE, HONRAD

- 1983 *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

KELSEN, HANS

- 1979 *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

OLEA, ALONSO

- 1996 *La Ley Procesal del Trabajo. Antecedentes y comentarios*. Lima: O. Sandoval A.

PÉREZ TREMP, PABLO

- 1981 *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

QUIROGA LEÓN, ANÍBAL

- 1990 «Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano». En QUIROGA, ANÍBAL (compilador). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Facultad de Derecho y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- 1996 Control «difuso» y control «concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. *Derecho PUCP*. Lima, número 50, pp. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 207-233. También en

- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús y otros (2005). *Controles constitucionales*. Santiago de Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- 2005 *La interpretación constitucional*. Ponencia presentada al I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; en Monterrey, NL, México, Septiembre de 2005.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO
- 1982 «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, número 4, pp. 35-67.
- SCHMITT, Carl
- 1983 *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.