



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La necesidad de reformas el sistema de control de
constitucionalidad en el Perú para adecuarlo a sus
objetivos y al Derecho Internacional**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Eduardo Manuel LÓPEZ ECHEVARRÍA

Lima, Perú

2012



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

López, E. (2012). *La necesidad de reformas el sistema de control de constitucionalidad en el Perú para adecuarlo a sus objetivos y al Derecho Internacional*. Tesis para optar grado de Magister en Doctor en Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

1. EL TEMA DE INVESTIGACIÓN

El tema de investigación se ubica en el ámbito del Derecho Constitucional, y se relaciona con los conceptos de control de la constitucionalidad de las normas y de los Tratados internacionales, con los Sistemas y Mecanismos de Control de Constitucionalidad, la Supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, la Responsabilidad Internacional, del ejercicio del control difuso por el Poder Judicial, y el respeto al principio de división de Poderes.

Sobre los hechos fácticos que sustentan la presente investigación, se tendrá presente las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de constitucionalidad, tanto de las leyes, como de los Tratados internacionales, la doctrina y legislación nacional y extranjera, así como sobre el ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. Diagnóstico Situacional.-

El artículo 200° de la Constitución Política del Perú establece que son garantías constitucionales: La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución; no procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular; y por otro lado, la Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, Tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, como parte de sus atribuciones, puede declarar la inconstitucionalidad de un Tratado internacional suscrito por los representantes del Estado peruano, en caso dicho Tratado viole alguno de

los derechos establecido en la Constitución o en las Leyes de desarrollo de los mencionados derechos. A su vez, el artículo 201° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. En ese orden de ideas, el artículo 1° de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señala que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

Asimismo, el artículo 138° de la Constitución Política establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes; en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal, sobre toda otra norma de rango inferior.

Por otro lado, el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, establece en su artículo 2° que los procesos constitucionales de amparo proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. A su vez, el artículo 3° de dicha norma, establece que en caso se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

En ese sentido, el artículo 4° de la mencionada norma, establece que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso; se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a

acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Respecto a la acción de inconstitucionalidad, el artículo 77° del Código de Ética, establece que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, Tratados que hubieran requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56° y 57° de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. A su vez, según el artículo 81° de la misma normativa, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma o de un Tratado internacional, expulsa a ambos del ordenamiento jurídico peruano. Por ello, dejan de generar efectos jurídicos y por tanto, de ser obligatorios; sin embargo, dichos efectos no son retroactivos, la sentencia produce efectos desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

En ese sentido el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS establece que, de conformidad con el artículo 138° de la Constitución, al momento en que los Magistrados deban fallar sobre el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, si encuentran que existe incompatibilidad entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas, son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas; lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

En ese sentido, se puede concluir que el sistema de control de constitucionalidad en el Perú, presenta las siguientes características:

A) El control de la constitucionalidad de todo tipo de normas, y de los Tratados internacionales, es posterior a la entrada en vigencia de los mismos. No existe un control previo de constitucionalidad, a la entrada en vigencia de ningún tipo de norma o Tratado internacional.

B) El control de la constitucionalidad de las Leyes puede ser ejercido por la autoridad judicial, vía acción de amparo o vía proceso judicial común, inaplicando la norma inconstitucional solamente al caso concreto, mediante el denominado control difuso; o puede ser un control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional, vía acción de inconstitucionalidad expulsando la norma del ordenamiento legal, de manera concentrada, pero desde la publicación de la sentencia.

A su vez, la aplicación de dicho sistema de control de constitucionalidad, genera los siguientes efectos y problemas:

1° No se controla la constitucionalidad de ningún tipo de norma antes de su entrada en vigencia y por ende, antes que produzca efectos, cualquiera fuere la jerarquía de la norma o su temática, desde las leyes de reforma constitucional, leyes orgánicas, Tratados o reglamentos, inclusive. Dicha situación ocasiona diversos perjuicios: en el caso de las normas tributarias, que son auto-aplicativas u otras normas que generan efectos que difícilmente pueden ser reparados o que simplemente, no son reparados, en caso se declare su inaplicación a un caso concreto, o su inconstitucionalidad de manera posterior a su entrada en vigencia.

2° Al existir la posibilidad que un Tratado sea declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, la sentencia que al respecto emita el Tribunal, obligaría al Estado peruano a incumplir una obligación internacional por decisión de un tribunal interno, lo cual es contrario a lo establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y, por ende, eventualmente, generaría responsabilidad internacional al Perú y desprestigiaría la imagen de nuestro país ante la Comunidad Internacional.

Una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional relativa a los alcances de un Tratado internacional en vigor para el Perú, tampoco podría ser oponible a los demás Estados-partes del Tratado, pues cualquier modificación, nueva interpretación o limitación de los alcances de un Tratado debe efectuarse de acuerdo al derecho internacional, y a lo establecido en el Convenio de Viena de 1969. Al respecto, si bien la mencionada Convención establece la posibilidad de formular reservas al momento de celebrarse un Tratado, debe tenerse presente que una sentencia del Tribunal Constitucional, no cumple los requisitos para ser considerada una Reserva, según el Derecho Internacional, al haberse emitido posteriormente al consentimiento y ratificación del Estado peruano.

A su vez, debe tenerse presente que un Tratado internacional es un acuerdo de voluntades entre Estados, rigiéndose por el principio de buena fe; por otro lado, una norma jurídica es la manifestación del "*ius imperium*" de un Estado sobre su territorio, mediante el cual regula las relaciones jurídicas y sociales que tienen lugar dentro de su jurisdicción.

Sobre la Responsabilidad Internacional, los artículos 16° y 17° el Proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional sobre la materia que constituye costumbre internacional, establecen que la violación o incumplimiento de una obligación internacional, cualquiera fuese su motivación, origina responsabilidad internacional. Dicha responsabilidad se configura independientemente a si el mencionado incumplimiento, generó o no un daño concreto, o si exista o no la intencionalidad del Estado de incumplir su obligación o causar un daño.

Dicho incumplimiento debe ser como consecuencia de un "hecho del Estado"; en el caso de una sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional un Tratado, esta declaratoria constituye un hecho originado por el máximo órgano jurisdiccional constitucional del Estado peruano, y la misma retiraría del ordenamiento jurídico a un Tratado vigente para el Perú, encontrándose obligadas todas las instituciones públicas y privadas a incumplir dicho fallo.

3° Vía acción de amparo, o proceso ordinario, la autoridad judicial puede ejercer el control difuso e inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, sin que sobre el caso exista un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, inclusive el Tribunal podría tener un criterio contrario al judicial. Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución. Dicha situación genera que en ocasiones, judicialmente se inaplique una norma en casos concretos, cuya constitucionalidad es confirmada por el Tribunal Constitucional posteriormente, exigiendo además su cumplimiento por todo el aparato estatal, la Sociedad Civil e incluso el propio Poder Judicial, pero sin haber tenido la opción de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma en el caso concreto. Según ello, pese a ser el Tribunal Constitucional, el Supremo Interprete de la Constitución en diversos casos, la autoridad Judicial ejercita el control difuso de la Constitucionalidad, sobre cualquier consideración del Tribunal.

Dicha situación genera que existan en el Perú dos sistemas de control de constitucionalidad casi independientes, que operan disfuncionalmente, pese a que la doctrina y los ordenamientos internacionales, coinciden en que los sistemas de control de constitucionalidad, sean difusos o concentrados, persiguen el mismo fin. Asimismo, la doctrina internacional establece que debe existir un sólo ente que interprete la Constitución, emitiendo los criterios a ser seguidos por los operadores jurídicos y además, pueda controlar el cumplimiento de dichos criterios.

Respecto a los efectos y problemas 1° y 2° mencionados anteriormente, en adelante problemas 1° y 2°, cabe señalar que existe un control previo de la constitucionalidad de dichas normas y Tratados vía el Congreso de la República, el cual consideramos insuficiente por no ser vinculante, y por tanto, no tener las características necesarias para ser considerado un control de constitucionalidad propiamente.

Respecto al efecto y problema 3°, en adelante problema 3°, si bien teóricamente el Poder Judicial sigue los lineamientos del Tribunal Constitucional respecto a la interpretación y los alcances de los derechos

constitucionales, sin embargo, en la práctica el Tribunal no puede ejercer ningún tipo de control respecto al seguimiento de sus criterios. Inclusive, el Poder Judicial puede ejercer el control difuso, e inaplicar una norma a un caso concreto, sin que el Tribunal Constitucional pueda emitir un pronunciamiento respecto a la inaplicación antes mencionada.

Asimismo, debe tenerse presente que sólo en casos de procesos de acción de amparo o de cumplimiento, el Tribunal es última instancia decisoria a lo resuelto por el poder judicial en primera instancia, y sólo en el caso que se interponga recurso extraordinario por la parte demandante. En los demás casos en que el Poder Judicial ejerce el control difuso, el Tribunal no puede pronunciarse sobre procesos en los cuales se hubiese inaplicado una norma legal.

Cabe señalar que, en el caso de la inaplicación de una norma inconstitucional en un proceso judicial ordinario, el expediente se debe elevar en consulta a la Corte Suprema, según lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, y no al Tribunal Constitucional, pese a ser el Supremo Intérprete de la Constitución. Por ello, salvo el caso del recurso extraordinario en un proceso constitucional, existen dos justicias constitucionales “paralelas”.

2.2.- Pronóstico

El actual diseño del sistema de control de constitucionalidad establecido en el Perú, y que genera los efectos y problemas señalados anteriormente, conlleva a que:

A) Se emitan normas de todo tipo de jerarquía que, en diversos casos, pueden dañar de manera irreparable o de difícil posibilidad de reparación, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

B) Exista la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional, en caso se declarase la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor, pues dicha

posibilidad contraviene lo establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

C) El Tribunal Constitucional no ejerza a cabalidad su función de máximo intérprete de la Constitución, al no poder ejercer un adecuado control del cumplimiento de sus criterios de interpretación, por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios que ejercen el control difuso de la Constitucionalidad, generando un peculiar sistema de control de constitucional en el Perú, definido como dual o paralelo.

Los motivos de las disfunciones antes mencionadas, en el sistema de control de constitucionalidad en el Perú, son:

1° En el Sistema de Control de Constitucionalidad no existe la posibilidad de un control previo de ningún tipo de norma, antes de su entrada en vigencia, o de los Tratados, antes de su ratificación, bajo ningún supuesto.

2° El sistema es dual o paralelo, el Tribunal Constitucional no es propiamente el órgano jerárquicamente superior como instancia de revisión de la aplicación del denominado control difuso que ejerce el Poder Judicial, en casos concretos.

Ello se debe a que dicha modalidad de control de constitucionalidad, se ejerce de manera casi independiente por el Poder Judicial, salvo el caso del Recurso de Agravio Constitucional que es resuelto por el Tribunal Constitucional. Dicho recurso sólo puede ser interpuesto por la parte demandante, contra quien se hubiese emitido sentencia de segunda instancia judicial, que desestime un proceso de constitucionalidad planteado por dicha parte procesal.

2.3.- Control.-

Por lo antes mencionado, a efectos de solucionar la problemática antes mencionada, teniendo en consideración la institución del control de constitucionalidad, y el de la responsabilidad internacional, consideramos que:

1° Debe existir la posibilidad de un control previo de constitucionalidad, anterior a la entrada en vigencia de diverso tipo de normas que pueden vulnerar, en forma irreparable, derechos fundamentales de los ciudadanos, como lo son las normas tributarias auto-aplicativas.

2° En el caso del control de constitucionalidad de los Tratados, el control de la constitucionalidad debe ser previo antes de su ratificación, en todos los casos, a efectos de evitar incurrir en responsabilidad internacional.

3° Se debe otorgar al Tribunal Constitucional las facultades necesarias para que, en su calidad de Supremo Intérprete de la Constitución, ejerza un adecuado control respecto a la aplicación de sus criterios por los órganos jurisdiccionales ordinarios, cuando estos realizan el denominado control difuso de la constitucionalidad en situaciones concretas.

2.4.- Formulación del Problema.-

2.4.1.-Problema principal

➤ Cuáles son las modificaciones necesarias para que el actual sistema de control de constitucionalidad de normas y Tratados existente en el Perú, sea acorde con los objetivos de dicho sistema y con el derecho internacional.

2.4.2.-Problemas secundarios

➤ Qué efectos genera la aplicación del sistema de control de constitucionalidad en el Perú, y si estos son contrarios al derecho internacional o a los objetivos de dicho sistema.

➤ Qué efectos genera un sistema que sólo controla “*ex post*” o luego de su entrada en vigencia, la constitucionalidad de los Tratados y de las normas de toda jerarquía.

- Qué efectos tiene la declaratoria de inconstitucionalidad de un Tratado en vigor por parte del Tribunal Constitucional, y
- Qué efectos tiene el actual control previo de los Tratados y normas tributarias que realiza el Congreso de la República.
- Qué efectos tiene el ejercicio del denominado control difuso de los órganos jurisdiccionales ordinarios en el Perú, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional es el Supremo Intérprete de la Constitución.
- Qué efectos tendría la implementación de un sistema de control de Constitucionalidad previo, respecto a determinadas normas cuya aplicación puedan generar un daño irreparable o de difícil reparación a la Sociedad Civil.
- Qué efectos tendría a implementación de un Sistema de Control de Constitucionalidad previo de los Tratados, por parte del Tribunal Constitucional.
- Qué efectos tendría el establecer que el Tribunal Constitucional sea la instancia competente para conocer en última y definitiva instancia, los procesos en los cuales se ejerza el denominado control difuso por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

2.5.- Objetivos de investigación.-

2.5.1.-Objetivo principal.-

- Determinar cuáles son las modificaciones necesarias para que el actual sistema de control de constitucionalidad de normas y Tratados existente en el Perú, sea acorde con los objetivos de dicho sistema y con el derecho internacional.

2.5.2.-Objetivo secundarios.-

- Determinar qué efectos genera la aplicación del Sistema de Control de Constitucionalidad en el Perú, y si estos son contrarios al Derecho Internacional o a los objetivos de dicho sistema.
- Determinar qué efectos genera un sistema que solo controla “*ex post*” o luego de su entrada en vigencia, la constitucionalidad de los Tratados y de las normas de toda jerarquía.
- Determinar qué efectos tiene la declaratoria de inconstitucionalidad de un Tratado en vigor por parte del Tribunal Constitucional, y
- Determinar qué efectos tiene el actual control previo de los Tratados y de las normas tributarias, que realiza el Congreso de la República.
- Determinar qué efectos tiene el ejercicio del denominado control difuso de los órganos jurisdiccionales ordinarios en el Perú, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional es el Supremo Intérprete de la Constitución.
- Determinar qué efectos tendría la implementación de un Sistema de Control de Constitucionalidad previo sobre determinadas normas, cuya aplicación pueda generar un daño irreparable o de difícil reparación a la Sociedad Civil.
- Determinar qué efectos tendría la implementación de un Sistema de Control de Constitucionalidad previo de los Tratados y normas tributarias por parte del Tribunal Constitucional.
- Determinar qué efectos tendrían establecer que el Tribunal Constitucional, sea la instancia competente para conocer en última y definitiva instancia, los procesos en los cuales se ejerza el denominado control difuso por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

2.6. Justificación.-

2.6.1. Desde el punto de vista legal.-

La presente investigación constituye un aporte para mejorar el Sistema de Control Constitucional en el Perú, a efectos de cubrir determinados vacíos que presenta el mencionado sistema, los cuales afectan los derechos de la Sociedad Civil; y a su vez, pueden generar Responsabilidad Internacional al Estado peruano y un daño en la imagen del Perú ante la comunidad internacional. Asimismo, dicho Sistema no permite que el Tribunal Constitucional ejerza un control eficaz del cumplimiento de sus criterios, respecto al control difuso ejercido por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En ese sentido, consideramos que la implementación de las recomendaciones de la presente investigación permitirá una mejor protección de los derechos de la Sociedad Civil, al evitar que determinadas normas que resultan ser inconstitucionales surtan efectos; asimismo, permitirá un control efectivo de la constitucionalidad de los Tratados que en el futuro pueda celebrar el Perú (antes de su ratificación), tanto sobre la forma en que fueron celebrados, como sobre el fondo de sus estipulaciones, verificando si vulneran normas de rango constitucional; pero, adecuando dicho control a lo establecido por el Derecho Internacional.

Por otro lado, permitirá que el Tribunal Constitucional pueda ejercer un control efectivo respecto al cumplimiento de sus criterios sobre la constitucionalidad de las normas, con ocasión del ejercicio del control difuso por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

La administración de justicia requiere del buen funcionamiento de los mecanismos de control de constitucionalidad, para potenciar una dinámica que institucionalice de manera racional el imperio de la Ley, y más aún, la supremacía de la Carta Fundamental, teniendo al Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la Constitución.

2.6.2. Desde el punto de vista de la Política Exterior.-

Con relación al problema de la declaratoria de inconstitucionalidad de Tratados en vigor para el país, mediante la presente investigación se recomienda adoptar un mecanismo que evite que el Estado peruano incurra en supuestos de Responsabilidad Internacional, y evitar cualquier daño a la imagen del Perú en la Comunidad Internacional, en caso se materializara el incumplimiento de una obligación internacional por disposición de un Tribunal Interno.

Debe tenerse presente que el mantener una adecuada imagen del Estado peruano, como respetuoso del Derecho Internacional y de sus obligaciones internacionales, constituye un objetivo fundamental de la Política Exterior peruana.

2.6.3. Desde el punto de vista económico y social.-

Al establecerse un mecanismo adecuado para controlar la constitucionalidad de determinadas normas antes de su entrada en vigencia, así como los Tratados, antes que entren en vigor, se genera mayor seguridad jurídica tanto en los operadores de derecho, como en la Sociedad Civil en general, en la medida que:

1º Se evita que se generen daños irreparables o de difícil reparación para la Sociedad Civil, que pueden producir normas que resultan ser inconstitucionales, mientras estuvieron vigentes.

2º Se evita la posibilidad de declararse la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor por un Tribunal Interno, lo cual no sólo puede generar Responsabilidad Internacional y daño a la imagen del país, sino que no resultaría oponible frente a los Estados partes del Tratado.

A su vez, consideramos que la adopción de las recomendaciones de esta investigación, generará mayor seguridad en los operadores económicos respecto a las estipulaciones contenidas en los Tratados, su validez y su aplicación en el tiempo. Dicha dinámica conlleva a que los inversionistas extranjeros y demás operadores económicos, puedan tomar decisiones con

mayor seguridad, generando mayor inversión extranjera directa en el país, mayor desarrollo económico, y más puestos de trabajo, directos e indirectos.

2.6.4. Desde el punto de vista político.-

En lo que respecta a la implementación de un Sistema de Control de Constitucionalidad previo de normas tributarias y de los Tratados por parte del Supremo Intérprete de nuestra Constitución, que tenga efectos vinculantes, supondrá que la discusión de carácter político que se realiza en el Congreso de la República, sea respecto a los posibles beneficios que pudieren o no generarse por la promulgación de una norma tributaria y por la ratificación o aprobación de un Tratado, lo cual es su verdadera función; y evitar que dicha discusión política se refiera a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichos instrumentos, otorgándole además a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, seguridad sobre el alcance de sus competencias.

2.7. Delimitación.-

2.7.1. Delimitación Espacial.-

La presente investigación se realizará considerando el actual Sistema de Control de Constitucionalidad aplicable en el territorio de la República del Perú.

Sin embargo, también se tendrá en cuenta la normativa relativa a los Sistemas de Control de Constitucionalidad en otros países latinoamericanos, en países de tradición europea continental, y en países de tradición del “*common law*” o de tradición anglosajona.

2.7.2.-Delimitación Temporal.-

La presente investigación se realizará considerando el actual Sistema de Control de Constitucionalidad en el Perú, vigente desde la Constitución de 1979 hasta la fecha. Sin embargo, por fines metodológicos, se tendrán en cuenta las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional entre el 2001 y el 2011.

2.7.3.-Delimitación Cuantitativa y Cualitativa.-

Respecto a la delimitación cualitativa, conforme se ha señalado en la introducción del presente trabajo, la investigación se centra en torno a los aspectos procesales o procedimentales del Control de la Constitucionalidad de las normas tributarias y los Tratados en el Perú, al momento, la manera y las instancias en que se este se realiza este control, que puede ser previo o posterior, abstracto y concreto. A su vez, sobre las facultades del Tribunal en materia de control difuso que ejerce el Poder Judicial.

La presente investigación no tiene como finalidad analizar los criterios sustantivos para declarar la inconstitucionalidad de una norma o un Tratado, sea por la forma de su aprobación o por el fondo de su regulación; ni tampoco los criterios que debe utilizar el Poder Judicial para ejercer el denominado control difuso de constitucionalidad.

Asimismo, pese a que según los fundamentos y argumentos de la presente investigación y conforme la legislación comparada, el mecanismo de control previo de constitucionalidad de la Leyes, podría resultar una institución útil para el control de diversos tipos de normas, que incluso pueden dañar los derechos de la Sociedad Civil mientras se encuentran vigentes, la presente investigación se limitará a analizar la conveniencia de dicho control para el caso de proyectos de normas tributarias auto-aplicativas y de Tratados. En ese sentido, no se descarta que otras investigaciones, puedan profundizar respecto a la conveniencia de aplicar dicho tipo de control para otro tipo de normas.

Respecto a lo cuantitativo, tratándose de una tesis empírico jurídico social , se pretende efectuar una investigación que mida la problemática planteada y las hipótesis para la solución de la misma, desde la revisión de diversas fuentes, destacando el trabajo de campo referente a la revisión de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre control de inconstitucionalidad de normas tributarias y Tratados, y las relacionadas al control difuso de constitucionalidad que ejerce el Poder Judicial entre el 2001 y el 2011. También

se tendrán en cuenta, la doctrina nacional e internacional y la legislación extranjera, relativas a los problemas y objetivos materia de la presente investigación.

Respecto al Problema N° 1, a efectos de cuantificar dicha problemática, se pretende evaluar tanto la existencia, como la continuidad y/o reiterancia de la declaratoria de inconstitucionalidad de normas tributarias, que afectan de manera irreparable o de difícil reparación, los derechos de la Sociedad Civil. En ese sentido se plantea la conveniencia de modificar el Sistema de Control de Constitucionalidad abstracto, para que no sólo fuera un control “*a posteriori*”, sino también un control previo.

Respecto al Problema N° 2, a efectos de cuantificar dicha problemática, se pretende evaluar la probabilidad que el Estado peruano incurra en Responsabilidad Internacional y por tanto, se dañe la imagen del país ante la Comunidad Internacional como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de un Tratado en vigor para el país. Por ello, se plantea la conveniencia de modificar el Sistema de Control de Constitucionalidad para que efectúe un control previo en materia de Tratados.

Respecto al Problema N° 3, a efectos de cuantificar dicha problemática, se pretende evaluar la efectividad del control que realiza el Tribunal Constitucional respecto al cumplimiento de sus criterios por los órganos jurisdiccionales regulares cuando ejercen el denominado control difuso. A su vez, se plantea la conveniencia de modificar las instancias en las cuales se ejerce el citado mecanismo de Control de Constitucionalidad, a efectos que el Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia, revise las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales ordinarios que realizan este tipo de control de constitucionalidad.

3. MARCO TEÓRICO.-

3.1.- Marco Histórico.-

Seguidamente se expone un Marco Histórico de la presente investigación, el cual principalmente está referido al denominado Sistema de Control de Constitucionalidad europeo continental y el Sistema de Control de Constitucionalidad del “*common law*”, o “*judicial review*”.

Asimismo, se expondrán algunos antecedentes de la presente investigación, entendido como el estado en que se encuentra la solución de los problemas materia de investigación

3.1.1.- Sobre el origen de los principales Sistemas de Control de Constitucionalidad.-

El Control de la Constitucionalidad es uno de los principales mecanismos institucionales que configuran el actual concepto de Estado de Derecho, su origen se remonta al mismo nacimiento del Estado moderno, y de la Constitución moderna durante el siglo XVII.

“En todo sistema político moderno que se precie de ser democrático, el poder del gobierno no se puede legitimar por sí mismo, sino desde la existencia y la operatividad, a nivel real, de la oposición. Para lo cual, la Constitución ha establecido instituciones tales como la justicia constitucional, encargada de controlar el poder, hacer respetar los derechos fundamentales y cautelar los derechos de las minorías. Ello debido a que, si bien es cierto que con el establecimiento de las democracias constitucionales se inicia un proceso de racionalización del poder, la autoridad, incluso elegida democráticamente, cuando ejerce el poder sin control puede terminar cometiendo todo tipo de excesos, no solo contra sus adversarios, sino también contra cualquier pacífico ciudadano. Esto se explica porque el poder

encierra en sí mismo, la semilla de su propia degeneración. De allí que las personas con poder, público o privado, deban estar siempre controladas mediante la Constitución y la Ley.”¹

Dicho control no solo es una garantía del Estado de Derecho moderno, sino además un mecanismo de control el poder político que asegura la división de poderes, otro de los principales elementos del Estado de Derecho actual.

“Si bien el control del poder está en la raíz de la democracia constitucional contemporánea, existen diversas formas de tomar precauciones auxiliares, manteniendo el contenido esencial de la democracia moderna; el cual es por excelencia evitar la tiranía asegurando la división del poder y protegiendo los derechos y libertades ciudadanas, a través de la justicia constitucional, consagrados en la Constitución. El que la democracia sea un valor y un sistema común a la humanidad ha dado lugar a una homogénea jurisdicción de la libertad en diferentes latitudes, aunque con tiempos y pautas distintas, según se trate de la tradición jurídica anglosajona del common law o de la europea continental del Rechtstaat.”²

La evolución del concepto de Estado y de Derecho antes mencionado, se ha producido en forma diferente en los Estados europeos y en los sistemas de derecho que priman en dichos países.

Al respecto, resulta interesante analizar en primer lugar la experiencia británica referida al desarrollo del concepto antes mencionado.

“La experiencia anglosajona de la revisión judicial de los actos arbitrarios del gobierno hunde sus raíces en Inglaterra, en la polémica constitucional del siglo XVII, entre el gubernaculum y la

¹ Cesar Ianda Arroyo. Tribunal Constitucional y Estado Democrático., Tercera Edición. Palestra Ediciones. Lima. 2007. Pag. 47

² LOC CIT PAG 48

jurisdictio; es decir, en el conflicto entre el despotismo de los monarcas y la libertad de los súbditos...Entre dichos pactos se encuentran la Charter of Liberties de 1100, la Charta magna de 1215, las Provisions of Oxford de 1258, el Confirmatic Caterum de 1297, la Petition of Rights de 1628, el Agreement of the people de 1653, el Instrument of Government de 1653, y el Bill of Rights de 1658; las mismas que fueron recogiendo la idea de la existencia de las leyes y derechos supremos, propios de Derecho natural, fuera del alcance del rey e inclusive del Parlamento.”³

Como se puede apreciar, es en Inglaterra donde nació el concepto de control constitucional de las leyes, justamente como un control al posible abuso que pueda ejercer el Estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

“El origen del control de la Constitucionalidad en las leyes aparece en Inglaterra, como lo señala Fernández Segado, en la sentencia emitida por el Juez Coke en 1606, en el caso en que el Doctor Thomas Bonham, médico de profesión, al ser evaluado por el Royal College of Physician, fue desaprobado para el ejercicio de la profesión de médico, y prohibido de ejercer la profesión, al hacer caso omiso fue sentenciado a la pena de privación de la libertad, en aplicación de una Carta de Enrique VII que, posteriormente fue convertida en Ley, motivo por el cual, el doctor Bonham demanda al Royal College of Physician; la sentencia en referencia estableció que la competencia de Royal College of Physician no abarcaba el caso en cuestión, y que la ley que le daba tal competencia debe ser declarada nula.”⁴

“Esta decisión judicial, que cuestionaba en realidad la soberanía política parlamentaria, le costó a Sir Coke, poco tiempo después,

³ LOC CIT PAG 48 49

⁴ Diaz Zegarra Walter. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Editorial San Marcos. Lima. 2004 pag 62

el cargo como Presidente de su Corte en una época de graves conflictos entre los poderes.”⁵

Pese a ello, dicho sistema de control de constitucionalidad tiene matices, en el sistema británico el ejercicio del control de constitucionalidad no conlleva a la inaplicación de la Leyes por parte de los jueces, sino a interpretarlas de acuerdo a los fines y propósitos de las mismas. Debe tenerse presente que en Inglaterra no existe una Constitución escrita sino diversos acuerdos o protocolos, que a través de los tiempos inspiran a los jueces a efectos de evaluar si una norma legal emitida por el Estado afecta o no derechos fundamentales e inalienables de las personas.

“...Estos derechos afectados por el uso excesivo del poder discrecional de la administración pública local y central, no llevaron a los jueces a inaplicar las leyes del parlamento, sino a interpretarlas de acuerdo con los fines y propósitos de las mismas, para poder controlar los excesos administrativos; pero siempre bajo el marco del principio de legalidad.”⁶

Dicho sistema de control de constitucionalidad británico, ha sido modificado a raíz de fenómenos de integración y globalización, motivo por el cual ahora los jueces británicos están inaplicando normas emitidas por el Parlamento Británico.

“...En efecto con la incorporación de Gran Bretaña a la Unión Europea, la ratificación de la Convención europea de derechos humanos y el sometimiento a los Tribunales europeos que de esos Tratados se derivan, en ese país se viene modificando, lentamente, la pura doctrina de la soberanía parlamentaria. Ello a fin de tutelar los derechos fundamentales de las personas ante lo excesos irracionales del poder...En efecto, el parlamento británico, al haber incorporado en 1998 la Convención Europea de

⁵ Landa César. loc cit. pag 50

⁶ Landa Cesar. loc cit. pag 52

los Derechos Humanos como ley nacional, ha habilitado a los jueces a realizar el control judicial de las normas que sean contrarias a dicho Tratado, pero tan solo para declararlas incompatibles ... ello pone en evidencia que el actual proceso de globalización de los derechos humanos, fenómeno propio de la integración supranacional europea, ha abierto en el Reino Unido la opción del control judicial parcial de las leyes; así como, el progresivo traspaso relativo de la soberanía parlamentaria nacional a los tribunales supranacionales europeos.”⁷

Pero no solo es en Inglaterra donde se desarrolla el concepto de inconstitucionalidad, como la transgresión de la Ley a la Constitución o principios fundamentales de derecho. Debe tenerse presente que, en Europa Continental durante el siglo XVII, XVIII e inicios del Siglo XIX inclusive, se desarrollaron regímenes absolutistas, con una gran concentración de poder por parte del monarca y, posteriormente, gobiernos de carácter totalitario.

En los Estados Unidos de América se desarrolló el concepto de estado de derecho y de control de constitucionalidad como una obligación por parte de los jueces, a efectos de proteger a los ciudadanos del abuso de sus gobernantes.

“En el año 1803 se da el célebre fallo del juez Marshall, donde se establece que la Constitución es norma suprema en todo el ordenamiento jurídico, y que una ley contraria a ella debe ser ignorada; éste pensamiento norteamericano, va nuevamente a regresar a sus orígenes y ser inspiración de un nuevo modelo de control de constitucionalidad de las leyes, para ser determinante en algunas codificaciones de Europa después de las guerras mundiales, fundamentalmente de aquellas experiencias sufridas por pensamientos nazi fascistas. Dicha influencia en Europa va a ser obra fundamental del vienés Hans Kelsen quién va a proponer la creación de un organismo especializado para resolver

⁷ Landa César. loc cit. pag 53

cuestiones constitucionales, en las que un juez de carrera no podía fácilmente resolver debido a su formación y desarrollo de vida, en su quehacer diario en la resolución de conflictos; razón por la cual se necesita de otro tipo de magistrados, que al igual que los que hacen leyes tengan una visión interpretación histórica, teleológica, literal e histórica, es decir una visión más amplia que los jueces de carrera.”⁸

“La otra experiencia anglosajona del control judicial es la norteamericana, donde Inglaterra hizo sentir su poderosa influencia, sobre todo en los orígenes del constitucionalismo de los Estados Unidos... Pero, los colonos rechazaron en la práctica, la tesis de la soberanía ilimitada del parlamento. Debido a que el Parlamento Británico dictó diversas leyes tributarias que les afectaron sin su representación y otra norma que privó a los colonos irlandeses a un juicio con jurado irlandés. Estos hechos jurídico-políticos estuvieron, directamente, vinculados con los sucesos que dieron paso a la guerra con los ingleses y a la independencia de los Estados Unidos en 1776.”⁹

Mediante el constitucionalismo americano se instaura uno de los principios básicos sobre los que se asienta el orden constitucional, cual es la Supremacía Constitucional; principio que implica reconocer a la Constitución como norma fundamental de un Estado, otorgándole el valor de Ley Suprema colocándola por encima de las demás normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado, de las cuales constituye su fuente primaria.

En la Constitución norteamericana de 1787 encontramos que el art., VI, Sección II, establece que *“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, ser la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de*

⁸ Díaz Zegarra Walter, loc. cit. pag 62-63

⁹ Landa Cesar. loc cit. pag 54

cualquier cosa en contra que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado"¹⁰, plasmando así el postulado fundamental de la Supremacía Constitucional.

El sistema norteamericano constituyó una innovación frente al sistema inglés del cual surgió. No obstante, en el derecho inglés, se puede encontrar un importante antecedente de la formulación de la supremacía constitucional, en la sentencia del juez inglés Edward Coke, quien en el caso Bonham del año 1610, introdujo la idea de un *"fundamental law"*.

Dicho magistrado sostuvo *"que el Common Law gozaba de supremacía sobre los actos del rey y aún sobre las Leyes del Parlamento y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de la limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley, y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía"*¹¹

En el año 1795, se establece la diferencia entre el sistema inglés y el sistema norteamericano por parte del Tribunal Supremo sobre la base de que en aquél *"la autoridad del Parlamento no tiene límites"*, no tiene Constitución escrita, ni *"fundamental law"*, que limite el ejercicio del poder legislativo. En contraste, *"en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija: contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho Supremo de la tierra; es superior al poder legislativo"*¹²

La doctrina del *"fundamental law"* se asentó en la Constitución Norteamericana, la cual era escrita y rígida; no obstante, no se hubiera mantenido sino se hubiese apoyado en la teoría de la *"judicial review"*, la que establece la competencia de los jueces para realizar un control sobre la constitucionalidad de las leyes.

¹⁰ García de Enterría, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 54

¹¹ González Rivas, Juan José, "La justicia constitucional: derecho comparado y español, Revista de Derecho Privado, Madrid 1985, p. 33

¹² Idem, p. 35

Así, fue la célebre sentencia dictada en el año 1803 por el Juez del Tribunal Supremo John Marshall dentro del caso *Marbury vs. Madison*, la que constituyó uno de los modelos doctrinales clásicos de control de constitucionalidad: la "*judicial review*", caracterizada por encargarle a todos los jueces, sin importar su especialidad, el poder- deber de controlar que las leyes que se aplican en un caso concreto, respeten los preceptos constitucionales. De encontrar incompatibilidad entre ellas, la Ley no deja de estar vigente, solo se inaplicará en el caso litigioso.

Es así que mediante la nombrada sentencia se estableció la competencia de la justicia para velar por la constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales y se estableció la idea de la Constitución como Ley Suprema de la Nación.

Según García de Enterría¹³, la concepción de la Constitución como Ley Suprema que sienta los valores supremos de un orden, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano.

Entonces, la Constitución norteamericana se va a regir por el modelo de control de constitucionalidad difuso, en el cual se le reconoce a la Constitución el carácter de norma suprema, otorgándose a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la Ley y por encima de ésta, la Constitución. En este sistema todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad, ya que la declaración de inconstitucionalidad no es facultad exclusiva del Tribunal Supremo Federal, sino de todos los Tribunales.

Otro de los modelos clásicos es el denominado control abstracto, concentrado o europeo. Dicho sistema se considera creado por Hans Kelsen en 1920, se caracteriza por dejar en manos de un Tribunal ad hoc la función de control; no toma en cuenta el caso que dio motivo a su cuestionamiento y analiza la norma de manera aislada, los efectos de las sentencias son de carácter constitutivo y "*erga omnes*", no son retroactivos salvo excepciones.

¹³ "La constitución como norma jurídica", en la obra colectiva " La constitución española de 1978, Estudio sistemático ", dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría, 2ed., Madrid, 1981, pp. 95 y ss.

Será en América Latina donde a partir de la segunda mitad del siglo XX, se da una fusión de los dos sistemas puros de control: el difuso y el concentrado.

“El modelo difuso fue insertado en las constituciones de muchos países latinoamericanos entre el siglo XIX y primera mitad del siglo XX Argentina resulta ser el caso más emblemático, porque su sistema de control, desde 1860 y hasta la actualidad, es puramente difuso. Sin embargo, el éxito del constitucionalismo europeo de la postguerra hizo que los tribunales constitucionales se expandieran también en nuestro continente, de tal forma que existen sistemas que son puramente concentrados, como Paraguay, Uruguay, Panamá; y otros países en donde se juntan ambos modelos, es el caso de Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia”¹⁴.

La diferencia entre la experiencia norteamericana y la británica es que en los Estados Unidos si se promulgo una Constitución escrita, y que desde el inicio de su vida como nación independiente, se prefirió lo establecido en la Constitución a lo establecido en las leyes que pueda emitir el poder legislativo.

“...Por otra parte, Hamilton sostuvo en 1788 que “la Constitución es, en realidad, y debe ser respetada por los jueces como una ley fundamental (...) o en otras palabras, la Constitución debe ser preferida sobre las leyes, el propósito del pueblo sobre el propósito de sus representantes.”¹⁵

De allí que la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, se ha pronunciado respecto a la supremacía de la Constitución por encima de la capacidad normativa del propio Poder Legislativo.

¹⁴ Vila, Cynthia, “El control difuso y el control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: eficacia de la *judicial review* a dos siglos de su creación”, p. 1074

¹⁵ Landa César. loc cit. pag 55

“En ese sentido, el Tribunal Supremo Norteamericano, presidido por el Juez Marshall, consagró en 1803 con el emblemático caso Marbury vs Madison, el principio jurídico de la Supremacía Constitucional, por encima de la soberanía política del congreso.”¹⁶

Por ende, en los Estado Unidos se aplica un sistema de revisión de las leyes, a efectos de comprobar la constitucionalidad de dichas leyes.

“...En efecto, desde entonces, gracias a ese talante republicano de los jueces norteamericanos, se ha ido afirmando el principio de la revisión judicial de las leyes judicial review of law, como piedra angular del constitucionalismo en ese país.”¹⁷

Dicho sistema norteamericano en coincide con los objetivos del sistema británico, que es poner límites al ejercicio del poder o al abuso del poder contra el ciudadano, provenga del estado o de otro privado.

“En ese marco histórico y conceptual, se puede señalar que la justicia constitucional de los Estados Unidos ha logrado encontrar en el judicial review un instrumento fundamental, a través del cual se han logrado respuestas a los nuevos desafíos de la democracia norteamericana: límites a los poderes privados, además del gubernamental.”¹⁸

Respecto a la experiencia Europea Continental, cabe señalar que esta ha tenido un desarrollo más lento en lo relativo al concepto de Estado de Derecho, pero una influencia mayor en países como el Perú, de tradición más ligada al denominado “Civil Law”.

¹⁶ Landa César. loc cit. pag 57

¹⁷ Idem. loc cit.

¹⁸ Landa César. loc cit. pag 61

“La justicia constitucional en los países europeos, basados en el Civil Law o Rechtstaat, tuvo distinto desarrollo que en el mundo anglosajón del common law. En primer lugar porque la democracia-constitucional europea se forjó en la lucha por la implementación política de los principios liberales contra el establishment monárquico absoluto. A partir de ahí que sea entendible el fortalecimiento del parlamento como primer poder del Estado frente al poder ejecutivo monárquico, con lo cual las leyes quedaron inmunes a las decisiones judiciales.” ¹⁹

Asimismo, cabe señalar que el nacimiento de la idea de un control constitucional en Europa Continental, nace con los principios de la revolución francesa. Dicho control fue descartado en virtud de la denominada dictadura de las masas o dictadura revolucionaria, en la cual los “*poderes públicos revolucionarios*” no podía ser limitados por ningún tipo de Tribunal.

*“Sin embargo, algunas décadas más tarde, durante la Revolución Francesa, se negó el tema de control constitucional de los actos de los poderes públicos revolucionarios...Asimismo, la Constitución del año III quedó plasmado que los Tribunales no podían inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes.”*²⁰

Pese a ello, durante la mencionada Revolución también germinaría la idea del concepto moderno de Tribunal Constitucional, o de garantías constitucionales:

“...SIEYES concebía que los poderes ilimitados eran una monstruosidad en política, y en consecuencia, planteó el 02 del Thermidor del año III, el jurie constitutionnaire. Así, el artículo IV del proyecto establecía que “habrá bajo el nombre de jurie constitutionnaire, un cuerpo de representantes, en número de tres veintavos de la legislatura (108 miembros), con la misión especial

¹⁹ Landa César. loc cit. pag 62

²⁰ Landa César. loc cit. pag 64

de juzgar y de pronunciarse sobre las demandas de violación de la Constitución, que sean planteadas contra los decretos de la legislatura. Sin embargo esta jurado constitucional, (...) fue rechazado; en base al utópico argumento que cada órgano del Estado, en el marco de sus competencias, asumirá el respecto a la constitución, bajo la supervisión evidente de la opinión pública.”²¹

Es recién a inicios del siglo XIX, cuando en Europa continental se vive una crisis de legitimidad del Estado, a efectos que se integren al proceso político más actores representativos de distintos estamentos sociales, quienes exigían diversas reivindicaciones de carácter político y económico.

“Solo se pone en evidencia la crisis de la legitimidad constitucional del estado Liberal, dando lugar a que se sienten las bases alternativas del Estado social, cuando, se plantea abiertamente, la cuestión social a fines del siglo XIX y las clases emergentes se integran progresivamente al proceso político,...La consecuencia de esta transformación socio-política, ..., no fue otra que la necesidad ineludible de replantear el mismo pacto político, pero reformulándolo jurídicamente, como pacto constitucional, en el constitucionalismo del período entreguerras.

En este escenario político posterior a la primera postguerra mundial,..., es que se da inicio, en la praxis política a la idea de HANS KELSEN del control judicial de las leyes. Este control se postuló a través de un Tribunal Constitucional, entendido como la máxima expresión de la racionalización y la defensa del Estado de Derecho contra los peligros dictatoriales de las nuevas y transitorias mayorías parlamentarias. De esta forma, dicha institución quedó configurada fuera del poder judicial, tanto en la

²¹ Landa César. loc. cit. pag 64

*Constitución de Austria de 1919...la Constitución Checa de 1920, ... la Constitución de la Segunda República Española de 1931.”*²²

Es en dicho contexto que surge en Europa continental la idea moderna del denominado “control concentrado”, es decir, el control de la constitucionalidad de algunas normas con rango de ley, pero en forma limitada.

*“El sistema europeo o concentrado surge a partir de la notable obra del jurista vienés HANS KELSEN en sus obras Teoría General del Derecho, Teoría Pura del derecho, y Positivismo Jurídico; plasmándose en el proyecto de 1918, más tarde en Ley en 1919 y se constitucionaliza en 1920, perfeccionada el año 1929.”*²³

*“El sistema concentrado o ad hoc o europeo, basa su estructura en la existencia de un órgano del Estado, autónomo integrado por magistrados ajenos orgánicamente al Poder Judicial, con la facultad de derogar una ley constitucional con efectos generales, o un acto de funcionarios de Estado o particulares en este último con efectos inter partes, asimismo, también se les atribuye la facultad de resolver los conflictos de competencia entre diferentes órganos del Estado o regionales.”*²⁴

La consagración de este sistema de control constitucional, recién se implantaría de manera formal con la promulgación de la denominada Constitución de Weimar del año 1919.

“Este nuevo proceso llevó a una mayor racionalización del poder, expresada en la Constitución de Weimar de 1919. Este cuerpo normativo inauguró, en Europa el llamado constitucionalismo social: que facultó la intervención del estado en la vida

²² Landa César. loc. cit. pag 66-67

²³ Díaz Zegarra. loc cit. pag 70

²⁴ Díaz Zegarra. loc cit. pag 70

económica-social de la sociedad civil y atribuyó a la Constitución un conjunto de derechos sociales y económicos a las clases emergentes.”²⁵

Pese a ello, y a lo reformista de esta Constitución de Weimar, esta no concibió la figura de un Tribunal Constitucional que efectuará un control de la constitucionalidad de las leyes, sino un Tribunal que se pronunciaba respecto a determinados temas.

“...un Alto Tribunal de Conflictos de tradición prusiana para resolver controversias, ... entre los distintos territorios; en virtud del cual HUGO PREUSS –padre de la Constitución de Weimar– defendía por esta vía el control judicial de la constitucionalidad de las leyes territoriales.”²⁶

Posteriormente, se establecieron en Europa diversos gobiernos de corte fascista y totalitario, en los cuales reformas de carácter social como el control de la constitucionalidad de las leyes, de la potestad normativa, o el respecto al Estado de Derecho no tuvieron mayor cabida.

“Sin embargo, durante la época de los años veinte y treinta, a la sazón de la crisis económica y política de Europa,... se establecían gobiernos totalitarios en Italia con Mussolini y en Alemania con Hitler, utilizando las propias reglas positivistas del Derecho liberal del Siglo XX... lo que les permitió implantar estados de emergencia y finalmente asumir facultades legislativas extraordinarias, haciéndose cargo de todo el Poder del Estado sin control judicial; subordinando la Constitución a la voluntad del caudillo y eliminando los valores básicos del Estado de Derecho...”²⁷

²⁵ Landa César. loc cit. pag 69

²⁶ Landa César. loc cit. pag 70

²⁷ Landa César. loc cit. pag 71

Luego de la Segunda Guerra Mundial, y principalmente en los Estados europeos continentales y los Estados de América Latina, empiezan a instalar Tribunales Constitucionales, con la función de ejercer un control judicial técnico, especializado en la constitucionalidad de las leyes.

“Con la victoria de los gobiernos demócratas aliados sobre el nazi-fascismo, en la Segunda Guerra Mundial, surgió como inevitable que el control de la constitucionalidad de las leyes quedara en manos de un Tribunal Constitucional, como planteó Kelsen...se dieron Constitucionales que incorporaron tribunales constitucionales: Austria en 1945, Japón en 1947, Italia en 1948, y Alemania en 1949(...).

(...) en la República de Chipre en 1960, Turquía en 1960, Yugoslavia en 1964. (...) en Portugal con la Constitución de 1977 y en España con la Constitución de 1978...

(...) en 1965 en Guatemala, y en 1971 en Chile (...) Ecuador en 1978, Perú en 1979 y 1993, Chile en 1980, Guatemala en 1985, Colombia en 1992 y Bolivia en 1994.”²⁸

La facultad de estos Tribunales Constitucionales hizo que el juez pueda reformular o recrear el Derecho, a efectos de ajustar las normas a los textos constitucionales.

“En tal sentido, se puede señalar que la justicia constitucional en su versión europea-continental, concentrada en una Corte o Tribunal, con una activa y creadora labor judicial, sobre la base de textos constitucionales cada vez mas principistas, hacen que el Rechtstaat, progresivamente, adopte instituciones del Justizstaat, convirtiéndolo de esta forma, a los jueces y tribunales en re-creadores del Derecho, lo que se acerca a la tradición anglosajona del judicial review.”²⁹

²⁸ Landa César. loc cit. pag 72-73

²⁹ Landa César. loc cit. pag 74

Asimismo, sería en Francia donde se iniciaría la idea del control “previo” de la Constitucionalidad de la Leyes, a cargo de un órgano técnico-rector.

“La defensa de la supremacía constitucional está a cargo del propio poder legislativo, correspondiendo al legislativo conocer las infracciones a la Constitución. En Francia se estableció el Consejo Constitucional el cual ejerce un control preventivo de la constitucionalidad, la Constitución prevalece y la ley es sacrificada; en opinión de Humberto Nogueira Alcalá refiere que es “la variante francesa del control concentrado de carácter preventivo”.³⁰

Sin embargo, la doctrina al referirse a los objetivos de un sistema de control de constitucionalidad en el derecho comparado, hace referencia tanto al denominado control concentrado y al denominado control difuso.

“El mecanismo de inconstitucionalidad en el Derecho comparado, siempre ha de tener como principio fundamental la Supremacía del texto constitucional y la sumisión de los poderes públicos a la Ley de las Leyes. En el área americana, las legislaciones de estos países han ido adaptando de acuerdo a sus necesidades los modelos de control de la constitucionalidad existentes, americano y europeo, originando que los modelos puros terminen siendo mezclados o ejercitados en forma paralela. Analizaremos la inconstitucionalidad como control normativo abstracto, vía directa o de acción, y también como excepción, vía indirecta o incidental, para ello es necesario describir determinados conceptos que se van a emplear: 1. El control. Este elemento se refiere al momento en que se interpone la controversia constitucional si procede antes o después de la entrada en vigencia de la norma jurídica materia de cuestionamiento en sede constitucional: Control preventivo, es la revisión que se realiza a priori de la norma

³⁰ Díaz Zegarra. loc cit. pag 71

jurídica, antes que entre en vigencia en el ordenamiento jurídico de determinado Estado. ..Según el tipo de legislación del país, el proceso de inconstitucionalidad puede tener un control preventivo, represivo o ambos.”³¹

A manera de conclusión, e independientemente al sistema de control constitucional que se analice, los objetivos de todos estos sistemas son comunes.

“Al respecto existe la posición doctrinaria que el sistema de control constitucional tiene como principal misión hacer prevalecer el imperio de la constitución, tanto respecto a los derechos que otorga a los ciudadanos y su desarrollo normativo, como el control de la potestad normativa según las atribuciones de cada entidad pública.”³²

El concepto de Constitución va de la mano en el tiempo con los orígenes de lo que históricamente se conoce como la Edad Moderna. En efecto, fue como consecuencia de las revoluciones burguesas del siglo XVIII -la revolución francesa de 1789 y la independencia de los Estados Unidos de América-, que se empieza a hablar de un conjunto de reglas, aceptadas y respetadas por todos los ciudadanos, sobre las cuales se organiza o constituye la sociedad.

En tal sentido, la Constitución constituye la norma fundamental de un Estado soberano, establecida o aceptada para regirlo; fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado, y de éstos con sus ciudadanos, estableciendo así las bases para su gobierno y para la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan.

A su vez, en la Ley Fundamental se plasman los diversos principios, como el respeto a los derechos humanos, los cuales tienen su origen en la dignidad,

³¹ Díaz Zegarra. loc cit. pag 73-74

³² Aurora Basterra Díaz, en el artículo “El control previo como proceso constitucional”.

libertad e igualdad del ser humano; así como los mecanismos orientados a la protección de estos derechos, en casos de amenaza o vulneración.

Por consiguiente, teniendo como premisa que la Constitución es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de valor inferior, entendiéndose por tales a: las leyes dictadas por el Parlamento o Congreso, los decretos y demás resoluciones emitidas por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas, y las sentencias y demás resoluciones de los jueces; se acuña el principio de Supremacía Constitucional, el cual debe ser salvaguardado a través del control de constitucionalidad, mecanismo jurídico por el cual se asegura el cumplimiento de las normas constitucionales sobre las normas de rango inferior que no hayan sido dictadas de conformidad con aquellas.

3.1.2. Sobre la influencia del constitucionalismo francés en América Latina y en el Perú.-

La influencia del Constitucionalismo francés en diversos países de América Latina y en especial, en el Perú, reside en la tradición de otorgar importantes y amplias facultades a la Corte Constitucional, siendo además, el sistema de control de constitucionalidad francés uno de los más destacados y peculiares ejemplos del denominado sistema de control concentrado europeo. En ese sentido, cabe señalar una de las principales peculiaridades del sistema francés es la extendida utilización del denominado mecanismo de control previo de constitucionalidad de las normas, en una mayor dimensión que en el resto de países del continente europeo.

“Tradicionalmente, Francia ha sido considerada como el paradigma del control abstracto y concentrado de constitucionalidad de las leyes. De hecho, el Consejo Constitucional, creado en 1985 y particularmente activo desde 1971, es la única jurisdicción competente en Francia para declarar la constitucionalidad de una ley o, incluso, de un Tratado internacional en el momento que el tenor de sus textos, sean

*definitivamente detenido e incluso antes que el texto adquiriera fuerza normativa”*³³

En ejercicio de esas facultades del Supremo Intérprete de la Constitución francesa, el Consejo Constitucional francés emite sentencias que se pronuncian no solo en forma negativa respecto a la constitucionalidad de las normas, sino que emiten “interpretaciones” vinculantes de la normativa bajo análisis.

*“(…) las declaraciones de inconstitucionalidad bajo reserva de una interpretación, teniendo en cuenta las exigencias constitucionales son muy frecuentes.”*³⁴

Independientemente a lo antes mencionado, en Francia también es reconocido el denominado control difuso por parte de los jueces ordinarios, además del sistema de control concentrado, es decir, en dicho país se practica un sistema de control de constitucionalidad mixto.

*“(…) la justicia constitucional no está confiada exclusivamente al Consejo Constitucional y Francia practica también el control concreto y difuso. En efecto, todas las jurisdicciones, distritos judiciales (civiles y penales) y todas las jurisdicciones administrativas ejercen igualmente un control de constitucionalidad concreta sobre los actos de ejecución de las leyes, ya sean estos judiciales o administrativos.”*³⁵

Por ello, la Corte Constitucional francesa también ejerce un control de constitucionalidad sobre los actos judiciales emitidos por Tribunales ordinarios de dicho país.

³³Fromont, Michel. El Control de Constitucional ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas. En Pensamiento Constitucional. Lima. PUCP 2001. Año VII N° 8. Pag. 369

³⁴ Fromont, Michel. LOC CIT Pag. 370

³⁵ Fromont, Michel. LOC CIT Pag. 370

“Todos los actos judiciales son susceptibles ser controlados en sus constitucionalidad por los tribunales; especialmente por los tribunales que los franceses califican por razones históricas, como judiciales; es decir, los tribunales civiles y penales.”³⁶

Se le atribuyen amplias capacidades y potestades a la Corte Constitucional francesa, la cual se desenvuelve en un sistema de control de constitucionalidad mixto, que reconoce el control difuso y el control concentrado, similar a la mayoría de países latinoamericanos, entre los cuales está el Perú.

“Así Francia no posee solamente un control de constitucionalidad bajo la forma de un control abstracto, preventivo y concentrado (en las manos del Consejo Constitucional). Francia tiene también un control de constitucionalidad bajo la forma de un control concreto a posteriori y difuso.”³⁷

Pese a ello, al igual que en el Perú, los pronunciamientos de dicha Corte Constitucional francesa con amplias potestades, han sido cumplidos con reticencia por parte del Poder Judicial francés.

“Tradicionalmente, las instancias judiciales francesas se negaban a descartar la aplicación de una ley francesa contraria a un Tratado internacional cada vez que la ley era posterior al Tratado. Esta jurisprudencia se encontraba en perfecta armonía con el derecho constitucional de la Tercera República, que reposaba en la soberanía del Parlamento. Sin embargo, esta jurisprudencia tuvo que evolucionar desde la entrada en vigencia de la Constitución del 27 de octubre de 1946, que consagraba explícitamente el principio de la superioridad de los Tratados internacionales sobre la ley.”³⁸

³⁶ Fromont, Michel. LOC CIT Pag. 375

³⁷ Fromont, Michel. LOC CIT Pag. 382

³⁸ Fromont, Michel. LOC CIT Pag. 379

El Sistema Constitucional francés antes mencionado, difiere con otros sistemas de control constitucional europeo, en la gama de ámbitos en los que se puede pronunciar y los asuntos que puede conocer.

“Mientras que la justicia constitucional alemana se desarrolla de un texto único y reciente-la Ley Fundamental 1949-; la justicia constitucional francesa se funda en el redescubrimiento de los textos clásicos y la interpretación extensiva de textos más recientes. De igual modo, mientras que la jurisprudencia alemana se aboca al desarrollo de una teoría de los derechos fundamentales valida tanto para el legislador como para las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, la jurisprudencia constitucional francesa parece consagrarse exclusivamente a la elaboración de una teoría de la obligaciones que se imponen al Parlamento en materia de derechos del hombre.”³⁹

En este sentido, la Corte Constitucional francesa ha interpretado los principios constitucionales o fundamentales que inspiran el Derecho francés para emitir sus fallos, con lo cual amplían el ámbito de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos franceses, pese al vago reconocimiento que sobre ellos efectúa la Constitución de 1958.

“El propio texto de la Constitución de 1958 es bastante pobre en disposiciones que consagren los derechos del hombre.”⁴⁰

“Esta es la razón por la que el Consejo Constitucional ha buscado las bases constitucionales de los derechos del hombre en el Preámbulo de la Constitución de 1958 (...)

³⁹ Fromont, Michel. La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional. En: Pensamiento Constitucional. PUCP 2006. Año XI N° 11. Pag 276

⁴⁰ Fromont, Michel. La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional. LOC CIT. Pag 276

Las dos fundamentales fuentes de los derechos del hombre son también la Declaración de los Derechos del Hombre y el Preámbulo de 1946.

(...)

De este modo, el Consejo Constitucional se inscribe en la tradición de la IV República, cuya Constitución ya había reconocido a las disposiciones del Preámbulo (y la Declaración de 1789 que éste reafirmaba) el carácter de reglas constitucionales inmediatamente aplicables.”⁴¹

Es por ello, que como parte de la interpretación de los derechos fundamentales que realiza, la Corte Constitucional francesa recurra incluso a preceptos establecidos en Constituciones francesas anteriores a la vigente.

“El primer y segundo apartado de la Constitución de 1946 están constituidos por tres frases. El Consejo Constitucional ha atribuido a cada uno de ellas un valor remarcable.

La primera frase parece a priori una simple exposición de las razones por la que el constituyente ha juzgado útil redactar un preámbulo consagrado a los derechos del hombre.

La segunda frase del Preámbulo de la Constitución de 1946 “reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y el ciudadano consagrados por la Declaración de derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por la leyes de la República”.

(...)

En virtud a dicho texto, incumbe al juez constitucional extraer del conjunto de la legislación en materia de derechos de las primeras repúblicas, las reglas que le parezcan esenciales para la protección de los derechos del hombre. En otros términos, la lista de las libertades proclamadas por los textos constitucionales debe

⁴¹ Fromont, Michel. La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional. LOC CIT. Pag 277

ser completada por el juez constitucional, con la ayuda de la legislación anterior.”⁴²

Con lo cual se genera una lista de principios y derechos de los ciudadanos franceses que son reconocidos como vigentes por la Corte Constitucional francesa, pese a no estar establecidos en su actual Constitución.

“La lista de los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” que han sido reconocido por el Consejo Constitucional es relativamente breve; pero comprende derechos muy importantes en los que algunos no tendrían en modo alguno posibilidad de contestación, tales como la libertad de asociación o los derechos de defensa.

(...)

En otra oportunidad, el Consejo Constitucional ha derivado de la legislación anterior tres principios relativos a la organización judicial: el principio de la competencia de los tribunales civiles en caso de atentado producido por la Administración hacia la propiedad privada inmobiliaria, aquella de la independencia de la jurisdicción administrativa, y competencia exclusiva de esta jurisdicción en materia de anulación de actos del poder público.

La tercera frase del Preámbulo de 1946 está redactada en los siguientes términos: el pueblo francés “proclama, además como particularmente necesarios en nuestro tiempo, los principios políticos, económicos y sociales”. Si dejamos por un lado los principios relativos a las relaciones entre Francia y el ordenamiento jurídico internacional (apartados 14 y 15) y aquellos relativos a la Unión Francesa que fue disuelta en 1958 (apartados 16 al 18), quedan aún 11 principios “particularmente necesarios en nuestros tiempos”.

(...)

⁴² Fromont, Michel. La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional. LOC CIT. Pag 279

En conclusión, el Consejo Constitucional dispone una lista bastante amplia de derechos del hombre cuyo respeto puede ser impuesto al legislador. Esta lista parece estar destinada a extenderse cada vez más. El Consejo Constitucional ha desarrollado una teoría que compromete a los poderes públicos con la necesidad cada vez más imperiosa, de respetar los derechos del hombre.”⁴³

Asimismo, la Corte Constitucional francesa impone deberes al legislador francés.

“El legislador se ha encontrado limitado por la imposición de diversas obligaciones por parte del Consejo Constitucional. Las mismas que pueden ser inicialmente clasificadas en obligaciones de respetar los derechos del hombre o en obligaciones de proteger los derechos del hombre.

(...)

Finalmente, el Consejo Constitucional ha planteado la regla según la cual, las condiciones de ejercicios de las libertades públicas debían ser uniformes en todo el territorio nacional; lo que reduciría notablemente las posibilidades de acordar los poderes de reglamentación y de decisión a las diferentes colectividades territoriales.”⁴⁴

La mencionada Corte también impone obligaciones a las autoridades encargadas de la aplicación de Ley, otros Poderes Públicos y autoridades administrativas.

“De este modo, tanto la Administración como la jurisdicción tienen la obligación de hacer suya la interpretación dada por el Consejo Constitucional a una disposición legislativa que deban aplicar.

(...)

⁴³ Fromont, Michel. La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional. LOC CIT. Pag 280-283

⁴⁴ Fromont, Michel. La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional. LOC CIT. Pag 283-286

Así, en espacio de un cuarto de siglo, Francia ha pasado de un sistema caracterizado por la soberanía de la ley a un sistema en el cual la ley es – en lo sucesivo – controlada por su adopción por el Parlamento y hecho el objeto de interpretaciones y de directivas de aplicación apremiante para las autoridades administrativas y las jurisdicciones.”⁴⁵

Es así que la Corte Constitucional francesa tiene diversos mecanismos para ejercer el control constitucional encargado a dicha Institución: desde el control concentrado negativo que ejerce sobre las leyes, sus sentencias interpretativas que “descubren” nuevos derechos, y la imposición de obligaciones cada vez más precisas al conjunto de poderes públicos. Por otro lado, el sistema de control de constitucionalidad se complementa con el control difuso, a cargo de los órganos jurisdiccionales.

“La protección jurisdiccional de los derechos del hombre estaba tradicionalmente asegurada por el control ejercido por el Consejo de Estado sobre la legalidad de los reglamentos administrativos nacionales; así como por el control ejercido por las jurisdicciones sobre las medidas administrativas individuales susceptibles de producir un atentado ilegal a un derecho del hombre.

(...)

De un lado, cada año el Consejo Constitucional “descubre” nuevos derechos del hombre constitucionalmente organizados, el último de los cuales la dignidad de la persona humana en el ámbito de la bioética y el del alojamiento, que derivó en el derecho al reagrupamiento familiar de los extranjeros. De otro lado, el Consejo Constitucional ha llegado a imponer obligaciones cada vez más precisas al conjunto de los poderes públicos; es decir, no solamente al legislador frente al cual dispone de poder de impedir la promulgación del texto sometido a su examen, pero también a las autoridades encargadas de la aplicación de la ley

⁴⁵ Fromont, Michel. La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional. LOC CIT. Pag 286-289

frente a las cuales su única arma es el principio de la autoridad de la cosa juzgada.

El segundo instrumento es el poder que el juez civil, penal o administrativo se ha reconocido durante este mismo periodo: aquel de desestimar la aplicación de una ley contraria a una convención nacional y a las reglas que de ella se derivan, en especial, al derecho comunitario y a la Convención europea, en salvaguarda de los derechos del hombre.”

3.1.3. Referentes históricos del control de la constitucionalidad en el Perú.-

Pese a ello, cabe destacar que desde los orígenes del Estado peruano, se contempló la embrionaria posibilidad del control constitucional y se consagraba, por lo menos declarativamente, la supremacía de la Constitución, siendo Nula cualquier ley contraria a la Constitución.

“Si nos remontamos a la Constitución Bolivariana o Vitalicia de 1826, que estuvo inspirada en la Constitución Consular del año VII de Napoleón, vemos que se otorgo al Senado Conservador peruano funciones difusas de protección de la Constitución. En las constituciones posteriores, de 1828, 1834 y 1839, se estableció que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores. No obstante, recién con la Constitución de 1856, liberal por excelencia, fue que se estableció, en un artículo 10 que «es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la constitución».”⁴⁶

Para el año 1930, en el Perú se avizoraba una nueva década, la cual se llevaba el denominado estilo de política decimonónica, la política del Comité y el

⁴⁶ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 98

cabildeo, vigente a lo largo de las tres primeras décadas del siglo. Aparecerían en forma intempestiva las ideologías y la política de masas. El siglo XX retomaría el mito de la “revolución” en el Perú.

“Junto con el ocaso del régimen que había desdibujado el “slogan” de “La Patria Nueva”, para dar paso al despectivo de “el oncenio”, el “mito de la revolución” hacía su aparición en el Perú, ensayándose, desde la derecha, como de la izquierda, las soluciones doctrinarias para realizarla. Es la época en que irrumpe la “Unión Revolucionaria” (UR) frente a la “Alianza Popular Revolucionaria Americana” (APRA) que fundada en México e 1924, en el Perú inicia sus actividades el 21 de setiembre de 1931. En tono menor, el socialismo y el comunismo se organizaron formalmente desde la década de los veinte, en que José Carlos Mariátegui funda el “Partido Campesino del Perú”, en 1927, y Eudocio Ravines el “Partido Comunista Peruano” en 1930.”⁴⁷

En ese contexto, el ante-proyecto de Constitución de la denominada “Comisión Villarán” en 1931 de carácter eminentemente técnico, elaboraría la Constitución de 1933 que sería aprobada por Asamblea Constituyente, la cual quedó redactada en dos grandes partes, estructura y atribuciones del Estado, y los derechos y deberes fundamentales. Dicha Constitución gozaría no solo del texto constitucional de mayor contenido normativo hasta entonces, sino además para muchos, sería la más completa de todas la Constituciones elaboradas hasta esa época.

“Como lo podrán comprobar objetivamente los lectores, comparando los antecedentes Constitucionales con la actual, el texto aprobado por la Asamblea, es sin lugar a dudas, el más

⁴⁷ Ugarte del Pino, Juan Vicente. “Historia de las Constituciones en el Perú”. Editorial Andina SA. Lima. 1978. Pag 525-526

*completo y avanzado de las quince Constituciones, ..., que hemos tenido en los casi ciento sesenta años de vida independiente.*⁴⁸

A su vez, en el anteproyecto de la Constitución de 1931 se planteó la posibilidad de incorporar un *judicial review* de las leyes, más no el control abstracto de las mismas; sin embargo, dicha iniciativa no fue recogida en la Constitución de 1933.

*“Es recién en el Anteproyecto de Constitución de 1931 (artículo 142), elaborado por la Comisión Villarán, que se plantea la incorporación del control judicial –judicial review– de las leyes, al estilo norteamericano, mas no el control abstracto de las mismas, a traves de un órgano judicial especializado, debido a los cándidos temores de que se produjese en exceso de demandas en contra de las normas de Congreso. No obstante, ni una ni otra iniciativa fue recogida por los constituyentes de 1933.”*⁴⁹

En ese sentido, la exposición de motivos de la Constitución de 1933, señala expresamente que: *“...La vida actual de los Estados, los intereses que amparan y dirigen, son muchos más completos que en tiempos anteriores...El contenido esencial de las constituciones ha crecido...En todo el mundo la experiencia ha aconsejado constitucionalizar reglas e instituciones que antes quedaban a albedrío de los Congresos o los Gobiernos...”*⁵⁰

Asimismo, el artículo 133° de dicha Constitución, estableció el primer antecedente explícito del control de Constitucionalidad de las normas en el Perú, la cual sería a normas de carácter reglamentario, y encargado al Poder Judicial, según el siguiente texto: *“Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, decretos y resoluciones gubernativos de carácter general, que infrinjan la Constitución o las Leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros.”*

⁴⁸ Ibid Idem Pag. 528

⁴⁹ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 98

⁵⁰ Ibid Idem Pag. 530

Inclusive, los propios jueces eran reacios a la aplicación de dicho dispositivo, pues lo consideraban vago y general, además podía ser corregida la norma “inconstitucional” con una norma posterior.

“Sin embargo, los propios jueces fueron reacios a la aplicación de esta disposición, debido a:

a) Que se trataba de una enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) En todo caso, se trataba de un principio de aplicación al escrito campo de Derecho privado y no del Derecho Público (que es con frecuencia en donde, mas, hallamos este tipo de violaciones), y c) Se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior.”

En el Código Civil de 1936 se instituye, de manera infra constitucional y teórica, el sistema difuso de constitucionalidad de las leyes; sin embargo, en la práctica solo tuvo efectos declarativos.

“Asimismo, si bien el control de las leyes del Parlamento no se llevo a incorporar en la Constitución de 1933, ya antes estuvo consagrado, aunque a nivel legislativo, en el código Civil de 1936, cuyo artículo XXII del Título Preliminar señalaba que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera». Por ello, a juicio de algunos juristas, sin haberle concedido a nuestro Poder Judicial en forma expresa la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la leyes, puede suceder que con el tiempo, como ha sucedido en Norte América, a tenor de la ultima disposición citada (Código Civil), y por obra de la jurisprudencia y ante casos concretos, nuestro Poder Judicial vaya adquiriendo facultades que guarden semejanza con lo que sucede en Norte América.”⁵¹

⁵¹ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 98 99

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 reglamentó en su artículo 8° la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria, es decir, estableció el “*judicial review*”, correspondiendo a la Corte Suprema pronunciarse en última instancia sobre la inaplicación de una Ley por inconstitucional. Pese a dicho dispositivo, el mencionado proceso fue bastante extraordinario y excepcional.

“Es recién con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 que se reglamenta, en su artículo 8, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria; correspondiendo pronunciarse, en última instancia, a la Corte Suprema sobre la inaplicación de una ley por inconstitucionalidad, lo que se produjo en muy contadas oportunidades y sin mayor trascendencia.”⁵²

Respecto al control abstracto de la constitucionalidad de las normas, recién la Constitución de 1979 otorga dicha posibilidad de control a través de un Tribunal Constitucional o de Garantías Constitucionales.

“La innovadora Constitución de 1979 establece, por primera vez en el Perú, la jurisdicción constitucional concentrada a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, tomada de la experiencia constitucional española de la Segunda República.”⁵³

En virtud de la difícil historia política del país durante los años ochenta y noventa, el Tribunal Constitucional peruano no ha tenido la legitimación esperada en la ciudadanía, al no cubrir sus expectativas, debido principalmente a un fuerte control político ejercido sobre dicha institución.

“La vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su implementación en 1982 hasta su clausura en 1992, por el autogolpe de Estado de Fujimori, no dejó la convicción en la ciudadanía y ante los poderes públicos que los magistrados constitucionales fuesen los voceros autorizados de la

⁵² LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 99

⁵³ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 100

Constitución. Ello debido a que no lograron legítimamente social en la opinión pública, como órgano constitucional encargado de controlar los excesos del poder.”⁵⁴

La jurisdicción constitucional alcanza rango constitucional con la Carta de 1979, que instaura el sistema de control concentrado, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), que resolvería las acciones de inconstitucionalidad, pero también se acoge el sistema difuso. La Constitución de 1993 repitió dicha fórmula, con la salvedad de que reemplazó el TGC por el Tribunal Constitucional (TC).

No obstante, en el Perú se constituyó un modelo de Control de Constitucionalidad híbrido, que ampara tanto el “*judicial review*” estadounidense, como el control abstracto, formando una mixtura que se ha transformado en la coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo, que no se cruzan ni se oponen en lo esencial; ya que el control concentrado y el difuso no poseen un punto de contacto entre ellos, cada uno se emplea de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución y sus respectivas leyes orgánicas.

3.2. Marco teórico *in stricto*: Fundamento Antropológico, Filosófico y Epistemológico de la investigación.-

Resulta importante establecer un marco teórico que proporcione un fundamento antropológico, filosófico y epistemológico a la presente investigación; considerando además que los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes resulta ser uno de elementos fundamentales del Estado de Derecho moderno. En ese sentido resulta necesario analizar las teorías del constitucionalismo y del Estado de Derecho moderno.

3.2.1.- Teoría del Constitucionalismo.-

⁵⁴ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 101

El constitucionalismo moderno tiene como una de sus principales premisas y fundamento, la limitación del poder absoluto ejercido por los que detentan el poder político.

“La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente. Estas aspiraciones quedaron concretadas en la necesaria aprobación por parte de los destinatarios del poder de los controles sociales ejercidos por los dominadores y, consecuentemente, en la participación activa de los dominados en el proceso político”.⁵⁵

Por lo antes mencionado, la finalidad de una Constitución es principalmente la limitación del poder y el control que realiza la Sociedad sobre el Poder Político. A su vez, dicha finalidad tiene su fundamento filosófico en la ideología liberal.

“En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. (...) Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder. Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideología liberal.”⁵⁶

En ese sentido, toda Constitución tiene elementos fundamentales inspirados por la ideología liberal, según lo antes mencionado.

⁵⁵ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 150

⁵⁶ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 151

“Los siguientes elementos fundamentales están considerados como el mínimo irreductible de una autentica constitución:

(...)

4. Un método, (...), para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas – el método racional de la reforma constitucional – para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución.

5. Finalmente, la ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual – los derechos individuales y libertades fundamentales – , y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder.”⁵⁷

Por otro lado, el Constitucionalismo moderno reconoce como una característica de toda Constitución, la de tener vida por sí misma; es decir, la posibilidad que las interpretaciones y contenidos de los derechos reconocidos en ella, evolucionen, conforme evoluciona la Sociedad Civil, el Estado, y el Derecho nacional e internacional.

*“Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de formulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al “panta rhei heraclítico” de todo lo viviente”.*⁵⁸

Dicha capacidad de evolución de la Constitución, en función de la realidad social en su conjunto, es clasificado en la doctrina como una mutación constitucional o una reforma constitucional.

“Estas inevitables acomodaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional son tenidas en cuenta sólo de dos

⁵⁷ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 153

⁵⁸ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 164

*maneras, a las cuales la teoría general del Estado ha dado la denominación de reforma constitucional y mutación constitucional.”*⁵⁹

En ese sentido, la reforma constitucional es formal y material, es decir, se sustancia en el texto constitucional y pasa por un procedimiento legal.

*“El concepto de reforma constitucional tiene un significado formal y material. En sentido formal se entiende bajo dicha denominación la técnica por medio de la cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la constitución. En este sentido es – o, por lo menos, debe de serlo cada vez – modificación del texto constitucional. En la mayor parte de las constituciones, las disposiciones a este respecto se encuentran al final del documento. La reforma constitucional en sentido material, por otra parte, es el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido. En el proceso de reforma constitucional participan de una forma determinada los detentadores del poder previstos por la constitución misma para este caso.”*⁶⁰

Por otro lado, la mutación constitucional, se produce en el caso de una transformación de la configuración del Poder Político, la estructura social o el equilibrio de intereses.

“En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados

⁵⁹ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 164

⁶⁰ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 165

dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor.”⁶¹

La mutación constitucional como institución jurídica, resulta ser uno de los pilares de la administración de justicia en los Estados Unidos de América, lo que a su vez, se materializa con el control judicial de la Constitución americana, es decir, dicha capacidad de mutación resulta ser el fundamento legal y doctrinario de dicho control.

“La mutación constitucional en los Estados Unidos.- En primer lugar, habría que eludir al control judicial que se ha convertido en el pilar de la democracia americana. Pese a que ninguna expresa atribución de competencia en la Constitución misma autoriza a los tribunales federales a declarar inaplicable y, por lo tanto, anticonstitucional una ley aprobada por el Congreso que está en contradicción con la Constitución, la competencia del control judicial ha quedado enraizada de tal manera como norma constitucional no escrita desde la hazaña del “Chief Justice” John Marshall a principios del siglo XIX, que en la actualidad solamente podría ser eliminada por medio de una enmienda constitucional expresa, y aún esto parece dudoso en virtud de la cláusula “supreme law of the land” en el artículo V de la Constitución.”⁶²

Por otro lado, la reforma constitucional solo se da en países con Constitución escrita, entre los cuales también se encuentran los Estados Unidos de América, pese a ser un país de tradición jurídica anglosajona o del “*common law*”.

⁶¹ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 165

⁶² Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 167-168

*“Volviendo ahora al problema propiamente dicho de la reforma constitucional, que solamente surge en las constituciones escritas (...)”*⁶³

Sin embargo, en la capacidad de reformar expresamente la Constitución, radica el contenido del poder constitucional o constituyente en su máxima expresión; incluso llegando parte de la doctrina a la conclusión que, cuando dicho Poder radica en el Ejecutivo se trata de un gobierno autoritario, debiendo recaer por tanto en los representantes elegidos por elección popular, en un gobierno democrático.

*“(...) el problema de la situación del “pouvoir constituant” en forma de máxima, se podría decir: soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional. El material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente, se puede deducir el carácter político del régimen. Allí, donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarla a cabo, radica fundamentalmente en el Ejecutivo, se trata de una reforma de gobierno autoritario.”*⁶⁴

Pese a ello, inclusive en el caso que dicha capacidad de reforma, recaiga sobre los representantes elegidos popularmente, esta debe ser restringida en cuanto al procedimiento.

“La norma casi general en nuestro tiempo sobre el procedimiento de reforma constitucional es que en él participen preponderadamente los órganos legislativos, y de que se efectúe “por vías legislativas”. Aquí existe nuevamente la regla general de que el procedimiento de reforma constitucional en comparación

⁶³ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 170

⁶⁴ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 172-173

con el procedimiento de legislación ordinaria esté sometido a unos requisitos determinados que dificulten su realización. (...) por otra parte, las exigencias para llevar a cabo una reforma constitucional son tan difíciles de cumplir que solamente podrá ser efectuada en el caso de un consenso extraordinario, se corre el peligro de que una enmienda necesaria no pueda ser realizada, o caso de que lo fuera, sería a costa de un considerable retraso. Ante una dinámica constitucional tan estrangulada, el proceso político busca entonces canales extra constitucionales que con demasiada facilidad pueden desembocar en la ilegalidad – desacato, rodeo y violación de la constitución –.

(...) La técnica para dificultar la reforma constitucional que, introducida preferentemente desde el principio de las constituciones escritas, han dejado probada ampliamente su eficacia, ha sido la de exigir mayorías parlamentarias cualificadas para la adopción de la ley enmendando la constitución.”⁶⁵

Asimismo, otro mecanismo de reforma constitucional, lo constituye la participación del electorado expresada en un referéndum, la cual se pronuncia respecto a determinadas enmiendas constitucionales planteadas por el Parlamento. Sin embargo, debe tenerse cuidado con la utilización de dicho mecanismo, pues tiene sentido en el caso una modificación integral de la Constitución, no en una enmienda constitucional, específica, que puede tener una mayor connotación técnica.

“En el referéndum constitucional facultativo u obligatorio tiene lugar, en cambio, una autentica participación plebiscitaria del electorado en el procedimiento de reforma constitucional. Puede existir bien en forma de votación popular sobre la enmienda constitucional efectuada por el parlamento – el caso más frecuente –, o también en forma de participación del electorado a través de iniciativa popular y consiguiente votación final, tras

⁶⁵ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 176-177

haber expresado el parlamento su actitud positiva o negativa al respecto, caso éste mucho más raro y que solamente se encuentra completamente estructurado en Suiza.

(...)

Finalmente cabría decir, con una deducción a “maiore ad minus”, que en el supuesto de admitirse la institución del referéndum constitucional, solamente es aconsejable en el caso de una nueva constitución, mientras que la votación sobre determinadas enmiendas constitucionales, casi siempre de naturaleza técnica, exige un esfuerzo intelectual por parte del electorado para el cual éste no está preparado...”⁶⁶

Por otro lado, debe tenerse presente que existen límites a la reforma constitucional, en ese sentido, la doctrina identifica disposiciones constitucionales intangibles, también llamada Constitución pétrea.

“(...) Bastante más importancia han adquirido recientemente las llamadas disposiciones intangibles de una Constitución, que tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales. Aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales – intangibilidad articulada –, y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” a la Constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del “espíritu” o telos de la constitución, sin una

⁶⁶ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 180-182

proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional.”

67

En ese sentido, las disposiciones articuladas de intangibilidad podrían clasificarse de la manera siguiente:

“El intento de una tipología de las disposiciones articuladas de intangibilidad podría intentarse de la siguiente manera: 1. La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica; (...) 2. La prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al presidente tras uno o también tras dos periodos de mandato en el cargo presidencial; con ello se deberá evitar que el presidente, disponiendo sobre el aparato de poder estatal, se enraíce en el poder y se convierta en dictador. 3. La prohibición de modificar la forma democrática de gobierno; (...). 4. En el mismo capítulo caen también las prohibiciones de modificar los derechos fundamentales. 5. La estructura federal. (...) 6. Ocasionalmente, se encuentran también prohibiciones generales de efectuar reformas que contradigan el espíritu de la constitución.” 68

Por otro lado, los límites inmanentes a la reforma constitucional, podrían definirse principalmente, como aquellos relacionados a los derechos fundamentales, cuya conceptualización no es unívoca en la doctrina:

“(...) es la cuestión de los límites de la reforma constitucional que se producen por la inmunidad de que gozara ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a una constitución. En oposición a los límites expresados en la constitución misma, cabría aquí hablar de límites no articulados o tácitos. De lo que aquí se trata, en el fondo, es de un renacimiento

⁶⁷ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 189

⁶⁸ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 189-190

del derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de la escuela vienesa de Kelsen, que predominó durante los años 20 aunque su influencia se deja sentir mucho antes.

(...)

En el fondo, de lo que se trata es de si los derechos fundamentales – o, mejor, los derechos del hombre – son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado por su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación. Aquí esta, evidentemente, el problema cardinal de los derechos fundamentales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobrepasan la mera protección o garantía constitucional. Pero más que de un problema jurídico se trata de una cuestión de creencias donde no se puede argumentar racionalmente, aun cuando por necesidades prácticas de la convivencia en la comunidad humana, está revestida de formas jurídicas. En el mundo jurídico anglosajón, donde tanto la constitución como los derechos fundamentales fueron elaborados por la filosofía iusnaturalista de la Ilustración, triunfó una concepción según la cual los derechos fundamentales – en el ámbito entonces en vigor, que desconocía los “derechos fundamentales” al trabajo o a la libertad de asociación – representaban el equipo natural de cualquier hombre del cual no podía ser privado, así como tampoco podía ser perjudicado en dicho ámbito por el poder estatal de la sociedad.”⁶⁹

3.2.2.-Principio de Legalidad.-

⁶⁹ Lovenstein, Karl. “Teoría de la Constitución”. Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. Pag. 192-194

Otro concepto que fundamenta la presente investigación, es el de Principio de Legalidad, definido por Maurice Duverger como:

“ (...) implica una jerarquía entre los actos jurídicos (leyes, decretos, resoluciones, etc.) en la cual los actos de los grados inferiores deben conformarse a los de los grados superiores. El control de la legalidad consiste en observar esta conformidad o su ausencia y sacar las consecuencias de ella.

(...)

Por de pronto, (...) significa que todos los actos gubernamentales y administrativos están subordinados a leyes (lo que corresponde al sentido literal de la palabra “legalidad”). Pero significa también que existe una jerarquía entre los actos gubernamentales y administrativos.”⁷⁰

Asimismo, el mencionado doctrinario señala que respecto a la aplicación del mencionado principio de legalidad, lo siguiente:

“El principio de legalidad es la base del control jurisdiccional sobre los actos gubernamentales y administrativos. Como ya se ha dicho, las jurisdicciones también realizan otras funciones. Pero aquella función es esencial desde el punto de vista político...”⁷¹

3.2.3.- El Control de Constitucionalidad de las Leyes.-

Respecto a los mecanismos de control jurisdiccional del mencionado principio de legalidad, el citado autor señala que se tramitan vía incidental o en vía de acción, como en efecto se realiza en la mayoría de constituciones europeas, y que implican un sistema mixto de control difuso y concentrado, este último al ejercerse, se debe sustentar necesariamente en una jurisprudencia uniforme:

⁷⁰Duverger, Maurice. Instituciones políticas y Derecho Constitucional. Editorial Ariel, 5ª Edición, Barcelona 1970, pag. 233

⁷¹ Loc. Cit. Pag. 236-237

“El control jurisdiccional de la legalidad se ejerce de dos maneras diferentes: por vía de excepción o por vía de acción ...Una “excepción” es un incidente promovido durante un proceso, que suspende el juicio sobre el asunto principal y obliga a juzgar primero el asunto incidental.... No obstante el juego de la apelación y de la casación conducirá necesariamente a la unificación de la jurisprudencia en este punto. El acto ilegal subsistirá siempre en teoría, pero en la práctica será inaplicable, para todo el mundo.

(...)

En algunas democracias occidentales –no en todas- existen además unos tribunales especiales que pueden admitir una “acción” de los particulares, es decir, un recurso que inicia un proceso directamente dirigido contra los actos ilegales y que tiende a su anulación. Si el tribunal admite el recurso u pronuncia la anulación del acto ilegal, este desaparece completamente para todo el mundo.”⁷²

A su vez, sobre las condiciones necesarias para que se ejerza un Sistema de Control de Constitucionalidad efectivo, el mencionado autor señala que:

“Decir que la Constitución es superior a las leyes –y a las normas inferiores- significa que una ley contraria a una disposición constitucional es irregular y no debe aplicarse. Éste es el principio de la constitucionalidad de las leyes. Pero sólo puede aplicarse, en la práctica, si la violación de la Constitución por una disposición legal es constatada oficialmente, y si el órgano que la constata tienen poder para sacar de ello las debidas consecuencias. Se llama control de la Constitucionalidad de las leyes a esta operación de verificación, que debe conducir normalmente a la anulación o la no aplicación de la Ley (...) El

⁷² Loc. Cit. Pag. 237.

control de la Constitucionalidad de las leyes, puede revestir diversas formas: 1º El control no jurisdiccional.- Se puede organizar en primer lugar, un control reservado a la instancia de los órganos gubernamentales, del que están excluidos los ciudadanos; (...). Este control de constitucionalidad se propone mantener el reparto de competencias entre el Gobierno y el Parlamento, tal está establecido en la Constitución, no proteger la libertad de los ciudadanos. 2º El control jurisdiccional.- Para que el control de la constitucionalidad de las leyes asegure la protección de las libertades, es preciso que los ciudadanos puedan ponerlo también en marcha. Esto conduce a un control jurisdiccional, es decir, a un control ejercido por un órgano que tenga la cualidad de tribunal. Se puede aplicar, entonces dos sistemas, entonces dos sistemas. O bien los ciudadanos (y los órganos gubernamentales) pueden recurrir ante un tribunal especial, exclusivamente encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes; (...) O bien los ciudadanos pueden recurrir a los tribunales ordinarios planteando una “excepción de inconstitucionalidad” en el momento en que el tribunal ante el cual se encuentran por otra cuestión, va a aplicarles la ley a propósito de esta última. La ley no se aplica entonces a este asunto, pero sigue teóricamente en vigor (...)”⁷³

En ese sentido, la doctrina es clara en señalar que el control de constitucionalidad puede ser: no jurisdiccional, si sólo órganos de gobierno pueden activar los mecanismos de control; o jurisdiccional, si el ciudadano y los órganos de gobierno, puede activar por igual los mecanismos de control planteados. Sin embargo, cualquiera fuese el tipo de control por el que se opte, el control o verificación debe ser realizado por un órgano con facultades suficientes para “sacar de ello las debidas consecuencias” es decir, con facultades de inaplicar un norma inconstitucional a un caso concreto, o expulsar la citada norma del ordenamiento.

⁷³ Loc. Cit. Pag. 242-243

3.3.- Marco teórico in stricto: Fundamento Jurídico.-

3.3.1.-Las corrientes doctrinarias jurídicas que tratan de explicar el problema de investigación.-

Existen diversas corrientes doctrinarias que intentan explicar el problema materia de investigación, y son las teorías que explican el fundamento de la institución del control constitucional, la supremacía de la constitución y los mecanismos de protección de derechos fundamentales.

Dichos mecanismos tiene su origen en Reino Unido, los Estados Unidos de América, Alemania y Francia, en cada uno de estos países se desarrollaron las instituciones antes mencionadas de manera distinta. Al respecto, todas esas doctrinas han aportado a la conceptualización del control constitucional, tanto por sus motivaciones y sus mecanismos.

“La noción de Rechtsstaat fue introducida en el debate constitucional y político de Alemania a comienzos del siglo diecinueve por Robert Von Mohl, una de las más célebres figuras del pensamiento liberal en la teoría del derecho Constitucional y Administrativo de Alemania en aquella época. De otro lado en Francia, no fue sino hasta después de la segunda mitad del siglo veinte que el término État de Droit se hizo familiar entre los académicos. Su principal teórico fue uno de los renombrados profesores de derecho público de entreguerras, Carré de Malberg, quien tuvo un conocimiento íntimo del debate alemán sobre el principio del Rechtsstaat ... y trato de adaptarlo a las necesidades francesas. En Gran Bretaña , el rule of law surgió por primera vez como concepto distintivo de la doctrina constitucional inglesa en defensa de lo que Dicey consideró ser las características peculiares de la Constitución Inglesa como las tendencias prevalecientes en la teoría constitucional del

continente en esa época, a saber del uso de constituciones escritas y de la emergencia del droit administratif.”⁷⁴

Independientemente a las diferencias entre cada una de estas concepciones del Estado de Derecho, de la supremacía de la Constitución y de la protección de los derechos fundamentales, todas las conceptualizaciones aportan un mecanismo o una visión que ha influido en el sistema de control de constitucionalidad del Perú; por ello, dichas diferencias establecen la riqueza doctrinaria de los mecanismos de control de constitucionalidad.

“No obstante un número de diferencias relativas a sus implicancias y políticas, a las que se hará referencia con mayor detalle en secciones posteriores de este ensayo, los conceptos de rule of law, rechtsstaat y état de droit comparten un concernimiento común por el control del Poder Político basado en la percepción de falibilidad y arbitrariedad inherente al ser humano, un concernimiento que ya ha habido sido discutido en las obras de filósofos antiguos, de los cuales el más notable fue Aristóteles para quien el gobierno por la Ley es superior al gobierno por los hombres.”⁷⁵

Asimismo, dichos mecanismos generalmente no son definitivos o cerrados, sino que varían con el tiempo, en lo que se llama también Constituciones vivas, pues tienen una connotación política y social, por lo que su conceptualización varía y se perfila fruto de un debate permanente.

“...el rule of law, o rechtsstaat pertenecen a la categoría de conceptos abiertos que están sujetos a un debate permanente y tienen que ser constantemente redefinidos para adaptarse a las

⁷⁴ RAINER GROTE. Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit. En: Pensamiento Constitucional. Lima Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII. N°8. Pag 127 128

⁷⁵ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 128

*necesidades de un contexto político y legal en cambio constante.*⁷⁶

Ello se demuestra fácilmente de la variación y evolución que han tenido estos conceptos de su formación inicial, lo cual se inicia en la edad media.

“La implementación del ideal de estado de Derecho depende, por lo tanto de las tradiciones políticas y legales predominantes relativas a su implementación. Estas tradiciones han variado considerablemente en el pasado de un país a otro...La doctrina medieval de que una ley superior subsistió en la modalidad de teorías del derecho natural cuando la autoridad viene a adquirir un carácter secular cada vez mayor y su soberanía era reconocida explícitamente por abogados y teóricos políticos.”⁷⁷

En la tradición británica, el Estado de Derecho es un rasgo característico de dicha tradición, y una de sus expresiones es la limitación del soberano de no estar por encima de la Ley.

“...Tan temprano como 1610 la Corte decidió que el rey no tenía el poder de cambiar la ley en asuntos importantes por una decisión unilateral de su parte; el rey no tenía otra prerrogativa que la que las leyes del país le permitían mantener. En el igualmente famoso Case of Prohibitions donde se sostuvo que el monarca no puede actuar como juez en casos particulares, y que dependía de las Cortes para la administración de justicia, Coke C.J. citaba la decisión de Bracton de que el rey no estaba sobre sino debajo de la ley: “quod rex non debet esse sub homine, sed sub deo et lege”⁷⁸

⁷⁶ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 129

⁷⁷ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 129

⁷⁸ RAINER GROTE. Loc Cit Pag. 131

Otro aspecto de dicha tradición británica es la idea de una ley fundamental, llámese “*common law*” o derecho natural, contra el cual el ejercicio de la autoridad política se encuentra limitado y no puede ser traspasado o violado.

*“En Inglaterra la idea de una ley fundamental contra la cual el ejercicio de la autoridad política debía ser medida, no permaneció como una idea abstracta, sino que se hizo efectiva en la práctica por las reales cortes que administraban el common law. El common law, sin perder en absoluto su condición de ley positiva, fue ungido de una dignidad peculiar, reflejando una convicción ampliamente compartida de que era la más alta expresión de la razón natural desarrollada y enunciada por la sabiduría colectiva de muchas generaciones.”*⁷⁹

El “*common law*” termina siendo una Ley fundamental no escrita, que regula no solo el comportamiento de privados, sino principalmente las prerrogativas de la corona, y el derecho de propiedad de los súbditos de esta.

*...en Inglaterra el common law cubría todas “las leyes fundamentales del reino, ya concernieran a las prerrogativas de la Corona, las posesiones de los súbditos y en cualesquiera cuestiones, ya sea entre el rey y cualquiera de ellos, o entre ellos mismos en asuntos relativos a lo mío y a lo tuyo.”*⁸⁰

Asimismo, el “*common law*” tiene como su expresión básica tres derechos, a la seguridad personal, la libertad personal y la propiedad privada.

*“...tres derechos primarios de todo inglés, a saber, la seguridad personal, la libertad personal, y la propiedad privada...”*⁸¹

⁷⁹ RAINER GROTE. Loc Cit Pag. 132

⁸⁰ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 133

⁸¹ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 133

La Inglaterra del siglo 15 reconocía al Poder Legislativo como la representación del pueblo inglés y por ende, un gobierno de tipo no autocrático, por lo que el proceso de aprobación de Leyes permanecía bajo su control. Pese a ello, los jueces aplicaban el “*common law*” o una especie de derecho natural respecto al cual, ni siquiera las normas aprobadas por el Congreso podían infringirlos.

“...Sobre las bases del acuerdo constitucional de 1688 el poder legislativo le correspondía no a un gobierno autocrático sino a un cuerpo elegido, lo cual significaba que el proceso de aprobación de las leyes permanecía sujeto al control de los diferentes grupos e intereses representados en el parlamento. Más aún, la aprobación de leyes tuvo un papel menor en el desarrollo general del derecho, que procedió principalmente a partir de las decisiones de los tribunales que interpretaban el common law. Sea como fuese, las leyes que adoptaba el Parlamento tenían que ser aplicadas por las cortes, las cuales aún cuando reconocían su deber de deferir a la voluntad de la asamblea legislativa, construía las reglas de la ley, en conformidad con los derechos y libertades protegidos por los principios establecidos del common law, a menos que el parlamento explícitamente declarara su propósito de derogar tales libertades,...”

Dichos mecanismos de control de la “constitucionalidad” de las leyes, eran totalmente diferente en los Estados Unidos de América del siglo 18, cuyos habitantes veían con lejanía a un Parlamento que no los representaba y que les imponía cargas económicas, lo cual justamente atentaba el “*common law*”.

“La situación era fundamentalmente diferente en las colinas americanas en el siglo dieciocho, donde los colonizadores se vieron confrontados con un Parlamento británico que les imponía cargas financieras sin tomar en cuenta sus intereses legítimos. Esta conducta no podía obviamente ser considerada como “debido proceso” ya que los colonizadores no tenían representación en la asamblea legislativa británica y por lo tanto

no recibían audiencia ni eran escuchados en relación con las medidas legislativas propuestas...

...principio de acuerdo al cual los tributos eran legítimos solamente cuando la gente afectada consentía en ellos a través de sus representantes y denunció el Declaratory Bill que posteriormente afirmó los poderes soberanos de la corona y del parlamento sobre las colonias en oposición a la resistencia de los colonizadores a la que se calificó como “contraria a las leyes fundamentales de la naturaleza”...⁸²

Asimismo, desde sus inicios el Sistema de Control Constitucional americano operó teniendo en cuenta que existe una Ley Superior; por ende, el Poder Judicial podía revisar judicialmente la normativa emitida por el Legislativo a efectos que se ciña a dicha Ley.

“...la idea de que el ejercicio de los poderes de las asambleas legislativas estaba regido por alguna ley superior. Ya había recibido reconocimiento judicial en diversos estados, cuando la Corte Suprema adoptó oficialmente a doctrina de la revisión judicial de la acción legislativa en el famoso caso Marbury versus Madison.”⁸³

Lo antes mencionado también se dio, en menor medida en Reino Unido, pero la diferencia central del sistema de control de constitucionalidad americano con el británico es la existencia de una Constitución escrita, diferenciando así el Poder Constituyente y el Poder Constituido.

“...Lo central del concepto americano de rule of law era la idea, típica de la era de la ilustración, de una constitución escrita como una declaración válida y legalmente vinculante del soberano, en el caso americano de la gente, sobre la estructura básica de las

⁸² RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 135 136

⁸³ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 136

*principales instituciones del país y sobre las principales libertades de que gozaban sus ciudadanos. Este concepto implicaba una distinción entre el poder constituyente que habría adoptado la constitución y las instituciones de gobierno que operaban sobre su base, así como una jerarquía de normas, quedando en principio la aprobación de las leyes por la asamblea legislativa sujeta las disposiciones de la Constitución.*⁸⁴

Por otro lado, en Alemania también se desarrolló una idea de Estado de derecho y mecanismos de control de constitucionalidad, el cual en su inicio estuvo marcado por el positivismo legal, es decir la ley debe reconocer la protección del derecho fundamental, basado en la doctrina del jurista y filósofo Immanuel Kant.

*“Los orígenes del concepto alemán de Rechtsstaat pueden encontrarse en la filosofía de la ilustración, y más notablemente en la teoría del estado formulada por Immanuel Kant. Kant definió el estado como la unión de una multitud de hombres bajo leyes de justicia. Cualquier Estado legal debía basarse sobre tres principios: la libertad de cada miembro de la sociedad como ser humano, la igualdad de cada uno con respecto a todos los demás como sujeto, y la independencia de cada miembro de una comunidad como ciudadano. El ciudadano debe estar involucrado, ya sea directamente o a través de sus representantes, en el proceso de creación de leyes, las mismas que debe observar como miembro de una sociedad de tal manera de tal manera que el no se somete a ninguna otra ley que aquellas en las que ya sea por sí mismo o junto con otros se dio a sí mismo. El principal objetivo de esta teoría era la protección de la autonomía individual. Las leyes del estado debían servir a propósito de asegurar la libertad individual y la propiedad, como bases necesarias de la independencia.”*⁸⁵

⁸⁴ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 136 137

⁸⁵ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 138 139

El sistema alemán de control constitucional y protección de derechos fundamentales, se basó en el reconocimiento de determinados derechos y el otorgamiento de mecanismos expresos al ciudadano para exigir el cumplimiento de estos derechos.

“Los propósitos del estado fueron reducidos a la preservación y promoción de la libertad personal y de la propiedad privada de los individuos... pero también la exigencia de garantías constitucionales para la independencia de los jueces y de juicio un jurado.”⁸⁶

Asimismo, si bien expresos, la propia doctrina alemana reconoce que estos derechos civiles garantizados constitucionalmente tienen un trasfondo doctrinario de una conceptualización del Estado y su relación con el individuo.

“Goerg Jellinek, concluyó que los derechos civiles garantizados constitucionalmente no eran otra cosa que reformulaciones del principio general, inherente al principio de Rechtsstaat, de que el estado no puede interferir ilegalmente en la libertad de los individuos. Jellinek reemplazó el concepto de derechos fundamentales con su propia definición de “derechos públicos subjetivos”, los cuales eran totalmente dependientes de la voluntad de la asamblea legislativa.”⁸⁷

En Francia por otro lado, si bien siempre fue reconocida la supremacía de la Constitución sobre la leyes del parlamento, inicialmente existió una férrea desconfianza de la labor judicial, por lo que el control de las constitucionalidad de las normas quedó inicialmente en manos del Legislativo.

“...La revolución de 1789 hizo del respeto por los derechos fundamentales y la separación de poderes una condición

⁸⁶ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 139

⁸⁷ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 141

oficialmente reconocida del ejercicio legítimo de la autoridad pública.

...

La idea de supremacía de la Constitución fue ampliamente admitida en Francia después de 1789; aún cuando el nuevo soberano, la nación francesa, retuvo el derecho de cambiar la Constitución, solo podía hacerlo si se seguían las formas que ella misma había prescrito en la misma Constitución.”⁸⁸

Dicho mecanismo originó que los ciudadanos no pudieran acceder a la tutela jurisdiccional u otro mecanismo para denunciar las violaciones constitucionales, en la medida que dicha facultad estaba reservada al Poder Legislativo, el cual a su vez, estaba sujeto al poder del Emperador durante el período napoleónico.

“...la teoría constitucional francesa no consiguió desarrollar mecanismos efectivos para defender en la práctica la supremacía de la Constitución. La propuesta de un jurie Constitutionnaire formulada por Abbé Sieyès, que habría encomendado la misión de examinar las denuncias constitucionales presentadas por ciudadanos respecto de las violaciones presuntas de la Constitución a un cuerpo de representantes especialmente seleccionados para este propósito, no encontró acogida entre los revolucionarios. El poder conferido al senado para anular cualquier acto constitucional, incluyendo a las leyes, bajo la Constitución napoleónica sirvió puramente para propósitos políticos, dado que el Senado era meramente un instrumento en las manos del emperador para afirmar su control sobre las otras instituciones del gobierno...”⁸⁹

Como se señaló anteriormente, la desconfianza en el Poder Judicial y la imagen de los jueces del “antiguo régimen”, llevaron a que el Poder Judicial francés sea severamente limitado en su capacidad jurisdiccional; inclusive,

⁸⁸ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 142

⁸⁹ RAINER GROTE. Loc Cit Pag. 143

prohibiendo que conozcan controversias referidas a la ejecución de normas aprobadas por el Legislativo.

“Otra característica esencial del concepto de estado de Derecho en Francia a partir de la revolución ha sido la suspicacia frente al Poder Judicial, tanto entre los políticos como entre los teóricos de la Ley.

...

Los revolucionarios prohibieron a los jueces que se entrometan en el ejercicio del Poder Legislativo, ya sea asumiendo jurisdicción mediante sus decretos, o impidiendo o suspendiendo la ejecución de las Leyes.”⁹⁰

A su vez, se relegó de la capacidad jurisdiccional del Poder Judicial francés para pronunciarse sobre cuestiones relativas al accionar de la administración pública.

“La facultad de decidir respecto a las controversias administrativas fue confiada a los propios cuerpos administrativos. La prohibición impuesta a las Cortes de tomar conocimiento sobre los actos de la Administración, la misma que fue renovada posteriormente otorgó completa libertad a la administración: no había instancia fuera de la Administración a la cual el ciudadano pudiera apelar para protegerse contra los excesos del ejecutivo.”⁹¹

Luego de la Segunda Guerra Mundial y el dominio del Partido Nacional Socialista en el Estado alemán, resurge el concepto de Estado garante de los derechos constitucionales.

⁹⁰ RAINER GROTE. Loc Cit Pag. 144

⁹¹ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 144 145

Posteriormente, es reconocida en la Constitución o Ley Fundamental alemana, un sistema de revisión judicial de la constitucionalidad del accionar de la administración pública accesible a cualquier ciudadano.

“En Alemania todos los esfuerzos de concebir al Rechtsstaat en término puramente formales como un sistema en el cual el poder público es ejercitado por los órganos competentes de conformidad con los procedimientos legalmente prescritos fueron desacreditados por la experiencia del régimen nacionalsocialista.

...

La protección de los derechos fundamentales se hace efectiva en la práctica mediante un cuidadoso sistema de revisión judicial. El artículo 19, párrafo 4, garantiza a cada persona, cuyos derechos se presumen lesionados por una autoridad pública, un recurso legal...El tribunal Constitucional Federal en Karlsruhe creado por la Ley Fundamental se desempeña como una corte de última instancia en los casos sobre derechos fundamentales...

...

Como consecuencia de lo anterior, cualquier tipo de conducta humana es protegida contra la interferencia estatal por al menos una de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.”⁹²

De igual manera en Francia, luego de la Segunda Guerra Mundial, renace el concepto de Estado como protector de los derechos fundamentales de los ciudadanos franceses, pero sin el matiz característico del positivismo alemán.

“Una redefinición del concepto de Estado de Derecho en la línea del desarrollo alemán no fue necesaria ni concebible. Era innecesaria, en primer lugar, porque el positivismo legal no había alcanzado nunca una posición tan dominante en Francia como lo había hecho en Alemania de la preguerra. Era inconcebible,

⁹² RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 149 152

porque la tradición política francesa, cuyos orígenes pueden rastrearse hasta el período revolucionario, se sustenta en el rechazo enfático de un gouvernement des juges lo cual excluye cualquier mecanismo constitucional en el cual los tribunales jueguen un papel dominante. A diferencia de la Ley Fundamental almena, las constituciones de la Cuarta y Quinta Repúblicas no trataban de definir los diferentes elementos del estado de derecho como conceptos de derecho positivo. Aún cuando la Constitución de la Quinta República contiene una referencia a los artículos sobre los derechos fundamentales que aparecen en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y en la Declaración del Hombre, su carácter vinculante para la asamblea legislativa no se reconoció sino hasta 1971.”⁹³

El sistema francés en cambio se basa en los principios generales del Derecho, en el espíritu de sus normas constitucionales, partiendo de la declaración de los derechos del hombre y sus constituciones anteriores, protegiendo una serie de derechos fundamentales no necesariamente estipulados expresamente en su texto constitucional.

“Las fuentes de los principes generaux eran diversas. Incluían documentos constitucionales tales como la declaración de los derechos del hombre de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, pero también las ideas de justicia y equidad del derecho natural. Su esfera de acción no se limita a las normas o reglas procesales. También sirve para proteger un número de derechos fundamentales sustantivos como la libertad de pensamiento y opinión, libertad de movimiento o el principio de igualdad ante la ley.”⁹⁴

⁹³ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 156 157

⁹⁴ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 157 158

Pese a ello, la doctrina francesa exigió que un verdadero Estado de derecho necesariamente requería un Sistema de Control de la Constitucionalidad de las leyes dadas por el Parlamento, propuesta que fue descartada reiteradamente.

“La conclusión de Carré de Malberg, sin embargo, de que el Etat de Droit no sería completo antes de que haya sido establecido un control de la constitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento, quedó desatendida por varias décadas.”⁹⁵

El Sistema de Control de Constitucionalidad de las leyes recién se incorporaría en Francia en la denominada Quinta República, siendo apreciado inicialmente como una manera en que el Poder Ejecutivo, a través de una Corte Constitucional, limitaba la capacidad del Poder Legislativo.

“Cuando se instituyó finalmente un control real de la constitucionalidad de las leyes del Parlamento durante la Quinta República, ello no fue apreciado en ese momento como un triunfo del Etat de Droit sino como un corolario necesario del nuevo concepto de separación de poderes que reforzó el papel del ejecutivo, dándole autonomía a las facultades legislativas, entre otras cosas, y recortó los poderes del Parlamento en la esfera legislativa. El Conseil Constitutionnel fue creado primeramente como un guardián de la rama legislativa del gobierno, el que tenía que tomar las previsiones necesarias para que el parlamento no transgreda ni exceda los límites de sus competencias, las mismas que han sido rigurosamente definidas en la nueva Constitución, inter alia a través de la aprobación de leyes que interfieran indebidamente con la prerrogativa del Ejecutivo.”⁹⁶

Por otro lado, a diferencia del sistema alemán y francés, el sistema británico no cuenta con un documento constitucional, la “Constitución” británica es de

⁹⁵ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 159

⁹⁶ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 159

carácter informal y sutil, un código informal de comportamiento político y no un marco jurídico exacto.

“El concepto inglés de rule of law difiere fundamentalmente de las nociones tanto de Rechtsstaat alemana como de État de droit francesa en que el reino unido aún no cuenta con un documento constitucional completo en el que se defina la estructura institucional de la autoridad pública y sus límites en relación al ciudadano. La Constitución británica no escrita opera sobre la base de un código informal y sutil de comportamiento político antes que dentro de un rígido marco legal.”⁹⁷

Asimismo, el sistema de control constitucional británico divide claramente el papel del Legislativo y el de las Cortes, los primeros dictan las normas salvaguardando los derechos fundamentales de los ciudadanos; y el Poder Judicial interpreta, no deroga, las normas a efectos que se permita la más amplia libertad posible, de conformidad con los principios del “common law”.

“Al amparo de los acuerdos institucionales establecidos por el laudo constitucional de 1688, la protección de las libertades civiles ha sido puesta en manos del parlamento y de las Cortes Ordinarias. Al parlamento se le encarga asegurar que no sea aprobada ninguna medida legislativa que infrinja indebidamente la libertad individual, y las cortes deben interpretar la ley de modo tal que permita la más amplia libertad posible, de conformidad con los bien establecidos principios del common law.”⁹⁸

Asimismo, el sistema británico también se identificó con principios como la predictibilidad y la certeza legal, pese a su falta de Constitución escrita el sistema de derecho británico se mantiene por la naturaleza democrática de sus instituciones.

⁹⁷ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 161

⁹⁸ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 162

“El rule of law fue identificado cada vez más con ciertas cualidades formales de la ley, tales como su predictibilidad y la certeza legal.

...

De este modo el rule of law descansa más en la naturaleza democrática de las instituciones políticas del país que en cualquier elaborado mecanismo constitucional.”⁹⁹

Debe tenerse en consideración que, respecto al accionar de la administración, los jueces británicos siempre han revisado judicialmente dicho accionar, a efectos de evitar el “ultra vires” por parte de la administración o ir más de las potestades conferidas a la administración por el parlamento británico.

“Inicialmente la revisión judicial de la acción administrativa se basaba en la doctrina del ultra vires. Esta doctrina asume que un cuerpo que ejercita facultades legales solamente puede ejercer los poderes que le son conferidos, implícita o expresamente, por el Parlamento. Los tribunales, al revisar judicialmente la acción de un organismo público, están simplemente resolviendo respecto de los límites exactos de una asignación particular de poder: ellos deben verificar si el organismo se ha mantenido o no dentro de las facultades delegadas.

La adopción de la doctrina del ultra vires como principio orientador tiene importantes consecuencias para la naturaleza y límites de la revisión judicial. Su énfasis está en la defensa del principio de legalidad y en la aplicación de la voluntad del parlamento, no en la protección del ciudadano.”¹⁰⁰

Por ende, toda actividad de la administración puede ser materia de revisión judicial por parte de las cortes británicas, salvo ciertas materias reservadas expresamente a la discrecionalidad del Ejecutivo, en general de carácter político.

⁹⁹ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 162 163

¹⁰⁰ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 165

“En particular han decidido que el ejercicio de capacidades ejecutivas al amparo de la prerrogativa real, la cual se basa por definición en el common law y no en una habilitación legal, también es susceptible de revisión judicial. De acuerdo a esta jurisprudencia, no es la prerrogativa como tal sino solamente ciertas de sus materias como la elaboración de Tratados internacionales, la defensa del país o la disolución de parlamento las que excluidas de revisión judicial como asunto no justiciable, y ello debido a su carácter predominantemente político.”¹⁰¹

La revisión judicial es por tanto, un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los individuos contra el abuso del poder.

“En consecuencia, la revisión judicial de la acción administrativa no tiene más justificación por la referencia a la supuesta intención del Parlamento sino por la autoafirmación de los tribunales de su mandato constitucional de proteger los derechos individuales contra el abuso de poder.”¹⁰²

De igual manera, sistema el “rule of law” americano se respalda en una fuerte fragmentación del Poder tanto horizontalmente como verticalmente, con un Poder Judicial con amplias capacidades, que también guarda una fuerte tradición británica en especial en los referente a la protección de libertades individuales.

“El rule of law americano tal y como se ha encarnado en la Constitución de los Estados Unidos es definido por dos principios fundamentales. Primero, que se respalda en una fuerte fragmentación del poder el cual no solo está dividido horizontalmente entre las diferentes ramas del gobierno bajo un sistema horizontal complejo de controles y contrapesos, sino

¹⁰¹ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 165

¹⁰² RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 166

*también verticalmente entre el Gobierno Federal y los Estados. La judicatura cuenta con una posición fuerte en este sistema. No es como Montesquieu había sugerido en *quelque facón nul* sino que goza, consistentemente con la tradición del common law, de autonomía considerable en la construcción y aplicación de las normas legales sobre cuya base operan las diferentes instituciones de la vida americana, incluyendo los poderes Ejecutivo y Legislativo. En segundo lugar la Constitución americana, en la tradición de la teoría política de Locke y de la Declaración de Independencia, adhiere gran importancia a la protección de las libertades individuales. Al hacerlo así refleja la ética del individualismo que ha estado en la raíz de la moderna teoría política constitucional americana.”¹⁰³*

Por ende, los conceptos antes mencionados sobre el sistema de control constitucional británico, americano, alemán y francés, tiene como finalidad imponer límites a ejercicio de la autoridad política y dichas definiciones varían con el tiempo para adaptarse a las nuevas circunstancias.

“Los conceptos de rule of law, rechtsstaat y etat de droit se refieren al problema de la imposición de límites efectivos al ejercicio de la autoridad pública para salvaguardar los derechos y libertades del ciudadano. Su definición precisa dependen de los conceptos prevalecientes de ley y de autoridad pública los mismos que también son susceptibles de cambiar.”¹⁰⁴

Dichas variaciones no solo han sido parte de un desarrollo de los derechos fundamentales o los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, sino que obedecen a los vaivenes de la política interior y de la aparición de gobiernos totalitaristas o represivos. Pese a ello, en la actualidad se reconoce claramente la primacía de la constitución como norma fundamental.

¹⁰³ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 170 171

¹⁰⁴ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 141

“El concepto formal de estado de Derecho ha sido desacreditado por las catástrofes políticas del siglo veinte. El concepto sustantivo que lo ha reemplazado no se ha basado en teorías del derecho natural o divino, sino en la moderna noción de constitución. La constitución no solamente contiene normas sobre la distribución de poderes entre los distintos órganos estatales, sino que también incorpora valores sustantivos en la forma de garantías para los derechos fundamentales que dirigen y limitan el ejercicio de la autoridad pública. El argumento central, que provee de una base para el rango superior de la Constitución y para su carácter vinculante respecto de las diferentes ramas del Gobierno debe encontrarse, como lo señaló casi hace doscientos años el presidente de la Corte Suprema Marshall ni en la teoría legal ni en conceptos abstractos de carácter religioso ni filosófico sino en la doctrina política secular de la soberanía popular. La Constitución le debe el status especial a su carácter como una expresión de la voluntad del pueblo de usos posibles de la autoridad pública. Esta voluntad del pueblo debe tener precedente sobre la de sus representantes en caso de conflicto.”¹⁰⁵

3.3.2. Sobre las características de los Sistemas de Control de Constitucionalidad.-

Respecto al control de constitucionalidad, uno de los requisitos fundamentales de dicho sistema, independientemente del país donde se realiza el control, es que exista un órgano con capacidad para pronunciarse respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

“Otro requisito fundamental es que el órgano encargado del control tenga facultad y potestad de decisión definitiva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma legal

¹⁰⁵ RAINER GROTE.. Loc Cit Pag. 174 175

ordinaria. Vale decir que no es suficiente que el órgano cuyos actos o decisiones controla; también es necesario que las decisiones emanadas del órgano encargado del control de constitucionalidad, sobre la conformidad o inconstitucionalidad de la disposición legal con la Constitución, sean definitivas e irrevisables, además de vinculantes u obligatorias para todos los gobernantes y gobernados.”¹⁰⁶

A su vez, debe tenerse presente las características de la Resolución que emite el órgano competente, esta no solo debe tener un carácter declarativo, sino ser efectiva y de obligatorio cumplimiento.

“Si la resolución pronunciada por el órgano encargado del control es meramente indicativa, no obligatoria ni vinculante, o esté sujeta a la decisión final del Órgano Legislativo, pierde su esencia y efectividad; constitucionalidad y, como señala Fix-Zamudio, en Sagüés (1989:T1-35),”no puede considerarse como un verdadero órgano jurisdiccional especializado en controversias constitucionales, sino exclusivamente un instrumento auxiliar del órgano legislativo.”¹⁰⁷

Dicha sentencia o decisión debe tener la calidad de cosa juzgada, a efectos de ser cumplida por los demás ciudadanos, y entes públicos o jurisdiccionales.

“Una de las características de dichos procedimientos es que se los realiza en única instancia, de manera que contra la resolución pronunciada por el órgano encargado del control no se admite recurso ulterior alguno. Por eso, la ley creadora del organismo de control y reguladora de los procedimientos del control, debe garantizar tanto el poder de decisión del organismo.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 27

¹⁰⁷ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 27

¹⁰⁸ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 27

Mediante dicho mecanismo se asegura que la norma materia de análisis, que fuere declarada inconstitucional, sea retirada del ordenamiento jurídico, en el caso del denominado control concentrado o abstracto.

“Es definitiva, de lo que se trata es que el organismo competente de ejercer el control de constitucionalidad emita resoluciones que adquieran el carácter de cosa juzgada y que sus declaraciones de inconstitucionalidad tengan un efecto general o erga omnes, de manera que la disposición legal o de la norma incompatible con la Constitución sea expulsada del ordenamiento jurídico.”¹⁰⁹

Paralelamente, debe tenerse presente que independientemente al mecanismo de control por el cual se opte en determinada legislación, sea difuso o concentrado, los ciudadanos deben tener la capacidad de acceder a uno de estos mecanismos, para poder exigir la protección de sus derechos constitucionales.

“Un requisito inherente a la naturaleza misma del control constitucional es el referido a la legitimación activa reconocida a los ciudadanos como un derecho de acceso al control. Esto implica que la legislación que regula la organización y funcionamiento del órgano encargado del control así como los procedimientos para la realización del control reconozca el derecho de los ciudadanos a solicitar el control de constitucionalidad en defensa de la Constitución y los derechos y garantías que esta proclama. Como dice Vanossi, en Sagüés (1989: T1-36), «de faltar esa posibilidad a los ciudadanos comunes, es relativa la idea de control por lo menos, el control queda reducido aún a un ámbito mucho menor».”¹¹⁰

Es decir, deben estar legitimados activamente para poder exigir aquello en la vía correspondiente. Dicha legitimación en determinados casos es reservada a

¹⁰⁹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 28

¹¹⁰ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 28

determinados funcionarios públicos, a un número determinado de ciudadanos, o a determinadas entidades.

“El derecho de las personas a solicitar el control de constitucionalidad está relacionado con lo que en doctrina se conoce como la legitimación activa. Tomando en cuenta que el control de constitucionalidad abarca nos solo el ámbito normativo sino la vigencia y el ejercicio de los derechos fundamentales, el análisis del tema corresponde ser abordado en esas dos dimensiones.”¹¹¹

La doctrina y la legislación mayoritaria por ende, reconocen en la gran mayoría de casos algún mecanismo de control constitucional en el cual el ciudadano tenga la denominada legitimación activa, para promover una protección de sus derechos constitucionales en virtud a una norma legal que las infringe.

“En cuanto concierne al ámbito del control de la vigencia y el ejercicio de los derechos fundamentales, no existe mayor problema, por cuanto la doctrina y la propia legislación reconocen legitimación activa irrestricta a las personas para solicitar la tutela de sus derechos fundamentales o garantías constitucionales frente a los actos, resoluciones u omisiones ilegales o indebidas que los restringen o suprimen.”¹¹²

Esta situación posibilita al ciudadano a ejercer su derecho y buscar tutela jurisdiccional; pese a ello, cabe señalar que en ese sentido nuestro país no ofrece al ciudadano una gama amplia de recursos para la protección de sus derechos constitucionales, en comparación a otros países incluso de la propia región.

“Como señala Sagüés, quien es uno de sus adherentes, esta tendencia posibilita a cualquier particular afectado a reclamar ante

¹¹¹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 28

¹¹² CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 28 29

el órgano competente por un pronunciamiento de inconstitucionalidad de la norma, acto u omisión que lo agravia. Sobre esa base es que algunos países han instituido la acción popular de inconstitucionalidad. Es el caso de Colombia y Perú, aunque en este último país la legitimación activa para la acción popular se condiciona la presentación de cinco mil firmas de ciudadanos comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.”¹¹³

Pese a ello, en nuestro país una parte de la doctrina señala que la legitimación activa sea restringida, pues el problema de la constitucionalidad de la norma tiene un fin más político, o puede generar una congestión de causas judiciales.

“Los que sustentan la tesis de legitimación activa restringida argumentan suposición en hecho de que una legitimación activa irrestricta daría lugar a que se traslade el debate político, del legislativo al órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad y generar un congestionamiento de causas., Sobre esa base es que restringen la legitimación activa, especialmente en el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, a determinadas autoridades o funcionarios públicos.”¹¹⁴

Otro requisito fundamental para que funcione cualquier sistema de control constitucional, es el sometimiento de toda actividad estatal al mencionado mecanismo de control.

“Finalmente, un requisito importante para que funcione el sistema de control de constitucionalidad, es el sometimiento de toda actividad estatal a control. Partiendo del principio de la supremacía de la Constitución, toda norma legal ordinaria debe estar subordinada a sus disposiciones, de manera que el control de constitucionalidad deberá abarcar al conjunto de normas infra

¹¹³ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 29

¹¹⁴ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 29

constitucionales, además a toda resolución, acto u omisión de autoridad pública.”¹¹⁵

Independientemente a que dicha actividad sea normativa, ejecutiva, o administrativa, toda actividad de los poderes del Estado que recaiga sobre derechos fundamentales de los ciudadanos, debe ser controlada, sin lugar a regímenes de excepción que impidan dicho control.

“En definitiva, toda actividad estatal, sea normativa o ejecutiva, debe y tiene que estar sometida al control, no pudiendo establecerse regímenes de excepción.”¹¹⁶

Respecto a los grandes sistemas de control constitucional, estos son principalmente, el sistema de control político y el de control jurisdiccional.

“Según la doctrina constitucional, son dos los sistemas o modelos de control de constitucionalidad; el sistema de control político de constitucionalidad y el sistema jurisdiccional de constitucionalidad.”¹¹⁷

El sistema de control político, como su nombre lo indica es ejercido por un órgano político, o un Consejo elegido en forma esencialmente política, son pocos los estados que mantienen este sistema. Su característica principal es ser independiente al Poder Judicial.

“Es aquel en el que el control de la constitucionalidad esta encomendado a un órgano político; es decir un organismo esencialmente político, como el propio órgano Legislativo o una entidad especial constituida sobre la base de una designación política, como es el Consejo Constitucional de Francia.

¹¹⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 30

¹¹⁶ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 30

¹¹⁷ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 30

Este sistema nace de la posición antijudicialista, es decir, la desconfianza del sistema político en la labor de los jueces y la excesiva confianza en la voluntad general, expresada en la revolución francesa por fuertes corrientes de pensamiento, tiene en Francia como el país arquetipo del modelo. Es un sistema que, en la actualidad, ya muy pocos países la han adoptado, tal es el caso de Cuba.”¹¹⁸

Respecto al sistema control jurisdiccional, implica que la labor es encomendada a un organismo jurisdiccional, a través de procedimientos normados y en teoría “técnicos”.

“Es aquel en el que la labor del control de constitucionalidad está encomendada a un organismo jurisdiccional, es decir, es un órgano que está dotado de jurisdicción y competencia para ejercer el control a través de procedimientos extraordinarios y especiales previstos en la Ley.”¹¹⁹

Este sistema de control jurisdiccional a su vez, se clasifica en dos principales variantes, que son de aplicación en la mayoría de países del mundo, se pueden aplicar en forma excluyente o complementaria y son el control difuso y el control concentrado.

“La doctrina del Derecho Constitucional, distingue dos variantes en este sistema de control de constitucionalidad, tomando en cuenta el órgano jurisdiccional que cumple la labor del control, así como la vía a través de la cual se activa el control, la legitimación activa y los efectos de la decisión que adopta encargado del Control. En ese orden se identifica, el sistema de control jurisdiccional difuso o modelo americano; y el sistema de control jurisdiccional concentrado o modelo europeo.”¹²⁰

¹¹⁸ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 31

¹¹⁹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 31

¹²⁰ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 31 32

Respecto al sistema de control político, existen aún una serie de ejemplos como en la República Francesa, en donde un ente político como el Consejo Constitucional, ejerce esa labor de control, ello tiene su motivación en la profunda tradición antijudicialista en Francia.

“En Europa, Francia tiene un sistema de control político de la constitucionalidad de las leyes, en razón que de dicha labor ha sido encomendada a un organismo denominado Consejo Constitucional que no es propiamente un órgano judicial.

La historia constitucional francesa está caracterizada por una posición antijudicialista que se ha convertido en una verdadera tradición. Como dice Fernández Segado(1997b: 52), “la exclusión de un control judicial de la constitucionalidad es la idea que siempre se ha venido afirmando en los texto constitucionales franceses; de ahí que sea Francia el país arquetipo del control político de la constitucionalidad de las leyes.”¹²¹

Dicho sentimiento contrario a los jueces tiene su explicación en la historia pre revolucionaria francesa, y en los conceptos de división de poderes y no intromisión de las competencias entre los mismos, lo cual es una impronta de la revolución francesa en el sistema de control constitucional francés.

“Buscando las razones o causas que justifiquen la posición antijudicialista francesa Mauro Capelleti,... ha llegado a la conclusión de que existen diversas razones de las que básicamente se puede nombrar tres: a) las históricas, es decir, las que tienen su origen en la confianza sin límites en la voluntad general y el extremado recelo frente a los jueces, proveniente del recuerdo permanente de las graves interferencias que antes de la Revolución los jueces perpetraron frente a los restantes poderes de un modo verdaderamente arbitrario; b) las ideológicas,

¹²¹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 59

basadas en la doctrina de la división de poderes de Montesquieu, la que en su más rígida formulación se considero inconciliable con la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del poder legislativo, el que es visto como una manifestación directa de la soberanía popular; y c) las practicas, basadas en el hecho que las instituciones jurídicas tienden a adecuarse a las exigencias mutables de la vida practica, tal vez con un cierto desfase temporal y, en ese marco, la exigencia práctica que prevalece, sentida en la historia francesa se más de un siglo y medio a esta parte, es la de asegurar, especialmente a través del Consejo de Estado, una tutela contra la ilegalidad y los abusos del Poder Ejecutivo más que contra los excesos del Legislativo.”¹²²

Resulta interesante estudiar las atribuciones de dicho Consejo Constitucional, de carácter supuestamente político. En primer lugar, realiza el control de constitucionalidad de las leyes que puede ser, previo, antes de la aprobación de la Ley y correctivo, luego que esta ha sido aprobada.

“Por razones metodológicas de estudio, las atribuciones del Consejo Constitucional establecidas por la Constitución de las puede agrupar en los siguientes ámbitos:

b) El control normativo

La labor principal del Consejo Constitucional es el control normativo, es decir, el control de la constitucionalidad de las leyes. En este ámbito existen dos tipos de control: el previo o a priori y el correctivo o a posteriori.”¹²³

Respecto al control previo de constitucionalidad de las leyes en Francia, solo determinados tipos de normas pasan por el control de Consejo, tales como leyes orgánicas o Tratados.

“b.1) El control previo

¹²² CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 59 60

¹²³ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 61

Por disposición del art. 61 de la Constitución son sometidos al Consejo Constitucional, para que este ejercite el control previo y se pronuncie sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, antes de su promulgación y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigencia; a este respecto Francisco Rubio Llorente en su obra Constituciones de los Estados de la Unión Europea (1997: 244), señala «es excepcional que el órgano de control de constitucionalidad tenga que comprobar ex ante, lo que equivale a decir de oficio, la conformidad de los reglamentos parlamentarios al texto constitucional». Asimismo, puede ser sometido al control previo de constitucionalidad un Tratado o convenio internacional.»¹²⁴

En este tipo de casos, la sentencia que declara inconstitucional una norma por parte del Consejo Constitucional antes de ser aprobada, implica que esta no puede ser promulgada ni entrar en vigor.

“Con relación a los efectos del control previo o a priori de constitucionalidad de las disposiciones legales referidas, el art. 62 de la Constitución le otorga el carácter obligatorio y vinculante a la decisión del Consejo Constitucional al disponer que no podrá ser promulgada ni puesta en vigor una disposición declarada anticonstitucional.”¹²⁵

Dicho mecanismo de control previo, es un rasgo esencial del sistema de control político de la constitucionalidad de las leyes, pues en principio, las normas que son promulgadas tienen el carácter de constitucionales.

“Al ser uno de los rasgos esenciales del sistema de control político su carácter preventivo, la constitucionalidad de las leyes,

¹²⁴ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 61 62

¹²⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 62 63

por principio, no puede ser puesta en tela de juicio una vez promulgadas.”¹²⁶

Sobre el denominado Sistema de Control de Constitucionalidad Concentrado, o Sistema de Control Austriaco o de Europa Continental, cabe señalar que el Tribunal Constitucional de Austria es el más antiguo y modelo del resto de tribunales creados en Europa.

“Dentro del sistema de control jurisdiccional concentrado, el Tribunal Constitucional de Austria es el más antiguo y sirvió de modelo a los otros tribunales creados e implementados en Europa. En una revisión de los antecedentes históricos de esta institución se establece que tuvo su predecesor en el Tribunal del Imperio, instituido mediante la reforma constitucional de 1867, cuya labor principal fue la de recibir y resolver los recursos presentados por los ciudadanos contra la violación de sus derechos constitucionalmente garantizados.”¹²⁷

Asimismo, el mecanismo de control concentrado tal y como se le conoce hoy en día es relativamente reciente, en comparación al control difuso, pues inicialmente fue puesto en marcha en Austria en 1920 dada la influencia del gran jurista Hans Kelsen.

“Pero fue mediante la reforma constitucional de 1920 que se institucionalizo el Tribunal Constitucional como un órgano especializado para ejercer el control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, el modelo adoptado por Austria tuvo como principal inspirador al jurista Hans Kelsen.”¹²⁸

Dicho Tribunal austriaco posee amplias atribuciones para ejercer el control constitucional, entre sus principales atribuciones están el ejercer el control

¹²⁶ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 63

¹²⁷ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 63

¹²⁸ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 64

constitucional en materia electoral, en materia de conflicto de competencia entre entes estatales, en materia de control normativo tanto a priori como a posteriori.

“Por disposición de los arts. 137 al 145 de la Constitución, el Tribunal Constitucional de Austria, tiene por funciones y atribuciones el control jurisdiccional en los siguientes ámbitos:

a) Control Electoral

Una de las funciones importantes que desempeña el Tribunal Constitucional de Austria es la referida al control electoral, constituyéndose en un juez de lo contencioso electoral.

En ese orden, el art. 141 de la Constitución de Austria le faculta al Tribunal Constitucional conocer de la impugnación de la elección a Presidente de la Federación, de las elecciones a las asambleas representativas generales, de las elecciones al Parlamento Europeo y de las elecciones a órganos con potestad estatutaria (asambleas representativas) de colegios profesionales constituidos conforme a la Ley. ...”¹²⁹

Como se puede apreciar del siguiente texto, dicho Tribunal Austriaco ejerce un control del ejercicio del Poder Político por los organismos estatales, al deslindar los conflictos de competencia entre ellos, al igual que en el Perú.

“b) Control del ejercicio del poder político

Otra función importante del Tribunal Constitucional de Austria es la referida al control del ejercicio del poder político. La ejerce a través de la dilucidación de competencias, la determinación de responsabilidad jurídica o penal de los titulares de los Órganos Superiores de la Federación o de los Estados y la revisión de acuerdos de autoridades administrativas.

¹²⁹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 65 66

- *...el Tribunal Constitucional conocerá y resolverá los conflictos de competencia entre tribunales y autoridades administrativas, entre el Tribunal Administrativo y los demás Tribunales, especialmente también entre el Tribunal Administrativo y el propio Tribunal Constitucional, así como entre los tribunales ordinarios y otros tribunales.*

.....

- *Respecto a la revisión de acuerdos o decisiones de autoridades administrativas, el art. 144 de la Constitución dispone que el Tribunal Constitucional conocerá de los recursos contra acuerdos de autoridades administrativas, incluyendo las Salas Independientes de lo Contencioso-Administrativo....”¹³⁰*

Asimismo, dicho Tribunal austriaco ejerce la labor típica de control normativo o control de constitucionalidad de las normas legales, tanto antes como después de ser promulgadas. Se puede apreciar que dicho control previo o “a priori”, se ejerce al igual que la Corte Constitucional francesa, y que no es parte de las funciones del Tribunal Constitucional peruano.

“c) Control normativo

El control normativo es una de las funciones principales del Tribunal Constitucional de Austria, el mismo que es ejercido como control previo o a priori y el control correctivo o a posteriori.

c.1) Control previo o a priori

Esta atribución del Tribunal «se ejerce con respecto a proyectos de ley o de reglamento – o a otros actos administrativos- aun no votados por las asambleas o publicados por las autoridades administrativas», en el marco de lo establecido por el art. 138 apartado. 2 de la Constitución.

La resolución que emite el Tribunal Constitucional es vinculante para los órganos públicos y tiene fuerza obligatoria con rango de

¹³⁰ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 66 67

*ley constitucional. A ese efecto se publica en el boletín de leyes federales.*¹³¹

Asimismo, el citado tribunal austriaco vela por la constitucionalidad de cualquier tipo de norma, en calidad de instancia final de cualquier tribunal administrativo o judicial.

“c.2) Control correctivo o a posteriori

*Por disposición del art. 140 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ejerce esta función conociendo y resolviendo sobre la posible anticonstitucionalidad de una Ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, o de una Sala Independiente de lo Contencioso-Administrativo, así como, de oficio, cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la Ley a un litigio pendiente.*¹³²

En Alemania la Corte Constitucional adoptó también el modelo kelseniano recién en 1948 consagrando el denominado control concentrado, muy similar a la que inspira el sistema peruano, el cual tiene una fuerte impronta positivista.

“En Alemania, la reforma constitucional efectuada el año 1948 instituyó por primera vez la jurisdicción constitucional. Se adoptó el modelo kelseniano del sistema de control jurisdiccional concentrado creando el Tribunal Constitucional Federal que, según Louis Favoreu (1944:63), fue establecido mediante la Ley de 12 de marzo de 1951 y comenzó a funcionar en septiembre del mismo año.

*La actual Ley Fundamental, como llaman a su Constitución los alemanes, establece que la jurisdicción constitucional es «protectora suprema de la Constitución».*¹³³

¹³¹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 67

¹³² CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 67 68

¹³³ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 69

Entre las funciones básicas del citado Tribunal alemán, están las de control normativo de las leyes y Tratados, como en Francia y en Austria, el cual puede ser: “a priori” o previo, y “a posteriori” o posterior.

“Las atribuciones del Tribunal Constitucional Federal están enumeradas en el art. 93 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, complementadas por las disposiciones establecidas en los arts. 18,21 párrafo 2,41 párrafo 2,61, 98 párrafos 2y5, 99 y 100 de la misma Ley Fundamental, están reproducidas en la Ley Tribunal Constitucional Federal. Por razones metodológicas.

a) *Ámbito del control normativo*

El control de constitucionalidad de las leyes y Tratados, conocido también como control normativo, es una de las principales funciones del Tribunal Constitucional Federal. De conformidad con lo previsto por la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal, este control puede ser previo o correctivo.”¹³⁴

Dicho control previo o a priori, es ejercido en caso determinados, en especial antes de la aprobación de un Tratado.

“a.1) Control previo o a priori

En primer lugar, el Tribunal Constitucional Federal ejercita el control previo o a priori de la Ley de aprobación de un Tratado. Pues una vez votada y aprobada la Ley debe ser remitida al Tribunal Constitucional antes de su promulgación, en virtud de una jurisprudencia establecida en 1952.”¹³⁵

En caso de litigio entre los órganos constitucionales y antes que el Presidente se niegue a promulgar una norma.

¹³⁴ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 72

¹³⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 72

“En segundo lugar, el control previo es ejercido por el Tribunal Constitucional Federal en el caso en que exista litigio entre los órganos constitucionales, es decir, en el caso de que el Presidente de la República se niegue a promulgar una ley.”¹³⁶

Asimismo, el control constitucional puede ser ejercido antes de la entrada en vigencia de una Ley, si contra el proyecto de Ley se interpone una acción de inconstitucionalidad. Ante dicho supuesto, se aplaza la entrada en vigencia de la Ley hasta que el Tribunal Constitucional alemán se pronuncie.

“En tercer lugar, puede ejercitar este control antes de la entrada en vigencia de una Ley, ante una acción de inconstitucionalidad planteada; de manera que, en principio se aplaza la entrada en vigor de la Ley mediante una orden provisional del Tribunal Constitucional, hasta tanto éste se pronuncie, entonces el Tribunal ejercita el control y emite su pronunciamiento definitivo, si encuentra la incompatibilidad anula la ley expulsándola del ordenamiento jurídico.”¹³⁷

Respecto al control correctivo o “a posteriori”, el Tribunal Constitucional alemán conoce hasta de tres mecanismos de control de constitucionalidad, de estos solo el último puede ser a iniciativa de los individuos.

“a.2) Control correctivo o a posteriori

Este tipo de control, el Tribunal Constitucional Federal lo ejerce por la vía abstracta, la concreta y la del recurso constitucional por iniciativa de los individuos.”¹³⁸

Respecto al control en vía abstracta, este es el típicamente denominado control de constitucionalidad concentrado, tiene como finalidad declarar la inconstitucionalidad de una norma en forma abstracta o general, y retira a la

¹³⁶ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 72

¹³⁷ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 73

¹³⁸ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 73

misma del ordenamiento jurídico. Esta acción es planteada por el gobierno de un “Land” o tercio de miembros del “Bundestag”.

“El control abstracto, puede plantearse contra todas las categorías de leyes, incluidas las constitucionales.”¹³⁹

Respecto al denominado control concreto y el denominado control difuso, la Corte Constitucional alemana conoce de todas las cuestiones de constitucionalidad que puedan plantear los individuos ante cualquier ente judicial ordinario, el cual remite al Tribunal los actuados. Pese a ello, dicha solicitud es planteada por el Tribunal que conoce la causa, el cual suspende el proceso que está tramitando hasta la emisión del fallo del Tribunal, no puede ser planteado directamente por el individuo.

“El control concreto, conocido también como la cuestión de inconstitucionalidad, puede plantearse ante cualquier tribunal judicial, y a éste le compete decidir la remisión al Tribunal Constitucional Federal, independiente de las conclusiones de las partes.”¹⁴⁰

Finalmente, se encuentra el recurso constitucional que puede ser planteado directamente por cualquier individuo, el cual debe argumentar que ha sufrido una lesión de sus derechos fundamentales, sea por parte de la Ley, de un órgano judicial o administrativo.

“El recurso constitucional por iniciativa de individuos, es la vía reservada a los individuos para solicitar el control de constitucionalidad. Según Favoreu (1994: 75), la condición para plantear este recurso es que «el demandante hubiese sufrido lesión en uno de sus derechos fundamentales, enumerados en los primeros artículos de la Constitución o en los arts. 10 apartado. 4, 33, 38, 101, 103 y 104, aunque esta enumeración no limita

¹³⁹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 73

¹⁴⁰ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 73

*realmente la admisibilidad de los recursos, pues el Tribunal Constitucional considera que los derechos Constitucionales forman un orden jurídico objetivo que debe ser interpretado no como una serie de garantías concretas, sino como un sistema coherente y completo de valores que apunta a la protección de la dignidad de la persona humana y a su libre desarrollo».*¹⁴¹

Asimismo, el Tribunal Constitucional alemán, al igual que el austriaco, ejerce un control de constitucionalidad en el ámbito electoral.

“b) Ámbito del control electoral

*Otra función importante del Tribunal Constitucional Federal es la referida al control en materia electoral. Por disposición del art. 41 de la Ley Fundamental corresponde a la Dieta (congreso) Federal o Bundstag el examen de las credenciales de sus miembros, así como el decidir si un diputado ha perdido su mandato.*¹⁴²

Asimismo, conoce del conflicto de competencias entre la federación y los Estados federados, entre distintos Estados Federados o entre Órganos Constitucionales.

“c) Ámbito del Control del Ejercicio del Poder

*En este ámbito, el Tribunal Constitucional Federal cumple la función de resolver los conflictos o controversias entre la Federación y los Estado federados, entre distintos Estados Federados, o los conflictos suscitados dentro de un Estado Federado, así lo dispone el art. 93.1.4 de la Ley Fundamental de Alemania.*¹⁴³

“Por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal ejerce la función de conocer y resolver los conflictos entre los órganos

¹⁴¹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 74

¹⁴² CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 75

¹⁴³ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 76

constitucionales de la Federación, en aquellos casos en los que se produzcan diferencias de opinión acerca de derechos y deberes de la Federación y de los Estados Federados, especialmente en lo que se refiere a la ejecución del Derecho Federal por los Estados Federados y al ejercicio del control federal (art. 93 párrafo 1 N° 3 y art. 84 párrafo 4 párrafo 2 de la Ley Fundamental)”¹⁴⁴

Asimismo, al igual que en Austria, el Tribunal alemán tiene la capacidad de determinar la responsabilidad jurídica del gobernante por violación deliberada de la Ley Federal, lo cual lo vuelve en un Tribunal Supremo de Justicia ordinario, pues el Tribunal determina la responsabilidad del acusado y su destitución de ser el caso.

“d) Ámbito de la determinación de responsabilidad jurídica

El art. 61 de la Ley Fundamental de Alemania le otorga una función y atribución importante al Tribunal Constitucional Federal que, como en el caso de Austria, consiste en determinar la responsabilidad jurídica del gobernante, función que convierte al Tribunal Constitucional Federal en una especie de Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, el citado artículo de la Ley Fundamental dispone que la Dieta Federal (Bundstag) o el Consejo Federal (Bundesrat) podrán acusar al Presidente de la República Federal ante el Tribunal Constitucional Federal por violación deliberada de la Ley Federal.

Esta función implica un proceso de responsabilidad contra el Presidente de la República Federal, pues el Tribunal Constitucional Federal deberá determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado frente a la acusación, lo que implica todo un proceso judicial. De encontrar culpable al acusado, el Tribunal

¹⁴⁴ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 76

Constitucional Federal, deberá disponer la destitución de su cargo.”¹⁴⁵

Otra de las funciones principales de este Tribunal alemán está en el ámbito de los derechos fundamentales, castigando el ejercicio inadecuado de los derechos fundamentales del individuo y protegiendo la plena vigencia de los mismos, a través del denominado Recurso de Amparo.

“e) Ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales

En el ámbito del ejercicio de los Derechos Fundamentales, a diferencia de sus similares, el Tribunal Constitucional Federal cumple una doble función: por una parte, controla el ejercicio adecuado de los Derechos Fundamentales por parte de las personas castigando el mal uso; y por otra, ejerce un control dirigido a proteger el ejercicio real y la plena vigencia de los Derechos Fundamentales.”¹⁴⁶

“En cuanto a la función de protección de los Derechos Fundamentales, la Ley Fundamental de Alemania instituye el recurso de Amparo Constitucional, cuando en su art. 93.4ª. Dispone expresamente que el Tribunal Constitucional decidirá: «sobre recursos constitucionales que podrán ser interpuestos por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales, o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, apartado 4; 33, 38, 101, 103 y 104».”¹⁴⁷

Otro ejemplo doctrinario a tomar en cuenta es el tratamiento y el control normativo ejercido por la Corte Constitucional en el Reino de España.

¹⁴⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 76

¹⁴⁶ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 77

¹⁴⁷ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 78

“Según señala Fernández Segado, en la Jurisdicción Constitucional en España (1997c: 629-631), los antecedentes del control normativo de de constitucionalidad en España se remontan a la Constitución de la Segunda República de 1931. Es en aquella Ley Fundamental en la que se insertaron normas para crear el Tribunal de Garantías Constitucionales. El art.121. a) de la Constitución otorgaba al Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para conocer el recurso de inconstitucionalidad de las leyes; el objeto del control para conocer el recurso de inconstitucionalidad de las leyes; el objeto del control era no solo las leyes de la República, sino también las aprobadas por las Regiones autónomas, como asimismo los Decretos dictados por el Gobierno en desarrollo de una previa delegación legislativa y los Decretos Leyes. La Ley Orgánica del Tribunal, sancionada el 14 de junio de 1933, establecía tres procedimientos sustanciales de impugnación de las disposiciones legales: a) la impugnación por los particulares; b) la consulta por los Tribunales de Justicia, cuando éstos hubieran de aplicar una ley que estimaran contraía a la Constitución, supuesto en que suspenderían el procedimiento, dirigiéndose en consulta al Tribunal, y c) el recurso por el Ministerio Fiscal. Ese Tribunal tuvo muchas dificultades en su funcionamiento habiendo mantenido vigencia hasta el año 1938.”¹⁴⁸

Asimismo, presenta los rasgos típicos de un sistema de control constitucional concentrado en un órgano o Corte Constitucional.

“A decir de Fernández Segado (1997c: 639-641), la naturaleza del Tribunal Constitucional de España viene configurada en los siguientes rasgos característicos:

- *El Tribunal es un órgano constitucional del Estado, porque está establecido y configurado directamente por la Constitución.*

¹⁴⁸ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 78 79

Como dice García Pelayo, en Fernández Segado (1997c: 639), «el Tribunal está llamando a perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho en el que se constituye la Nación española, y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes constitucionalmente establecida, componentes ambos inexcusables del Estado constitucional de nuestro tiempo».

- *El Tribunal es un órgano de naturaleza jurisdiccional, porque su procedimiento, el estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones están en la órbita de la jurisdicción.*
- *El Tribunal encarna una jurisdicción de naturaleza especial, porque no está encuadrado en la común organización judicial.*
- *El Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución, pues así lo define el art. 1 de la Ley Organiza del Tribunal Constitucional y el propio órgano reitero dicha calificación mediante su sentencia 1/1981 de 26 de enero, afirmando que «el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde por ello al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos».*¹⁴⁹

Es interesante analizar las funciones y atribuciones del Tribunal Constitucional español, las cuales están definidas su Ley Orgánica y que han impactado fuertemente en el Sistema de Control Constitucional peruano, como veremos seguidamente. A su vez, se puede apreciar de la cita siguiente que en España, a diferencia de Francia, Austria y Alemania, el control de constitucionalidad de las normas es solamente un control “a posteriori”, no existe el control previo o “a priori”, al igual que en el Perú, salvo en el caso de Tratados que se aplica un control previo como en prácticamente todas las legislaciones.

¹⁴⁹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 79

“Las funciones y atribuciones del Tribunal están definidas por el art. 161 de la Constitución de España y el art. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las mismas que, por razones metodológicas de estudio, se pueden agrupar en los siguientes ámbitos:

a) Ámbito de control normativo

El control normativo o control de constitucionalidad de las leyes es una de las funciones principales del Tribunal Constitucional de España. A diferencia de sus similares, esta función la desempeña solo en la vía correctiva o a posteriori no así en la previa o a priori.”¹⁵⁰

Al igual que en nuestro sistema de control constitucional, en España existe un recurso abstracto de inconstitucionalidad, el cual tiene como finalidad derogar una norma del ordenamiento jurídico.

“El control normativo se efectúa por la vía directa del recurso abstracto de inconstitucionalidad y por la vía de la cuestión de indirecta de la cuestión de inconstitucionalidad.”¹⁵¹

A su vez, también de forma similar a nuestro sistema de control constitucional, en España este control abstracto es ejercido por el Tribunal Constitucional español solo si se cumplen determinados requisitos, los cuales no permiten el acceso directo al ciudadano común.

“a.1) Por la vía directa del recurso abstracto de inconstitucionalidad

El ejercicio de esta vía está restringido a determinadas autoridades o funcionarios públicos, de manera que están legitimados: el Presidente del Gobierno; 50 diputados y 50 senadores; los órganos colegiados ejecutivos de la Comunidades

¹⁵⁰ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 81

¹⁵¹ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 82

Autónomas y, eventualmente sus Asambleas Legislativas; el Defensor del Pueblo.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece un plazo para la presentación del recurso, el mismo que es de tres meses computables desde la publicación de la ley.”¹⁵²

A su vez, al igual que en nuestro Sistema de Control Constitucional, en España se reconoce la existencia de un control difuso, y que es realizado por el juez ordinario regular, el cual debe pronunciarse sobre si aplica o no la norma en virtud de la constitucionalidad de la misma al caso concreto.

“a.2) por la vía indirecta de cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad se construye en una vía de control concreto de constitucionalidad que se plantea dentro la tramitación de un proceso judicial, cuando el juez o tribunal judicial tiene duda sobre la constitucionalidad de la disposición legislativa que debe aplicar en el caso concreto y el resultado final del proceso, más propiamente, la sentencia o resolución final depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidades de la norma impugnada.”¹⁵³

En el ámbito del control del Poder Político, al igual que en nuestro país, el Tribunal Constitucional español resuelve el conflicto de competencias entre órganos constitucionales o entre comunidades autónomas, sean conflictos positivos o negativos.

“b) Ámbito de control del ejercicio del poder político

Esta función, que esencialmente tiene a establecer el equilibrio en el ejercicio del poder público, el Tribunal Constitucional la ejerce conociendo y resolviendo los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales, es decir, cuando entre el Senado, el Congreso de Diputados, el Gobierno y el Consejo General del

¹⁵² CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 82

¹⁵³ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 82

Poder Judicial surge un conflicto sobre sus respectivas competencias, establecidas por la Constitución o las leyes orgánicas.

También ejerce la función conociendo y resolviendo los conflictos positivos o negativos que pudiesen producirse entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre si.

En ese marco de los conflictos positivos o negativos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por estas últimas.”¹⁵⁴

En el ámbito de protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional español conoce de la acción de amparo, la cual es accesible a cualquier individuo o persona, como en nuestro país.

“c) Ámbito de Protección de los Derechos Fundamentales

El Tribunal Constitucional desempeña esta función a través del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades enumerados por los artículos 14 a 30 de la Constitución. La acción está abierta a los particulares, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal.”¹⁵⁵

Sin embargo, no es unánime en la doctrina española en considerar conveniente la inexistencia del control previo de constitucionalidad de las normas legales, considerando que anteriormente dicho control previo existió respecto a determinado tipo de normas. Al respecto, Miguel Alegre Martínez, investigador español, ha señalado en su artículo *“El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: Experiencias y Perspectivas”*, que si bien en España existió hasta el año 1985, el control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional respecto a los Estatutos de Autonomía y demás Leyes Orgánicas, resulta cuestionable dicha

¹⁵⁴ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 82 83

¹⁵⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 83

derogación, en virtud de las ventajas del sistema de control previo para el análisis de la constitucionalidad de ese tipo de normas, lo cual se aprecia incluso de la opinión de los miembros del Tribunal Constitucional español.

A su vez, dicha polémica cobra mayor validez en España en la medida que en la actualidad, el Tribunal Constitucional de dicho país podría declarar la inconstitucionalidad de un Estatuto Autonómico varios años después que este ha surtido efectos.

El citado investigador español refuta las críticas que conllevaron a la desaparición del sistema de control de constitucionalidad en España, como el hecho que no puede declararse la inconstitucionalidad de un proyecto de Ley, pues al no tener efectos jurídicos no existe; al respecto, señala que tanto el control de constitucionalidad “ex ante” o previo y el “ex post” o posterior, evalúan la constitucionalidad de un precepto legal sea en el fondo o en la forma, en abstracto, es decir no es el análisis de su aplicación a casos concretos, de allí que resulte importante que debe ser sometido a dicho tipo de control los proyectos finales de Leyes, pero antes de su entrada en vigencia.

En ese sentido, el investigador español Ángel José Gómez Montoro, en su artículo *“El Control Previo de Constitucionalidad de Proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas.”* considera que la institución del control previo de estatutos de autonomía y otras leyes orgánicas en España resultó problemático, situación que se agravó por lo “escueto” de su regulación. El autor agrega que en los cuatro años en que tuvo vigor el sistema de control previo de leyes orgánicas en España, se recurrieron por esa vía las leyes Orgánicas más importantes.

Asimismo, señala que el control previo de constitucionalidad se puede dar solo en sistemas de control de constitucionalidad político, como en Francia y no en sistemas de control de constitucionalidad jurisdiccional, como en España, puesto que en la mayoría de países donde existe dicho control jurisdiccional generalmente el control es “a posteriori”, salvo el caso de países donde el Ejecutivo tiene capacidad de vetar las normas aprobadas por el Congreso.

Señala también que es propio de la función jurisdiccional reparar daños, no evitarlos, por ello, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley no tiene efectos reparadores, además dicho proyecto no habría “vulnerado aún” ninguna norma constitucional, según el citado autor.

Por otro lado, señala que cuando el Tribunal se pronuncia previamente sobre un proyecto de Ley, no examina una pretensión judicial que un sujeto realiza frente a otro, sino realiza una actividad consultiva, de allí que su juicio fuese una opinión, no una sentencia. En ese sentido agrega que el Tribunal al realizar este tipo de control previo, se vuelve una “*tercera cámara*”, es decir, asume funciones legislativas al poder vetar la promulgación de una norma.

3.3.3. Sobre el Control de Constitucionalidad de normas y Tratados en América Latina.-

En la mayoría de los países de América Latina, existe el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes, consecuencia del principio de supremacía constitucional y de su garantía objetiva, conforme a la cual todos los jueces tienen el poder-deber - siguiendo el modelo norteamericano – de no aplicar las leyes que estimen inconstitucionales y que rigen la solución del caso concreto que deben decidir, con efectos inter partes.

Pero además del método difuso, se ha establecido también el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, atribuyéndose en general, poder anulatorio por inconstitucionalidad a las Cortes Supremas de Justicia (Venezuela, Panamá, Costa Rica, México, El Salvador) o a Tribunales Constitucionales (Colombia, Guatemala, Bolivia, Perú). Aunque en algunos casos, la decisión de la Corte Suprema que ejerce el control de constitucionalidad sólo tiene efectos entre partes (Honduras, Uruguay, Paraguay).

En general, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes se concibe como un control "a posteriori" que se ejerce respecto de las leyes

vigentes, siendo excepcional la previsión de un sistema exclusivamente preventivo, respecto de las leyes no promulgadas, como es el caso de Chile.

Sin embargo, cada uno de los países latinoamericanos, presenta matices respecto a la forma en que implementan un sistema de control constitucional.

En diversos países latinoamericanos, por ejemplo Colombia, Costa Rica o Bolivia, se presenta un sistema de control constitucional previo por parte de los entes que ejercen el control concentrado.

“... la Corte Constitucional de Colombia cumple las funciones de control de constitucionalidad en el orden normativo y en el orden del ejercicio de los derechos fundamentales.

A) Control normativo....A.1) Control previo o a priori. La Corte Constitucional ejerce un control previo o a priori sobre las leyes estatutarias aprobadas por el Congreso, antes que el Presidente proceda a sancionarlas...Corresponde aclarar que en Colombia se define como leyes estatutarias a las que regulan las siguientes materias: 1) los derechos y deberes fundamentales de las personas y procedimientos y recursos para su protección. 2) administración de justicia. 3) organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales, 4) instituciones y mecanismos de participación ciudadana, 5) estados de excepción.

La Corte también cumple con la revisión previa de los Tratados internacionales y de las leyes que los aprueban...”¹⁵⁶

“La Sala Constitucional de Costa Rica ejerce la función de control normativo por la vía de control previo o a priori y la correctiva o a posteriori.

A.1) Control previo o a priori

¹⁵⁶ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 46 47

Es una función que la ejercita antes de que la disposición legal sea aprobada y puesta en vigencia, a objeto de compatibilizar el proyecto de ley, decreto o resolución con las disposiciones de la Constitución.... La consulta legislativa de constitucionalidad...existiendo dos tipos de consulta: un preceptiva, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales o de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como de aquellos proyectos relativos a la aprobación de convenios o Tratados internacionales; y otra facultativa, cuando se refiera a proyectos de Ley ordinarios, a la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos de la reformas al reglamento interno de la Asamblea Legislativa...”¹⁵⁷

“El Tribunal Constitucional Bolivia), como el organismo especializado encargado del control concentrado de constitucionalidad, forma parte de la estructura del Poder Judicial...El Tribunal Constitucional cumple esta función ejerciendo el control sobre la Constitucionalidad de las normas jurídicas, sean estas leyes, decretos o cualquier género de resoluciones no judiciales, declarando, si corresponde, su inconstitucionalidad con carácter general...”

a.1) El Control Previo o a priori.

El control de constitucionalidad se ejerce de manera previa, antes de la aprobación de la ley, decreto o resolución, en todos aquellos casos en los que exista una duda fundada sobre su constitucionalidad. Este control es ejercido por el Tribunal Constitucional a través de: A) La absolución de las consultas que puedan efectuar autoridades legítimas, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones no judiciales, tales como resoluciones supremas, resoluciones prefecturales, ...B) La absolución de consultas planteadas sobre la constitucionalidad de las Leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto,

¹⁵⁷ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 50 51

C) la absolución de consultas sobre la constitucionalidad de Tratados o convenios internacionales que le formule el Presidente del Congreso Nacional.”¹⁵⁸

Al respecto, Humberto Nogueira Alcalá en su artículo *“Tendencias de la jurisdicción y los Tribunales Constitucionales de América del Sur en la alborada del siglo XXI”*, realiza un completo análisis de la manera en que se regula el control de constitucionalidad en América Latina, señalando que: *“Pegoraro distingue cuatro modelos de jurisdicción constitucional, partiendo de los dos modelos clásicos de control difuso americano y del control concentrado del modelo germano austriaco; agregando un tercer modelo en que se mezclan los dos anteriores, donde la jurisdicción ordinaria tiene la facultad de solicitar el pronunciamiento del órgano que ejerce el control centralizado que es el Tribunal Constitucional, como en los casos de Alemania, Italia y España.”*

Es decir, en los países de tradición europea continental, en donde se realiza un “control mixto” de la constitucionalidad, tanto de las normas en abstracto ante el Tribunal Constitucional, como de su aplicación en casos concretos ante las cortes ordinarias, es el Tribunal Constitucional el órgano que ejerce el control centralizado del respeto a la Constitución, en cualquiera de las formas en las que se presente o se pueda presentar una contravención a la misma.

Por otro lado, el mencionado autor señala en el citado artículo que una de las características fundamentales de los Tribunales Constitucionales es la independencia, entendida como: *“...Tribunales Constitucionales son Tribunales independientes, ya que ejercen sus funciones sin que ningún otro órgano constitucional pueda interferir en sus funciones específicas, ya sea avocándose causas pendientes, revisando los contenidos de los fallos, ni reviviendo causas resueltas, ni darle instrucciones sobre su cometido jurisdiccional. Consideramos que no es una característica esencial a un Tribunal o Corte Constitucional el situarse como órgano extra poder, ya que eventualmente puede formar parte del Poder Judicial, siempre y cuando disponga de*

¹⁵⁸ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 56 57

independencia orgánica y funcional y no se encuentre sometido a la superintendencia correccional o disciplinaria de la Corte Suprema de Justicia, pudiendo hacer respetar sus fallos a la Corte Suprema o las demás salas de la misma, como ocurre entre otros tribunales constitucionales como los de Alemania en Europa y de Colombia y Bolivia en América del Sur. Asimismo, en América del Sur, consideramos que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela es también un Tribunal Constitucional...". En ese sentido resulta claro que el Tribunal Constitucional para ejercer adecuadamente su labor, debe tener la facultad de hacer prevalecer sus criterios, decisiones y fallos sobre las cortes ordinarias.

Respecto al sistema de constitucionalidad del Perú, dicho autor lo califica como un *"Sistema de control de constitucionalidad dualista de tribunales ordinarios y control concentrado en Tribunales Constitucionales."*

Sin embargo, cabe señalar que dicho sistema "dualista" no se repite en ningún país de la región, pues en Argentina y Honduras existe únicamente el control constitucional mediante el *"judicial review"*, solo en casos concretos, siendo la Corte Suprema la última instancia decisoria. En Bolivia, el Tribunal Constitucional se encuentra orgánicamente inserto dentro del Poder Judicial, pero como un órgano independiente, sin embargo, los jueces solo pueden *"promover el control de constitucionalidad, pero no pueden ejercer directamente el mismo, ..., los tribunales ordinarios cuando conocen de algún problema de constitucionalidad de normas legales aplicables al caso concreto, elevan incidentalmente el asunto al conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional..."*, en la práctica un sistema similar al sistema "mixto" europeo.

En Brasil es un caso similar, el control abstracto lo efectúa el Supremo Tribunal Federal, el cual ejerce jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en última instancia, asimismo se puede exigir el control de constitucionalidad de una norma a cualquier juez ordinario. En Colombia, se tiene el mismo sistema mixto que los antes mencionados, una Corte Constitucional que es parte del Poder Judicial, pero autónoma en sus decisiones, realiza el control abstracto de

las normas, y es última instancia en caso de aplicarse el control constitucional en casos concretos.

En Chile, el control constitucional en casos concretos lo realiza la Corte Suprema de Justicia directamente, no cualquier juez ordinario, ni cortes superiores, que no tienen dicha capacidad. A su vez, el Tribunal Constitucional chileno, independiente al Poder Judicial ejerce su jurisdicción sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten respecto de un proyecto de reforma constitucional, siendo un control obligatorio y preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, entre otros. Al respecto, el Tribunal Constitucional chileno no realiza el control posterior de normas con rango de Ley, pues el control ha sido previo, solo lo hace respecto a normas de carácter reglamentario; a su vez, en ningún caso es última instancia en procesos de inconstitucionalidad referidos a casos concretos.

Al respecto, Eduardo Aldunate Lizana señala en su artículo *“Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes”*, que resulta problemática la utilización del mecanismo de control previo de constitucionalidad de los proyectos de Ley en Chile; tanto por, la naturaleza abstracta del control preventivo, que favorece una extensión “ad infinitum” de las materias que el órgano de control jurisdiccional puede estimarse legitimado para conocer, lo cual no ocurre al aplicarse el control al caso concreto. A su vez, el citado autor señala la “dificultad procesal insalvable”, consistente en que en casos de control de leyes orgánicas constitucionales, o una Ley que interpretativa la Constitución, al ser obligatorio en Chile el control previo, genera que el propio órgano constitucional identifique un eventual vicio de inconstitucionalidad, que es también resuelto por el propio órgano, siendo cuestionable en dicho caso, la imparcialidad que debe regir la función jurisdiccional del Tribunal.

En Ecuador el control de la constitucionalidad de las leyes en casos concretos, pese a ser realizado por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional ajeno a la

estructura del Poder Judicial, ejerce el control concentrado y además conoce de las resoluciones que denieguen el habeas corpus, el habeas data y el amparo, así como los casos de apelación previstos para el proceso de acción de amparo. En Paraguay, la normativa constitucional solo reconoce el control concreto, y solo puede ser realizado por la Corte Suprema, sea por vía directa a la Corte o vía incidental, siendo elevada en consulta por vía de excepción, cuando se cuestiona la constitucionalidad de una demanda ante un órgano judicial ordinario. Sin embargo, jurisprudencialmente, se reconoce que la Corte Suprema tiene también la facultad de ejercer el control concentrado y abstracto, expulsando normas del ordenamiento al producir su sentencia efecto “erga omnes”.

En Venezuela, el control de la constitucionalidad de las leyes en los casos concretos, puede ser desarrollado por cualquier tribunal u órgano jurisdiccional; sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que también realiza el control abstracto de constitucionalidad, *“tiene la potestad de revisar las sentencias de control de constitucionalidad de las leyes dictadas por la judicatura ordinaria, con lo que siempre tiene la última palabra sobre la materia”*, como señala el autor antes mencionado.

A su vez, el investigador venezolano Allan Brewer Carías, en su artículo “El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)”. En los “Cuadernos de la Cátedra Fundacional”, publicado por la Universidad Católica del Táchira. nº 2, p. 12, señala que el órgano estatal dotado del privilegio de ser el único juez constitucional puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional.

En Uruguay, la Corte Suprema de Justicia, realiza un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes para casos concretos, siendo además el órgano supremo del Poder Judicial. Dicha corte conoce de los procedimientos judiciales en los que se solicita la inaplicación de una norma por

inconstitucional teniendo la sentencia efecto entre las partes, no reconociéndosele expresamente la potestad de un control abstracto de inconstitucionalidad. Sin embargo, dicha Suprema Corte de Justicia no es un órgano especializado, sino que además de realizar el control de constitucionalidad también imparte justicia ordinaria.

Respecto a las normas de carácter tributario, en México, el investigador de la UNAM Mario Alberto Becerra Becerril, señala en su artículo *“El Control de Constitucionalidad Previo o Preventivo de las leyes tributarias como medio complementario al juicio de amparo fiscal.”*, que como complemento a la posibilidad de un ciudadano de interponer un juicio o proceso de amparo contra la aplicación en su caso concreto de una norma tributaria, y con la finalidad de cumplir con los objetivos de un Sistema de Control de Constitucionalidad, debe existir un control preventivo o previo de la constitucionalidad de las normas en materia tributaria, a efectos de no ocasionar daños patrimoniales en los ciudadanos mientras estuvo vigente.

En específico el citado investigador, propone que se sujeten al control previo de constitucionalidad *“las normas que como consecuencia del procedimiento legislativo, reformen, modifiquen, alteren, adicionen y/o deroguen, cualquiera de los elementos esenciales del tributo, esto es, el sujeto, el objeto, la base, la tasa o tarifa, y la época de pago de impuesto.”* Asimismo, deberían pasar por dicho control previo *“las normas que reformen, modifiquen, alteren y/o deroguen las facultades de comprobación, el procedimiento administrativo de ejecución, las infracciones y en general cualquier otro tipo de procedimiento que pueda resultar en una afectación hacia el contribuyente o bien en una privación de los activos y/o bienes del mismo.”*

Respecto a los mecanismos de control de constitucionalidad de los Tratados en la legislación peruana y en de América Latina se debe tener en cuenta que:

En Colombia, Costa Rica o Bolivia, como se ha mencionado anteriormente, existe un Sistema de Control Constitucional previo de los proyectos de

Tratados, antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo de dichos países o su aprobación en sus respectivos Parlamentos Nacionales.

En México, el investigador Emmanuel Roa Ortiz, en su artículo *“Tratados Internacionales y Control Previo de Constitucionalidad. Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano.”*, in Diego Valdés and Rodrigo Gutiérrez Rivas, (eds.), Justicia, Memoria del VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional I, Serie Doctrina Jurídica, 62, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (2001): 175-207; plantea la necesidad de modificar la Constitución mexicana a efectos de evitar la colisión entre normas del Derecho Interno mexicano y normas del Derecho Internacional que podrían generar Responsabilidad Internacional a dicho país - donde también el control de la Constitucionalidad de los Tratados solo puede realizarse luego de la entrada en vigencia del Tratado-, instaurando para el caso de los Tratados Constitucionales un sistema de control previo, concentrado y abstracto.

En dicho artículo, el académico mexicano señala que la problemática generada por la colisión entre las normas del Derecho Interno mexicano y normas del Derecho Internacional, no resulta ser común en aquel país. Sin embargo, señala que en caso se produjese dicha situación, implicaría un serio daño a la imagen de los Estados Unidos Mexicanos ante la Comunidad Internacional.

Asimismo, la mexicana Aurora Basterra Diaz en su ensayo *“El Control Previo de Instrumentos Internacionales como Proceso Constitucional”*, publicado en la página web de la Suprema Corte de Justicia de México, sección de investigación jurídica realizada por becarios de Universidades Extranjeras; señala a manera de conclusión que la Corte Suprema mexicana debe realizar un control previo de la constitucionalidad de los Tratados, para lo cual debe modificarse la Constitución mexicana. En dicho artículo señala que, tanto el control previo como posterior, son dos mecanismos con un mismo fin, proteger la primacía normativa de la Constitución.

Por otro lado, la citada investigadora señala que desde el punto de vista funcional, el sistema francés de “control político” responde al modelo europeo continental de control constitucional, con excepción del requisito de cualificación jurídica de los miembros de su Consejo Constitucional. Sobre la discusión entre la conveniencia del control jurisdiccional o control político, señala que el poder político debe someterse a la jurisdiccional Constitucional en un Estado de Derecho moderno.

En Ecuador, el investigador Rafael Oyarte Martínez, en su artículo *“El Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales”*, publicado en la página Web de investigación jurídica de la Universidad San Francisco de Quito, el señala que en su país - al igual que en el Perú- la Constitución establece dos tipos de Tratados: A) Los aprobados por el Congreso o Tratados Ley, en caso de determinadas materias reservadas a dicho órgano, y que en dicho país pasan por el procedimiento de control previo ante el Tribunal Constitucional, y B) Los aprobados directamente por el Ejecutivo o Tratados ejecutivos, los cuales no pasan por un control previo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional ecuatoriano.

Al respecto, el autor señala que en su país, existe también un problema en el sistema de control de constitucionalidad de los Tratados, pues en caso de Tratados aprobado por el Ejecutivo, al no existir control previo en este tipo de Tratados, así como tampoco la posibilidad de control posterior, no existe ningún mecanismo de control de constitucionalidad de los mismos.

Agrega que, considerando que el Poder Ejecutivo ecuatoriano es el encargado de tramitar cualquier tipo de Tratado, podría darle el trámite de un Tratado Ejecutivo a un Tratado que debe pasar por el control previo de constitucionalidad y por aprobación del Congreso, agravando el problema en mención.

3.3.4. Sobre las perspectivas del Sistema de Control Constitucional peruano.

Para efectos de la presente investigación debe tenerse en cuenta las perspectivas del Constitucionalismo peruano, dentro de un proceso de modernización del Estado. En ese sentido, el sistema de control constitucional peruano es de reciente conformación, habiendo sido consagrado en la Constitución de 1979.

“A inicios del siglo XXI, se puede señalar que en la historia política del Perú se han dado espasmódicos procesos de modernización a través de la utilización de las instituciones democráticas propias del constitucionalismo clásico. En particular, desde la vigencia de la Constitución de 1979, el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional quedaron nominalmente consagrados en el estrato más alto del Derecho: La Constitución Política.”¹⁵⁹

Asimismo, la historia constitucional del Perú ha sido espasmódica pues no continúa a través del tiempo, por lo que el sistema de control de constitucionalidad está prácticamente en formación, más aún si el sistema tuvo un fuerte control político durante los años noventa, motivo por el cual no ha existido una institucionalización del sistema.

“En consecuencia se puede señalar, de manera general, que en la historia constitucional del Perú se han dado procesos espasmódicos de modernización social, utilizando las instituciones democráticas propias del constitucionalismo clásico. Pero, a partir de la década de los noventa, el gobierno de Fujimori mostró una práctica jurídica de carácter autocrático. De esta forma, devaluó su propia Constitución, en la que expreso su orientación neoliberal, en lo económico, y neoconservadora, en lo político. Ello, debido a que el entonces Presidente no supo diferenciar entre la naturaleza de un gobierno fuerte y un gobierno autoritario; siendo este último modelo el que finalmente crea

¹⁵⁹ LANDA ARROYO, CESAR. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. 3era Edición. Palestra Editores. Lima. Año 2007. Pag. 94

inestabilidad y lleva a la ruptura constitucional, en el mediano o largo plazo, con el agravante del gran costo social que genera su intolerancia jurídica.”¹⁶⁰

Por otro lado, analizando las facultades con las que cuenta el Tribunal Constitucional, la facultad interpretación jurídica es uno de los mecanismo más importantes y polémicos con los que cuenta el Tribunal Constitucional para llevar adelante su función, el cual es ejercido mediante la praxis continua en un Estado de derecho democrático.

“Solo a partir de la praxis del Estado democrático y social de Derecho y del desarrollo de los derechos fundamentales, la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de movilización de la teoría constitucional y de la teoría del Derecho. Dinámica que ha llevado a la construcción de una teoría propia de la interpretación constitucional, debido a la demanda social y a las respuestas, sobre todo, de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos fundamentales.”¹⁶¹

Dicha posibilidad de interpretación puede ser ejercida por cualquier operador del derecho, inclusive el propio ciudadano. Ello genera conflictos de carácter jurídico, por lo que en nuestro país se ha judicializado dicho accionar.

“Sobre la base de ese orden supremo constitucional y de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del derecho constitucional contemporáneo. Lo cual se afirma con la judicialización de la Constitución, a través del rol de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la misma. Proceso que ha puesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y a la de la Teoría del Derecho. Así como a la jurisprudencia de los tribunales

¹⁶⁰ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 95 96

¹⁶¹ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 562 563

*constitucionales y a la dogmática constitucional, base sobre las cuales, a continuación, se presentan algunos métodos de interpretación constitucional:*¹⁶²

Parte de la doctrina nacional señala que el Tribunal Constitucional, al ser el máximo intérprete de la Constitución, se convierte en el órgano distribuidor de los Poderes Públicos.

*“En consecuencia, la vigencia de la norma constitucional supone un orden material de derechos fundamentales y distribución del poder. Distribución que deberán efectuar los poderes públicos, mediante la fijación de límites –Grenzfestlegung– al legislador y la determinación de direcciones interpretativas –Richtungsbestimmung–. Dicha distribución deberá ser controlada no políticamente, sino judicialmente por el Tribunal Constitucional, en tanto competencia central del supremo intérprete de la Constitución; pero evitando, eso sí, que se haga dueño de la misma.”*¹⁶³

Por ello, la interpretación de la Constitución es una de las funciones principales de nuestro Tribunal Constitucional.

“Por ello, partiendo de reconocer, con HESSE, que «para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación constitucional es fundamental, pues dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas».

*Habría que recordar que la Constitución es un sistema normativo político y jurídico.”*¹⁶⁴

¹⁶² LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 565

¹⁶³ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 568

¹⁶⁴ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 569

Como señalamos anteriormente, la actuación del Tribunal Constitucional como Supremo Interprete de la Constitución es relativamente reciente en nuestro país, y por tanto, al no existir una cultura jurídica que acepte instantáneamente la magnitud de sus atribuciones, se genera una crisis e incluso un conflicto con los otros poderes del Estado, principalmente con el Poder Judicial caracterizado también por su falta de legitimidad.

“La falta de legitimidad del Poder Judicial es uno de los efectos más constantes de la crisis de la justicia en el Perú, lo que refleja, a su vez, la crisis del Estado de Derecho. Este fenómeno es esencial para entender, en toda su dimensión, las posibilidades y límites de la relación de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción constitucional...”¹⁶⁵

Dicho problema tiene como uno de sus motivos la crisis de legitimidad y de institucionalidad del Poder Judicial, el cual además carece de independencia frente al poder político, en especial durante los años noventa.

“Sobre el Poder Judicial se coincide, en todas las épocas, en formular como crítica frontal, la falta de justicia y de calidad de su función jurisdiccional. Ello, por cuanto dicho Poder episódicamente carece de independencia frente al poder político y los grupos económicos, así como por la falta de legitimidad ciudadana, expresada en la insensibilidad social y, sobre todo, durante el gobierno de Fujimori, sometida al poder militar y a la corrupción gubernamental. Junto a estos factores, debemos agregar la inadecuación de los códigos sustantivos y procesales respecto a la realidad, los improvisados sistemas de trabajo judiciales y la carencia de estabilidad de los magistrados. Tenemos, entonces, que todos estos factores constituyen características propias de la ilegitimidad del tercer poder del Estado.”¹⁶⁶

¹⁶⁵ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 820

¹⁶⁶ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 820 821

Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano vinculan a todos los poderes públicos, incluso al propio Poder Judicial, por lo que los jueces deben seguir los criterios interpretativos que dicte el Tribunal para resolver las causas que conocen.

“Es necesario precisar, que lo antes expuesto no supone que la eficacia normativa de una ley ordinaria del Congreso sea menor a la de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad TGC. Lo que sucede es que habiéndose producido una sentencia de la justicia inconstitucional sobre la materia controvertida, esta solo podía haber sido contradicha, excepcionalmente, mediante una acción de amparo interpuesta ante el Poder Judicial. Cuando los principios de la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional del stare decisis hubieran sido modificados debido a nuevas circunstancias, como la no discriminación de hecho contra los trabajadores sindicalistas y mayores de edad, por parte de los empleadores accionantes. Ello, a pesar de la interpretación constitucional abstracta realizada por el TGC.”¹⁶⁷

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la declaratoria de “constitucionalidad” también genera efectos jurídicos en los jueces ordinarios, pues dicha interpretación efectuada por el Supremo Interprete de la Constitución, resulta ser vinculante para los órganos jurisdiccionales regulares.

“De otro lado, es importante señalar que mediante la sentencia estimatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad de una ley, esta se perfecciona judicialmente, en su presunción de constitucionalidad, otorgado al ordenamiento legal mayor certeza constitucional. En tal sentido, los jueces no podían dejar de aplicar una norma cuya inconstitucionalidad hubiese sido desestimada por el TGC,”¹⁶⁸

¹⁶⁷ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 841 842

¹⁶⁸ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 842

Por ende, el ejercicio del denominado control difuso debe estar sometido tanto a la Constitución como a las interpretaciones contenidas en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en tanto exista un pronunciamiento del mismo, a efectos de evitar contradecir los fallos o interpretaciones del Tribunal.

“Todo esto lleva a pensar que si la justicia ordinaria, excepcionalmente, podía emitir juicios de constitucionalidad mediante el control difuso, dichos juicios estaban sometidos a la Constitución y a las sentencias del TGC, en tanto existiese un pronunciamiento del mismo. Por cuanto, si un fallo del TGC reunía los requisitos de la cosa juzgada, fuerza de ley y carácter vinculante, la Corte Superior solo podía desconocer dicho fallo, a costa de quebrar el sistema constitucional nomofiláctico de integración de las sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional al ordenamiento constitucional, que el cómo último interprete la define.”¹⁶⁹

El ejercicio de un control difuso en la cual el Poder Judicial de manera totalmente autónoma y sin seguir los criterios constitucionales, se pronuncie sobre la constitucionalidad de las normas, llevaría a romper la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional.

“En virtud de lo cual, el juez ordinario desintegro la unidad interpretativa del ordenamiento constitucional y el principio de la corrección funcional. Todo ello, en perjuicio de la competencia de control constitucional del Tribunal Constitucional. En consecuencia, estando el juez y las cortes ordinarias subordinadas a la Constitución y a la ley no podían resolver ni en contra de la ley ni de la Constitución, bajo los términos que el supremo interprete de la Constitución había establecido en su sentencia.”¹⁷⁰

¹⁶⁹ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 842

¹⁷⁰ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 842

Debe tenerse presente que, si la ley debe aplicarse de acuerdo a la Constitución, la interpretación de la ley debe seguir los criterios señalados por el Tribunal Constitucional.

“Entonces, para ser lógicos y racionales: si la ley debía aplicarse de acuerdo a la Constitución, por ende, la interpretación de la ley debía seguir la interpretación de la Constitución hecha por el Tribunal. En este entendido, el control de la Constitución debió asumir la interpretación constitucional que se hizo sobre la base del control abstracto. Ello habida cuenta de la función nomotécnica del TGC, de tener como única y suprema función el control de la Constitución.”¹⁷¹

De allí que una parte de la doctrina señale que el Poder Judicial no puede ejercer un control difuso “correctivo” o complementario de las interpretaciones del Tribunal Constitucional, sino integrarse a la interpretación del Tribunal mediante una “concordancia práctica”.

“Así, pues, siguiendo el principio de la corrección funcional, las tareas del control difuso del Poder Judicial no debieron alterar las decisiones de la justicia constitucional, sino integrarse, mediante la concordancia practica, con la jurisprudencia constitucional, sin que ninguna perdiese su identidad. Esto es, que al estimar la acción de amparo, la Corte Superior hubiera ponderado –no inaplicado– los efectos de la sentencia desestimatoria de la ley de la bolsa de trabajo del Tribunal, a fin de integrar los fundamentos del intérprete supremo de la Constitución en su fallo.”¹⁷²

“Por cuanto, la Corte Superior estaba sujeta a la Constitución y a su interpretación, las que se unían en torno al vocero del Poder Constituyente, es decir al Tribunal de Garantías Constitucionales.

¹⁷¹ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 842 843

¹⁷² LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 843

Por estas razones no podía resolver en contra de la ratio decidendi y menos aún del fallo de la sentencia constitucional, tal y como procedió. Ello, no porque no pudiese efectuar el control difuso de las leyes en nuevos supuestos mutatis mutandi, sino porque la Constitución y su suprema interpretación constitucional correspondían monopólicamente al TGC y esta acababa de pronunciarse sobre el caso en abstracto.”¹⁷³

El Doctor César Landa Arroyo en su libro “*Tribunal Constitucional y Estado democrático*”, analiza acertadamente la manera en que se configuró el sistema de control de constitucionalidad del Perú, que inicialmente solo tenía implementado un sistema de control difuso en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962, que teóricamente realizaba el Poder Judicial, es decir un modelo similar al norteamericano.

Posteriormente, la Constitución Política de 1979, en el contexto de un Estado bajo un Gobierno de Militar que desconfiaba del Poder Judicial y además requería fortalecer el Estado democrático, se importaron leyes e instituciones españolas, creándose un Tribunal de Garantías Constitucionales, más como un ente simbólico, sin compatibilizarlo con el control difuso de los jueces, y con el presidencialismo que ha llevado a la politización de la justicia en el Perú, según señala el autor.

Luego de ello, el mencionado autor señala que, durante la década de los noventa la nueva Constitución de 1993 crea el Tribunal Constitucional actual, más por la presión pública que por el deseo de la mayoría oficialista de entonces, la cual reiteradamente presentó proyectos de ley para eliminar el Tribunal Constitucional y otorgarle sus facultades a la Corte Suprema del Poder Judicial, siempre más “dócil al gobierno”. En ese escenario, el fortalecer la justicia constitucional no fue un objetivo del gobierno durante la década de los noventa, es más, dicha instancia se vio seriamente debilitada como demuestra el citado autor con una serie de ejemplos, que incluyen la denuncia

¹⁷³ LANDA ARROYO, CESAR Loc Cit Pag 95-96

constitucional de los miembros del Tribunal por prevaricato, y la “anulación” en los hechos de sus decisiones, vía acciones de amparo interpuestas ante el Poder Judicial.

Por otro lado, debe considerarse que recién en julio de 2004, se dictó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28031, la cual establecería por primera vez que el Tribunal es el “*órgano supremo de interpretación y del control de la Constitucionalidad.*”.

Por otro lado, a manera de conclusión, el investigador Humberto Nogueira Alcalá en su artículo “*Tendencias de la jurisdicción y los Tribunales Constitucionales de América del Sur en la alborada del siglo XXI*” califica el caso peruano como un “*sistema peruano de control de constitucionalidad dual o paralelo*”, señala que en el Perú existe un sistema difuso incidental y con efectos “*inter partes*” a manos de los tribunales jurisdiccionales ordinarios, y paralelamente, un control concentrado, en manos del Tribunal Constitucional. Asimismo, citando al constitucionalista Domingo García Belaunde, señala que el modelo dual o paralelo implica que en un mismo país, coexisten el modelo americano y el modelo europeo pero sin mezclarse, deformarse, ni desnaturalizarse.

Respecto a las capacidades del Tribunal Constitucional peruano, el citado autor señala que la Constitución de 1993, mantuvo el modelo dual de jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional es el órgano que realiza el control concentrado, con efecto “*erga omnes*”; a su vez, califica al citado Tribunal como un órgano independiente y autónomo de los demás órganos estatales, fuera de la estructura orgánica del Poder Judicial pero “*con atribuciones de jurisdicción constitucional limitadas*”.

De allí que se puede concluir en que el caso peruano existe un “sistema dual”¹⁷⁴, o “paralelo” poco común en el derecho constitucional comparado.

¹⁷⁴ García Belaunde, Domingo, “De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional”. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana). 2da. Edición revisada, corregida y aumentada. Edición al cuidado y notas introductorias de José F. Palomino Manchego, p. 834

En virtud a lo antes mencionado, las perspectivas del sistema de control de constitucionalidad en el Perú, podrían estar sintetizadas por el Doctor César Landa en su obra antes mencionada y a manera de conclusión, cuando señala que es necesario elaborar un diagnóstico práctico y teórico del sistema de control de constitucionalidad peruano, para fortalecer el Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional de los “actos legislativos y judiciales”.

3.3.5. Sobre el control judicial de constitucionalidad de las leyes, “judicial review” o control difuso de la constitucionalidad de las leyes en el Perú.

El control judicial de la constitucionalidad de la aplicación de las leyes en casos concretos, es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad de estas, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso).

“El sistema difuso de control de constitucionalidad implica que todos los jueces tienen la potestad y obligación legal de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes...”¹⁷⁵

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado sobre el control difuso que *“(...) se trata de un poder-deber del juez, consustancial a la Constitución del Estado Constitucional, la cual, por lo demás, tiene como características la de ser una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, constituyendo así un derecho directamente aplicable”¹⁷⁶*

Según lo antes mencionado, el Tribunal Constitucional peruano se sustenta en lo señalado por el Juez Jhon Marshall en la opinión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *“Leanding Case: Marbury v. Madison”* del año 1803:

¹⁷⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 35
¹⁷⁶ STC N° 01680-2005-AA/TC

“El poder de interpretar la Ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una Ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales.”

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señala que existe una necesidad de interpretar la Ley con arreglo a la Constitución, siendo esto una exigencia lógica y consustancial a la jerarquía normativa de la Ley Fundamental. En ese sentido, no sólo se exige que el Derecho se aplique siempre en armonía con la Ley Fundamental, sino también, *“(…) como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado”*¹⁷⁷.

Según lo establecido por el Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad se ejerce en el desarrollo de un caso judicial concreto, esto es, luego de planteado un problema jurídicamente relevante, el cual se hubiese sometido al Juez para ser dirimido.

A su vez, el Tribunal Constitucional peruano, ha señalado que el ejercicio del control difuso no puede efectuarse fuera del ejercicio de la función jurisdiccional, pues *“(…) los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes”*¹⁷⁸. Por lo tanto, dicho control no puede ser realizado por órganos o dependencias que conozcan de casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se

¹⁷⁷ STC N° 01680-2005-AA/TC

¹⁷⁸ STC N° 01680-2005-AA/TC

pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

El control de constitucionalidad sólo podrá practicarse en los casos en que la validez de la norma que se cuestiona, sea relevante al caso concreto que un juez pretende resolver. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez, cuando la Ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señala que dicha relación no debe entenderse como exclusivamente ligada a la pretensión principal, sino que comprende también las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la Ley.

Por ello, el Tribunal Constitucional establece que *“es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo”*¹⁷⁹; pues de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

A su vez, el pronunciamiento del órgano judicial regular, tiene efectos sólo entre las partes del proceso judicial o el caso concreto.

*“...el control difuso, aquel ejercido por los jueces o tribunales , a quienes son presentadas demandas concretas, y a partir de cuya solución con efectos solamente inter partes, o sea, entre el demandante y demandado concretos...”*¹⁸⁰

En el Perú no puede realizarse un control judicial abstracto de la constitucionalidad de las normas jurídicas; pues si bien el Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, dicho control ha sido confiado al Tribunal por la misma Constitución, al cual se ha otorgado su custodia

¹⁷⁹ STC N° 01680-2005-AA/TC

¹⁸⁰ FROTA ARAUJO, FRANCISCO REGIO. LOC CIT Pag. 115

"especializada"¹⁸¹. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha regulado el ejercicio del citado control judicial de constitucionalidad de la aplicación de las leyes en casos concretos, señalando que:

(i) La restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un Tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.¹⁸²

(ii) El juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.¹⁸³

(iii) Cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley.¹⁸⁴

El control difuso en el Perú se encuentra consagrado por el artículo 138° de la norma constitucional y el control concentrado figura en los artículos 200° y 202° del citado cuerpo de leyes. De hecho, el Tribunal Constitucional peruano puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia

¹⁸¹ STC N° 01680-2005-AA/TC

¹⁸² STC 0275-2005-PH/TC

¹⁸³ STC N°s 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC

¹⁸⁴ STC N° 0014-2003-AI/TC y STC N.° 0050-2004-AI/TC

procesos constitucionales; sin embargo ello solo ocurre en caso del recurso extraordinario de agravio constitucional, como se ha señalado anteriormente.

Debe tenerse presente también el carácter paralelo o dual del sistema de control de constitucionalidad peruano, en el cual el control difuso realizado por el Poder Judicial y el control concentrado que realiza el Tribunal Constitucional siguen caminos paralelos, salvo el caso del recurso extraordinario de Agravio Constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano mediante sentencia vinculante STC N° 04853-2004-AA/TC estableció a nivel jurisprudencial, que cualquiera de las partes en un proceso de garantía constitucional, puede interponer recurso extraordinario de agravio constitucional, respecto a una sentencia que resuelve un proceso de amparo en segunda instancia judicial, pero únicamente en el supuesto que la sentencia en segunda instancia contravenga un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, dicha sentencia del Tribunal Constitucional fue dejada sin efecto por el propio Tribunal, mediante STC N° 03908-2007-PA/TC.

A su vez, debe tenerse presente que, la normativa nacional ha creado la figura del “*amparo contra amparo*”, mediante la cual, aquella parte procesal que tuvo calidad de demandado en un proceso de amparo, en el cual no se respetó el debido proceso, o no se siguieron los criterios de fondo o forma del Tribunal Constitucional en dos instancias judiciales, puede interponer otro proceso de amparo contra la sentencia judicial que resuelve el amparo antes mencionado. Dicho proceso de amparo tiene como finalidad que nuevamente el propio Poder Judicial analice los vicios antes señalados, y en todo caso, el ahora demandante pueda acceder al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre su pretensión.

3.3.6. Sobre el control concentrado o control de constitucionalidad europeo continental en el Perú.-

El sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, contrariamente al sistema difuso, se caracteriza por el hecho de que el

ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional, es decir que este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar.

“Es aquel en el que la labor del control de constitucionalidad está encomendado a un organismo jurisdiccional especializado.”¹⁸⁵

El órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional como jueces constitucionales. 186.

El sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido constitucionalmente fuera del Poder Judicial similar al "modelo europeo" de Tribunales constitucionales especiales¹⁸⁷. El sistema sólo implica la atribución, a un órgano particular y exclusivo del Estado, para que ejerza una actividad jurisdiccional, consistente en el poder y el deber de actuar como juez constitucional.

Dicha característica es la esencia propia del sistema concentrado con relación al sistema difuso, sea que el órgano dotado del poder para actuar como juez constitucional sea el Tribunal de mayor jerarquía del Poder Judicial o un Tribunal especializado en materia constitucional, creado fuera de la

¹⁸⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 33

¹⁸⁶ Brewer- Carias, Allan R. "El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)". CUADERNOS DE LA CATEDRA FUNDACIONAL. ALLAN R. BREWER-CARIAS DE DERECHO PÚBLICO UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA. N° 2, p. 12

¹⁸⁷ M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, pp. 46,50,53.

organización judicial, aún cuando este último aspecto no resulte esencial para establecer la distinción.

Los efectos de una sentencia recaída en un proceso de control abstracto de la constitucionalidad de las normas tiene efecto “ergas omnes”; es decir, la sentencia crea una relación jurídica con todos los ciudadanos y no solo sobre personas aisladas.¹⁸⁸

Respecto al control de la constitucionalidad de los Tratados en el Perú, dicho control solo puede ser posterior a la entrada de vigencia del Tratado; sin embargo, el abogado internacionalista Jorge Loayza Juárez en su artículo, *¿Se puede declarar inconstitucional un Tratado internacional como se hace con cualquier otra norma de “rango legal”?* Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 2 año 2009-II, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, ha propuesto el control previo de la Constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, antes de su ratificación, sea por el Ejecutivo o el Congreso, a efectos de evitar incurrir en Responsabilidad Internacional en caso que al ser declarado inconstitucional un Tratado vigente por parte del Tribunal Constitucional. Señala también en dicho artículo, la posibilidad de solucionar dicha problemática sin necesidad de efectuar ninguna modificación constitucional, mediante la “*vacatio sententiae*” de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad del Tratado.

Dicha posibilidad implica que el Tribunal Constitucional podría pronunciarse respecto a la forma o fondo de un Tratado, y eventualmente, declarar la Inconstitucionalidad de un Tratado. Dicha declaratoria de inconstitucionalidad no tendría efectos inmediatos, estaría en “*vacatio sententiae*” mientras el Poder Ejecutivo promueve ante los Tribunales Internacionales competentes una acción para desvincular al Estado peruano como parte de ese Tratado. La efectividad de la mencionada sentencia, estaría condicionada al pronunciamiento del Tribunal Internacional.

¹⁸⁸ FROTA ARAUJO, FRANCISCO REGIS. LOC CIT Pag. 118

Asimismo, el mencionado autor también señala que la implementación del sistema de control previo de los Tratados puede subsistir conjuntamente con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del Tratado “*a posteriori*”, como actualmente se encuentra regulado el sistema de control de constitucionalidad de los Tratados en nuestra Constitución.

3.3.7. Sobre la convergencia de los Sistemas de Control Constitucional difuso y concentrado.-

Debe tenerse en consideración que la doctrina sobre control de constitucionalidad, considera que existe una convergencia de los dos grandes sistemas de control constitucional antes mencionados, en la medida que buscan los mismos objetivos y con el tiempo, los efectos de ambos sistemas tienden a ser similares.

“Sin embargo, sea en el sistema difuso norteamericano, donde el instituto del stare decisis ...pasa a atingir, prácticamente , a todos los demás órganos judiciales y conduce a una vinculación informal de los jueces y tribunales, al precedente jurisprudencial de la Suprema Corte. Así la norma, aunque no abolida por el Congreso,...ya no es empleada por nadie, es decir, solo tiene validez formal.

...

Otra prueba de relatividad de las diferencias entre los dos modelos de jurisdicción se halla en el hecho que el Tribunal Constitucional ya no es tan solo ... un legislador negativo, en la medida que, además de anular leyes incompatibles con la Constitución a través de sentencias constitutivas, pues tiene otros fallos como las sentencias aditivas, sentencias interpretativas, etc ... que los Tribunales Constitucionales de Italia y España, cada día, hace uso más frecuente.”¹⁸⁹

¹⁸⁹ FROTA ARAUJO, FRANCISCO REGIO. LOC CIT Pag. 120 121

En nuestro país ambos sistemas coexisten, teniendo en consideración además que dicho proceso de convergencia también se ha desarrollado en el Perú, tratándose de un fenómeno que se produce a nivel global y que la mayor parte de la doctrina reconoce.

“Cabe advertir que, si bien conceptualmente existen diferencias entre uno y otro modelo, en la práctica, conforme se fueron consolidando los sistemas de control de constitucionalidad, existe una progresiva convergencia de ambos sistemas, es decir, entre el modelo americano y europeo, al grado que algunos países latinoamericanos han adoptado sistemas de control de constitucionalidad que combinan ambos modelos, dando lugar a que se les denomine modelos “duales o “mixtos”.

...

En definitiva, en la actualidad no existe un modelo o sistema esencialmente puro, pues debido a ese proceso de convergencia al que hace referencia Fernández Segado, los sistemas o modelos adoptados por los diferentes países expresan, de una u otra manera, los elementos de ambos modelos.”¹⁹⁰

3.3.8. Sobre la naturaleza y finalidades de la Casación.-

Debe tenerse presente la naturaleza y finalidades de la Casación para la presente investigación, considerando la necesidad de implementar un mecanismo que otorgue al Tribunal Constitucional las capacidades para desenvolverse como el Supremo Intérprete de la Constitución en el Perú, teniendo en cuenta la problemática planteada en la presente tesis.

En ese sentido, resulta ser de suma importancia para la presente investigación conocer sobre las finalidades de la mencionada institución.

¹⁹⁰ FROTA ARAUJO, FRANCISCO REGIO. LOC CIT Pag. 120 121

Al respecto, el Dr. Jorge Carrión Lugo señala que:

“Este recurso tiene por finalidad, en el sistema puro u ortodoxo, la correcta observancia del derecho positivo en las decisiones judiciales y, complementariamente, la unificación de dichas decisiones en casos similares. Cabe anotar, sin embargo, a modo de reflexión, la opinión del profesor español Manuel Serra Domínguez, expuesta en una de las conferencias dictadas en Lima, para quien la esencial finalidad del recurso de casación es la unificación de las jurisprudencia y que las demás finalidades son secundarias.”¹⁹¹

Según lo antes mencionado, resulta interesante verificar que en la doctrina nacional e internacional se tiene como dos finalidades como principales de la casación, siendo estas complementarias, y que son: el uniformizar la jurisprudencia y resguardar la correcta observancia del derecho positivo.

Asimismo, el Dr. Carrión Lugo señala que:

“En doctrina se señalan como finalidades del recurso las siguientes: A) Controlar la correcta observancia de la norma jurídica, lo que equivale a defender la Ley contra las arbitrariedades de los jueces en su aplicación (ejerce función nomofiláctica). B) Controlar el correcto razonamiento jurídico-fáctico de los Jueces en la emisión de sus Resoluciones, en base a los hechos y al derecho que apliquen al caso (ejerce función contralora de logicidad). C) Uniformizar la Jurisprudencia, en el sentido de unificar criterios de decisión, por ejemplo, en la interpretación de normas, en la aplicación de determinadas normas en supuestos fácticos análogos, etc. (ejerce función unificadora de decisiones judiciales) D) Contribuye con una de las finalidades supremas del proceso en general, cual es, la de obtener justicia en el caso concreto (...) E) Tiene una finalidad política, en el sentido de que interesa al ordenamiento político la

¹⁹¹ CARRIÓN LUGO, JORGE. En la revista “Facultad de Derecho UNMSM” Revista Jurídica Promoción 1973. Pag. 27.

*aplicación correcta de la Ley en el ejercicio de la función jurisdiccional. F) Tiene una función docente, en el sentido de que, por ejemplo, mediante la resolución en casación establecería cuál es la correcta interpretación de una norma jurídica. G) Por último, en algunos sistemas legislativos le atribuyen como finalidad el control de la calificación y valoración de los elementos probatorios efectuada por los Jueces de mérito. (...)*¹⁹²

En ese sentido la doctrina le otorga varias posibles funciones a la casación, en nuestro Código Procesal Civil, la casación como recurso extraordinario en los procesos judiciales ordinarios, presenta las siguientes características:

“Persigue la correcta interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial. La Casación asimismo, persigue la correcta interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial relacionada con el derecho sustantivo (artículos 384 y 386 CPC).

(...)

Persigue la unificación de la jurisprudencia. El Código estatuye que es finalidad del recurso de casación uniformizar las jurisprudencia nacional (artículo 384 CPC).”

Al respecto, debe tenerse presente que la Ley N° 29364, de fecha 28 de mayo de 2009, modificó el Código Procesal civil, consideramos en forma positiva, al otorgarle mayor claridad a los supuestos en los cuales se puede interponer recurso de casación eliminando la lista extensa, confusa y taxativa de la redacción anterior del artículo 386° del Código Procesal Civil, el cual a su vez había tenido diversas interpretaciones de las propias Salas Supremas que ejercen función casatoria. En ese contexto, la citada Ley establece el siguiente texto:

“Artículo 384°.- Fines de la casación.

El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 386°.- Causales.

¹⁹² Ibid Idem.

El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial.”

Por otro lado, resulta importante tener en cuenta lo que diferencia a la Casación de otro tipo de recursos impugnatorios, en ese sentido, el Dr. Manuel Sánchez-Palacios Paiva señala que:

“El recurso de casación busca la protección de la norma jurídica, que es lo que en doctrina se denomina la función nomofiláctica, porque el objeto fundamental de la casación tiende a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y de las doctrinas jurídicas, de tal manera que la casación va más allá de los intereses particulares, tiene fines más amplios y trascendentes. En concreto, busca determinar si efectivamente se infringió una norma jurídica, como es que se produjo la infracción y cuál debe ser la correcta aplicación (...)

Lo que debe quedar muy claro es que la Corte de Casación, definitivamente, no es una tercera instancia, esto es, no hace un tercer examen judicial de la relación sustancial o de fondo debatida en el proceso. En casación se juzga la sentencia de vista y no el proceso. (...)

La incorporación del recurso de casación en nuestra legislación nos incorporó a la corriente doctrinaria imperante en la legislación comparada y suprimió la tercera instancia, esto es el denominado Recurso de Nulidad previsto en el derogado Código de Procedimientos Civiles, que permitía a la Corte Suprema revisar el fondo del asunto, aplicar el derecho que estimara pertinente e introducir en el proceso nuevos argumentos, no debatidos en la etapa probatoria (...)”¹⁹³

Respecto a los efectos de la casación en el Código Procesal Civil,

“...cuando la Corte Suprema declare que el recurso es fundado por una causal sustantiva, ... Esto significa que la Corte de

¹⁹³ SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, MANUEL. Comentarios a modificaciones de la Ley N° 29364. En “Jurídica” Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Lima, 30 de junio de 2009. Pag. 2

Casación se ubica en el mismo plano que la Sala Superior (actuando en Sede de Instancia) y con relación a la sentencia de primera instancia bien la confirma o bien la revoca. Cuando se trata de causal procesal, y es fundado el recurso, igualmente “casa”, y según corresponda, anula la sentencia de vista y en ciertos casos también la de primera instancia o todo el proceso.”

194

En ese sentido, el artículo 396° del Código Procesal Civil señala que:

“Artículo 396°.- Sentencia fundada y efectos del recurso.

Si la sala suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada deberá revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada.

Si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la corte procederá conforme a lo indicado en el párrafo anterior, según corresponda a la naturaleza material o procesal de este.

Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la corte casa la resolución impugnada y, además, según corresponda:

- 1. Ordena a la sala superior que expida una nueva resolución; o*
- 2. Anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que se reinicie el proceso; o*
- 3. Anula la resolución apelada y ordena al juez de primer grado que expida otra; o*
- 4. Anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda.*

En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo.”

Según lo antes mencionado, debe tenerse en cuenta la mencionada institución de la Casación regulada en Código Procesal Civil, como un mecanismo adecuado de unificación de la jurisprudencia y de las decisiones judiciales; sin embargo, debe tenerse en cuenta las funciones propias del Tribunal

¹⁹⁴ Loc. Cit. Pag 3.

Constitucional peruano, a efecto de adaptar dicha institución a lo requerido para que el Tribunal ejerza su función de máximo intérprete de la Constitución.

3.3.9. Bases Legales.-

Normas internacionales

- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.
Dicha norma regula el concepto del Tratado internacional, la naturaleza de sus obligaciones, la forma en que deben ser cumplidos, las causales de anulación, revisión, modificación o terminación.
- Proyecto de Convención sobre Responsabilidad Internacional de 1976 elaborada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI).

Normas Nacionales.-

- Constitución Política del Perú de 1993.
Norma Fundamental que regula en forma originaria la acción de inconstitucionalidad, estableciendo que los Tratados pueden ser materia de este tipo de acción; a su vez, establece una clasificación de los Tratados y le otorga diversos niveles jerárquicos, según el tipo de Tratado.
- Ley N° 28237 “Ley que aprueba el Código Procesal Constitucional”
Dicha normativa regula en forma específica el proceso de inconstitucionalidad y el proceso de amparo.
- Ley N° 28301. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
Norma que reglamenta los alcances de las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional dentro de un proceso constitucional, sus efectos, vigencia, entre otros

- R.ADM. N° 095-2004-P-TC (Reglamento Normativo del T.C.)
Complementa la normativa que reglamenta los alcances de las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional dentro de un proceso constitucional, sus efectos, vigencia, entre otros
- Decreto Supremo N° 029-2000-RE. Ratifican la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”
Norma que formaliza la entrada en vigencia de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, haciéndola exigible en todo fueron jurisdiccional nacional

3.4. Marco Conceptual.-

3.4.1. Concepto de Control de la Constitucionalidad.-

El control de constitucionalidad es una institución jurídica que independientemente al mecanismo utilizado, garantiza la primacía de la Constitución.

“...es la acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la que debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, los gobernantes y gobernados...”¹⁹⁵

Respecto a los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, pueden darse de distintas maneras, teniendo en consideración diversos factores como el momento del control, el ente que lo realiza, los efectos de la declaración sobre la constitucionalidad de la Ley, entre otros.

Respecto a la oportunidad en que opera el mecanismo de control constitucional, la doctrina señala lo siguiente:

¹⁹⁵ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. Derecho Procesal Constitucional. Jurista Editoriales EIRL. Lima. Pag. 23

“De una forma general, cuando a las formas de control, puede ser preventivo o represivo, ocurriendo el primero ante que la norma, la ley o el acto normativo se perfeccione; el segundo, al revés, se da posteriormente”¹⁹⁶

Respecto a la naturaleza del órgano controlador, el mecanismo de control constitucional puede ser político o judicial; pese a ello, debe tenerse presente que todo órgano político utiliza también criterios técnicos o jurídicos para pronunciarse, por lo que ambas “naturalezas” de control están bastante ligadas.

“Se dice aún que el control puede ser político o judicial, o sea, dependiendo de la naturaleza del órgano controlador, si judicial o político; así que, si el órgano encargado del control es de naturaleza judicial, no cabe duda que estamos delante de un control basado en criterios técnicos, es decir, jurídicos. Por supuesto que, el control desarrollado por un órgano político conoce igualmente, criterios técnicos...”¹⁹⁷

“El control de constitucionalidad en su naturaleza misma es una acción política, no solo porque esa labor suele estar encomendada a un organismo esencialmente político como el propio Legislativo o un organismo especial, ... sino porque el control importa una revisión de los actos o decisiones adoptadas por las autoridades políticas. En decir, no obstante que el control este a cargo de un organismo jurisdiccional y sometido a procesos judiciales especiales...es, esencialmente, control político...”¹⁹⁸

Independientemente a lo antes mencionado, y teniendo en consideración el órgano controlador y los efectos de la declaración sobre la constitucionalidad de una norma, la más extendida clasificación de los sistemas de control de

¹⁹⁶ FROTA ARAUJO, FRANCISCO REGIO. Derecho Constitucional y Control de Constitucionalidad. UFC Casa de Jose de Alarcón. Programa Editorial 2000. Fortaleza, Brasil. Pag. 107.

¹⁹⁷ FROTA ARAUJO, FRANCISCO REGIO. LOC CIT Pag. 108

¹⁹⁸ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA Coordinadora. LOC CIT Pag. 24

constitucionalidad las divide en el denominado control difuso o “judicial review”, y el control concentrado o sistema de control europeo continental.

“El control de la Constitucionalidad, en verdad, conoce las modalidades difusa y concentrada, cuyas diferencias merece la pena establecerlas...el control difuso de la constitucionalidad de las leyes...se establece en todos los niveles o instancias del poder judicial, mientras que el otro sistema y como el propio nombre lo señala, es concentrado en un solo órgano, el tribunal Constitucional o la Corte Suprema...”

Una segunda diferencia entre los distintos sistemas se refiere al hecho que mientras el control difuso tiene un carácter incidental...en el control concentrado, la acción es una acción principal...”¹⁹⁹

A su vez, dichos mecanismos se encuentran definidos doctrinariamente de la siguiente manera:

A) Control Difuso

Lleva el nombre de “americano” por ser el que se desarrollo en los Estados Unidos de América. La cuestión se resuelve allí por la “vía incidental”... o sea, que se deriva de un proceso en el que se está controvirtiendo otro asunto y en el curso del cual se suscita aquella....El proceso puede ser civil, penal laboral, y el asunto de constitucionalidad es definido por el mismo órgano judicial que ha de resolver la materia de fondo que dio lugar al proceso. Por ello se denomina “difuso”, pues esta difundido en todos los órganos judiciales que lo deben ejercer incidentalmente....Los efectos de la decisión solamente comprende a las partes que han participado en las controversia.

B) Control Concentrado.-

¹⁹⁹ FROTA ARAUJO, FRANCISCO REGIO. LOC CIT Pag. 114

*El sistema concentrado como su nombre lo indica, lo asigna a un solo órgano judicial la función del control constitucional. Se le ha llamado sistema "austriaco" porque los previó la Constitución Austriaca de 1929. Es el sistema de Corte Especial Constitucional en la cual se concentra la competencia para decidir asuntos de constitucionalidad. En estos sistemas se requiere generalmente una demanda por parte de algunos órganos cualificados políticamente ... se ejerce en "vía principal", autónoma o independiente. La decisión tiene efectos generales o "erga omnes" o sea que invalida la ley a partir del momento en que se declara la inconstitucionalidad."*²⁰⁰

En América Latina y en muchos países europeos, operan paralelamente estos dos mecanismos de control constitucional.

"C) Expansión de ambos sistemas.-

*El sistema difuso se ha extendido principalmente en las ex colonias británicas que paradójicamente a su metrópoli introdujeron el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.En América Latina también se ha extendido el control difuso...la creación de Tribunales Especiales Constitucionales se ha ido abriendo paso, pero sin eliminar el control difuso incorporado primeramente. Se ha formado una especie de sistema mixto que le da un carácter propio a la justicia constitucional en América Latina."*²⁰¹

Existe un debate "doctrinal" sobre cuál de los dos sistemas es el más conveniente o el que ofrece mayores beneficios. Sin embargo, lo real es que ambos buscan la misma finalidad e incluso se complementan mutuamente, motivo por el cual el uso de ambos sistemas se está expandiendo a nivel global.

²⁰⁰ TOCORA, FERNANDO. Control Constitucional y derechos Humanos. Ediciones Librería del profesional. Bogotá. Año 1992. Pag. 51-52

²⁰¹ TOCORA, FERNANDO. LOC CIT Pag. 52

“Sobre la conveniencia de uno u otro sistema existen un buen número de argumentaciones. Se dice por ejemplo que el control difuso expone a la sociedad a una gran incertidumbre o inseguridad en la medida en que se pueden presentar diversas interpretaciones dependiendo del tribunal...El control concentrado tiene la garantía de se erga omnes

(...)

Pero por otra parte, se replica que un Juez no puede verse obligado a aplicar una Ley que encuentra contraria a la Constitución...en la medida que la decisión reporte injusticia....”²⁰²

Tal es la similitud de objetivos entre ambos sistema que el denominado “stare decisis” norteamericano, otorga en la práctica un efecto “erga omnes” al control difuso que efectúan los órganos jurisdiccionales en los Estados Unidos de América.

“La respuesta a las objeciones que se han hecho al método difuso hay que buscarlas más que todo en la práctica. Así en los Estados Unidos, el sistema del “stare decisis” ha evitado la dispersión jurisprudencial. Sabido es que este sistema impone la aplicación de los precedentes jurisprudenciales de tribunales de mayor categoría en los sistemas de “common law”²⁰³

Asimismo, debe tenerse presente que la facultad de un juez de preferir la norma constitucional es intrínseca a su función jurisdiccional, motivo por el cual dicha potestad es parte integrante de la función jurisdiccional.

“Tenemos entonces que la prelación de la Constitución obliga al juez en su actividad cotidiana jurisdiccional a aplicar el método difuso, y ello no es facultativo pues el juez está sometido en primer lugar a la constitución para lo cual generalmente presta un

²⁰² TOCORA, FERNANDO. LOC CIT Pag. 53

²⁰³ TOCORA, FERNANDO. LOC CIT Pag. 54

juramento...el método difuso está implícito en la función jurisdiccional...”²⁰⁴

Por otro lado, debe considerarse que además del momento en que se produce el control de constitucionalidad, debe tenerse presente también la capacidad para solicitar dicho control y el acceso al mismo.

3.4.2. Los Tratados Internacionales.-

Respecto al concepto de Tratados, se tendrá en cuenta su naturaleza y su jerarquía normativa en el Perú.

3.4.2.1. Naturaleza de los Tratados Internacionales.-

Un Tratado es por definición un acuerdo de voluntades el cual crea, extingue o modifica obligaciones jurídicas internacionales, entre sujetos de derecho internacional.

Dicho acuerdo de voluntades debe ser celebrado, necesariamente entre sujetos de derecho público con capacidad para celebrarlos, y deben versar sobre temas de Derecho Internacional Público. Por ello, no están contemplados como Tratados los acuerdos que sean relativos a temas de derecho privado, como un contrato entre un Estado y una trasnacional, que se pueden regir por la normativa interna de un Estado, o incluso un arbitraje internacional basado en el Derecho Internacional Privado.

No interesa la terminología con la cual se denomine al Tratado, basta que sea un acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional con capacidad de suscribirlos y que traten sobre situaciones propias del Derecho Internacional Público.

²⁰⁴ TOCORA, FERNANDO. LOC CIT Pag. 56

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, establece que los Tratados solo pueden ser celebrados entre Estados; pese a ello, en virtud a un fallo de la Corte Internacional de Justicia, también se reconoce dicha capacidad a los Organismos Internacionales (denominado “Caso Reparación”), pese a no encontrarse consagrada dicha facultad expresamente.

La capacidad de los Estados de suscribir Tratados tiene como elemento fundamental su soberanía, y el reconocimiento mutuo como entes iguales. Pese a ello, es común que los Estados transfieran su capacidad de suscribir Tratados a organizaciones internacionales de integración como por ejemplo la Unión Europea, por lo que se ha relativizado este elemento fundamental para la suscripción de Tratados.

El principio de buena fe, el cual es conocido como “Pacta Sunt Servanda”, implica que los Tratados “*se hacen para cumplirse*”. Por ello, los Estados deben obrar siempre con esa finalidad, sin modificar varias o cambiar las condiciones de los Tratados. Dicho principio presenta excepciones, como lo son:

A) La imposibilidad físico-jurídica de realizar el objeto del Tratado, se da cuando no existen las condiciones para cumplir el objeto del mismo o cuando desaparece dicho objeto. En este caso debe analizarse si esa desaparición es permanente, en dicho caso terminaría el Tratado, si esta desaparición o la imposibilidad física de cumplir el objeto del Tratado es temporal, se suspende el Tratado hasta que sea físicamente posible su cumplimiento, según lo establecido en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

B) La Imposibilidad moral, la cual implica que en caso el cumplimiento de un Tratado ponga en riesgo la seguridad interna de un Estado, al ser una carga excesiva para este, dicha causal exime al estado obligado al cumplimiento del Tratado en mención.

C) La modificación de las condiciones preexistentes a la celebración del Tratado. En dicho caso, si cambian fundamentalmente las condiciones

preexistentes cuando se elaboró el Tratado, también puede haber un apartamiento del principio de *“pact sunt servanda”*.

3.4.2.2. Sobre la jerarquía de los Tratados en la normativa interna.-

Respecto a la jerarquía de los Tratados en nuestra Constitución, debe tenerse presente que el tratamiento de esta resulta ambigua, pues expresamente no se les asigna ninguna jerarquía. Sin embargo, debe tenerse presente lo establecido en los artículos 200º, 56º, y 57º.

El primero de estos artículos señala que los Tratados tendrían rango de Ley, al poder interponerse acción de inconstitucionalidad (no acción popular) contra este tipo de normas con rango de Ley. Pese a ello, los artículos 56º y 57º de la Constitución establecen que hay dos tipos de Tratados, los Tratados que pueden ser ratificados por el Ejecutivo sin necesidad de aprobación previa del Congreso y los que, al tratarse de determinadas temáticas, requieren de la aprobación del Congreso de la República.

En ese sentido, el citado artículo 57º establece que deben ser aprobados por el Congreso los Tratados que crean, modifican o suprimen tributos, los que exigen modificación o derogación de alguna ley, los que requieren medidas legislativas para su ejecución, y los que crean una obligación de carácter financiera al Estado.

Al respecto, el contenido exacto de dichos conceptos no ha sido dilucidado satisfactoriamente en el texto constitucional, más aún si los Tratados que el Ejecutivo suscribe sin aprobación previo del Parlamento, tratan sobre temas similares a los antes mencionados, como lo puede ser por ejemplo, los Tratados de Comercio Internacional.

Debe tenerse muy presente que nuestro país se encuentra en un proceso de celebración de una gran cantidad de Tratados comerciales con otros países. Sin embargo, no resultan ser suficientemente claras las potestades negociadoras de nuestro Poder Ejecutivo.

En ese sentido, en el caso de la demanda de inconstitucionalidad del ALC con Chile, expediente EXP. N.º 00002-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado los siguientes criterios:

“...68. Sin perjuicio de ello, los principios y técnicas para la delimitación de las materias que son competencia de un Tratado-ley y de un Tratado administrativo se pueden condensar en una suerte de test de la competencia de los Tratados. Este test, de manera sintética, contiene los siguientes sub exámenes: El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar los intereses particulares de los poderes y organismos constitucionales a la preeminencia de los intereses generales del Estado, los cuales, conforme al artículo 44 de la Constitución son los siguientes: “defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

69. *Esta subordinación debería realizarse en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad para cada poder del Estado. Como se aprecia, las materias que son competencia de los Tratados-ley están taxativamente establecidas en el artículo 56º de la Constitución; en asuntos que regulan temas específicos de rango legislativo, en materia de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango infraconstitucional. Y por defecto de las mismas, le corresponde al Poder Ejecutivo la aprobación de las demás materias a través de los Tratados simplificados, según el artículo 57º de la Constitución.*

70. *En la medida que las regulaciones establecidas por un Tratado se presumen válidas constitucionalmente, a juicio de este Tribunal, no se ha demostrado indubitadamente, como se puede ver en los fundamentos pertinentes, que hayan afectado de manera clara o evidente la Constitución. Pero esto no quiere decir que un Tratado no pueda derivar en inconstitucional por su aplicación contraria a las disposiciones constitucionales. Por ello cabe señalar, en forma de apelación al Poder Ejecutivo, que en el desarrollo del ALC PERÚ-CHILE debe garantizarse su aplicación con lealtad al ordenamiento jurídico constitucional; de lo contrario, podría sobrevenir una inconstitucionalidad en su ejecución.*

71. *Pero, **si existieran dudas sobre el titular de la competencia o atribución, cabe aplicar otro sub examen y apelar a la naturaleza o contenido fundamental de las materias objeto de controversia, mediante***

el principio de la cláusula residual. Esto es, que la presunción sobre qué poder del Estado es competente para obligar internacionalmente a todo el Estado, en materias que no son exclusivas sino que pueden ser compartidas, debe operar a favor del Poder Ejecutivo, que es quien gobierna y gestiona los servicios públicos más cercanos al ciudadano; este principio pro homine se colige del artículo 1º de la Constitución, en la medida que el Estado y la sociedad tienen como fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.”

Asimismo, respecto a dichas “competencias” exclusivas, compartidas y concurrentes, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente en la sentencia antes mencionada:

“1. Competencias exclusivas que son propias del Poder Legislativo e indelegables al Poder Ejecutivo; así, por ejemplo, los temas de derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, tributos y demás cuestiones que requieran de medidas legislativas de rango legal establecidos en el artículo 56º de la Constitución prima facie son materias exclusivas del Congreso y, en consecuencia, excluyentes del Poder Ejecutivo. **Pero, ello no impide que el Poder Ejecutivo pueda realizar acuerdos internacionales y de ejecución de los Tratados suscritos por el Congreso sobre sus materia exclusivas, si no altera o varía el contenido de los mismos.** Este es el caso del Tratado de Montevideo de 1980, aprobado por el Congreso, que al ser un Tratado multilateral de carácter general, para su desarrollo requiere de Acuerdos de Complementación Económica (ACE) bilaterales, como los que el Perú ha suscrito con varios países, entre ellos el ACE N° 38 con Chile y modificatorias, materia de esta controversia.

2. Competencias compartidas están referidas a aquellas materias que son objeto de aprobación **por el Congreso pero dejando su reglamentación o desarrollo al Poder Ejecutivo.** Así, una materia tributaria puede estar compartida, por un lado, por el Congreso, que es competente para obligar internacionalmente al Estado en materia de impuestos y, por otro lado, por el Poder Ejecutivo, que es competente para obligar internacionalmente al Estado en la regulación arancelaria, que es una parte de la materia tributaria, de conformidad con los artículos 74º y 118º-20 de la Constitución.

3. Competencias concurrentes son aquellas **atribuciones o funciones que se distribuyen entre ambos poderes,** por ejemplo, cuando entre sus funciones el Congreso autoriza el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República de acuerdo al artículo 102º-8 de la Constitución le corresponde al

Poder Ejecutivo extender las visas correspondientes como parte de sus atribuciones, o más precisamente cuando en el ALC PERÚ-CHILE se establece la voluntad de las partes de llevar a cabo negociaciones futuras sobre servicios financieros, se debe interpretar que, en todo caso, será en materia de regulación administrativa de los servicios financieros que son propias del Poder Ejecutivo, sin trasgredir la competencia legislativa del Congreso sobre la materia.”

Es decir, si bien no debe suprimirse dicha posibilidad de ratificarse Tratados directamente por el Ejecutivo, debe reglamentarse mejor dicha facultad, a efecto de determinarse mejor las competencias de cada Poder del Estado.

Respecto al rango constitucional otorgado a los Tratados de derechos humanos, debe tenerse presente que la cuarta disposición transitoria no consagra el rango constitucional en favor de las normas contenidas en Tratados relativos a derechos humanos; sin embargo, el artículo 3° de la Constitución establece que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos humanos, no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, con lo cual los Tratados de derechos humanos que tratan sobre la dignidad del hombre formarían parte del Capítulo I de la Constitución y por ende gozarían de rango constitucional.

Pese a ello, dicha interpretación debe realizarse caso por caso, es decir, no cualquier Tratado referente a derechos humanos tendría un rango constitucional, dependería de una interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional a efecto de verificar que normativa contenida en estos Tratados tiene naturaleza análoga a los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución, referentes a la dignidad del hombre.

Por otro lado, constituye un problema de técnica jurídica la falta de reglamentación expresa del rango constitucional de los Tratados, pues, según la normativa antes mencionada, habría hasta tres jerarquías: jerarquía constitucional en el caso de Tratados sobre Derechos Humanos y su contenido; jerarquía legal, para el caso de Tratados aprobados previamente por el

Congreso de la República y; jerarquía reglamentaria, para el caso de Tratados aprobados directamente por el Ejecutivo.

A mayor abundamiento, dicho problema de técnica jurídica se aprecia con la redacción ambigua de los artículos 56° y 57° de la Constitución, en los cuales no se precisa sobre que materias debe requerirse la aprobación del Congreso antes de ratificar un Tratado por el Poder Ejecutivo, y sobre cuales el Ejecutivo puede ratificar directamente el Tratado, tal como se aprecia del caso de inconstitucionalidad del ALC con Chile.

Por lo antes mencionado, en este aspecto se considera necesario que se establezca a nivel constitucional cuál es el rango legal de los Tratados, en todas sus materias. Asimismo, señalarse expresamente que por su naturaleza, los Tratados prevalecen sobre la normativa nacional y su derogatoria o modificatoria debe ser de acuerdo al Derecho Internacional Público, excluyendo la posibilidad de un tratamiento similar al de cualquier norma interna.

3.4.3. Sobre la Responsabilidad Internacional.-

La responsabilidad internacional es una institución regulada por normas internacionales de carácter consuetudinario, a pesar de haber existido proyectos de codificación, elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), el año 1976.²⁰⁵ Por su carácter consuetudinario, la doctrina y la jurisprudencia internacional han llenado de contenido este concepto.

A su vez, el tratadista Marco G. Monroy Cabra en su obra “Derecho Internacional Público” afirma que la Responsabilidad Internacional es una institución por la cual a un Estado se le imputa el incumplimiento de una obligación internacional contra otro Estado afectado, al cual debe repararse el daño. Dicha afectación se puede producir por el incumplimiento de una

²⁰⁵ Camargo, Pedro Pablo. “Tratado de Derecho Internacional”. Editorial Leyer, Tercera edición, Bogotá D.C., pág. 481.

obligación internacional contraída con el Estado afectado, o por actos u omisiones que lesionen los derechos de un nacional del Estado afectado.²⁰⁶

Dicha imputación se constituye por un acto u omisión del Estado que incumple su obligación internacional y que le es atribuible según el Derecho Internacional. A lo antes mencionado se le conoce como hecho internacionalmente ilícito del Estado, según el artículo 3º del proyecto de convención sobre Responsabilidad Internacional de la mencionada Comisión.

A su vez, la jurisprudencia internacional subordina la Responsabilidad Internacional a dos condiciones: A) La Imputabilidad y B) La ilicitud.²⁰⁷

Sin embargo, la mayoría de la doctrina afirma que existen tres elementos constitutivos de la Responsabilidad Internacional y son: 1º La existencia de acto u omisión de una obligación internacional vigente entre el Estado responsable y el Estado afectado. 2º El acto ilícito debe ser imputable al Estado responsable. 3º Debe existir perjuicio o daño como consecuencia del acto ilícito. Sin embargo, autores como Marco Monroy Cabra, consideran que otro elemento constitutivo es la intención ilícita o negligencia del individuo cuya conducta se imputa al Estado, lo cual no es unánime en la doctrina que en su mayoría considera que ello no es necesario.²⁰⁸

En ese entendido existirían dos teorías, una objetivista y otra subjetivista. Dicha diferenciación radica en que según la teoría objetiva en caso un Estado o uno de sus órganos, incumpliera una obligación internacional, este incurre necesariamente en Responsabilidad Internacional. Por otro lado, según la teoría subjetivista, debe tenerse en cuenta como elemento constitutivo de la Responsabilidad Internacional la intención ilícita o negligencia del individuo cuya conducta se imputa al Estado.

²⁰⁶ Jofre Santalucía, Jimena/ Ocampo Seferian, Paula. “Responsabilidad Internacional del estado por el Incumplimiento de Obligaciones Internacionales”. Bogotá. 2001. Tesis para optar por el Título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pag. 114.

²⁰⁷ Rousseau, Charles. “Derecho Internacional Público”. Barcelona. Ariel. 1966

²⁰⁸ Jofre Santalucía, Jimena/ Ocampo Seferian, Paula. Loc Cit. Pag. 118.

A su vez, según ambas teorías, debe existir una relación causal o de atribución entre el hecho ilícito internacional y el supuesto Estado autor del hecho, en virtud al Derecho Internacional. Es decir, la acción u omisión que se le atribuya al Estado autor del hecho ilícito, debe ser la violación de una obligación internacional y no del Derecho Interno.

Por lo antes mencionado, incluso siguiendo la teoría de la responsabilidad objetiva, se analizan elementos de carácter subjetivo al evaluar “de que cosa” es responsable un Estado y “de que cosa” no lo es, si sus agentes actuaron en nombre del Estado o en nombre propio por ejemplo, es decir no se trata de una pura evaluación “objetiva”.

En ese sentido, debe considerarse el caso de los Estados protectorados o parte de una federación, cuyos actos pueden generar una duda sobre si el Estado protectorado o el Estado protector asume la Responsabilidad Internacional. En dicho caso la mayoría de la doctrina coincide en que debe existir un criterio subjetivo para verificar si la responsabilidad debe ser asumida por el Estado protector, es decir, si debiendo haber realizado un acto de supervisión o control no lo realizó.

Por lo antes mencionado, deberá evaluarse hasta qué punto la teoría objetiva y subjetiva, en vez de establecer dos supuestos distintos de responsabilidad, deben coexistir dependiente el caso específico, sea que se trate de Responsabilidad del Estado por hecho propio de este o de un tercero particular. Asimismo, y manera de conclusión, debe tenerse presente para fines de la presente investigación que la doctrina y la jurisprudencia internacional entienden que la denominada teoría objetivista es la aplicable al momento de determinarse Responsabilidad Internacional por parte de los Estados, según los fundamentos antes mencionados.

3.4.4. Definición de Términos.-

Tratados.- se entiende por Tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un

instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. (Artículo 2º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)

Constitucionalidad.- según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la “cualidad de constitucional”; adicionalmente a ello, y en virtud de lo establecido en la normativa nacional, internacional y en la doctrina, es la cualidad de las normas legales en general de adecuarse o no a lo establecido en la Constitución Política de un determinado país, tanto en el fondo de la norma como en la forma de esta, tanto para su creación como para su ámbito de acción.

Control de Constitucionalidad.- es el control que realiza un órgano judicial o un ente especializado, el cual emite una decisión respecto a si una norma legal se ajusta o no a lo normado en la Constitución, considerando a esta como la norma fundamental y por ende, la de mayor jerarquía, la citada decisión debe ser definitiva y vinculante a gobernantes y gobernados.

Control Previo.- En la doctrina y la normativa extranjera, está considerada como una forma de ejercer el control de constitucionalidad. Dicho mecanismo implica que el control de la constitucionalidad se realice con anterioridad a que una norma entre en vigencia o sea publicada, es decir, se revisa en el fondo y en la forma la constitucionalidad de la misma antes que entre en vigencia y que genere efectos jurídicos. A su vez, dicho control debe ser de naturaleza jurídica y vinculante, es decir, realizada por un órgano jurisdiccional, no solo por un órgano político.

Proceso de Inconstitucionalidad.- Tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa, esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo. Por contravenir el artículo 106º de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas

disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, Tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. (Artículos 75º, 77º y 81º del Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237.)

Proceso Constitucional de Amparo.- tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

El proceso constitucional de amparo procede cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. Puede interponerse contra cualquier tipo de aplicación de normas, contra resoluciones judiciales o contra actos administrativas. (Artículos 1º,2º,3º, y 4º del Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237.)

Derogación de normas.- La derogación de la Ley es el retiro de esta del ordenamiento jurídico y por ende, desde la derogación de una ley, esta carece

de efectos, es decir deja de ser obligatoria y vinculante. Según lo establecido en el Artículo I del título preliminar del Código Civil, la derogación se produce por declaración expresa, o por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una Ley, no recobran vigencia las que hubiere derogado.

Modificación de norma.- es la derogación parcial de una Ley, también es conocida como abrogación.

Ordenamiento jurídico.- o sistema jurídico, es el conjunto de todas las normas que regulan un Estado determinado, en cuya cúspide esta la Constitución.

Efecto vinculante.- es el efecto que tienen las normas y las sentencias, una vez que están son ejecutoriadas, respecto a los ciudadanos de un país o las partes de un proceso judicial.

Sentencia.- Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. (Artículo 121º del Código Procesal Civil)

Proceso judicial.- es el conjunto de mecanismos e instituciones que se activan ante una solicitud o pretensión de un ciudadano o agente capaz, ante el Poder Judicial. Tiene por finalidad concreta, resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. (Artículo III Título Preliminar del Código Procesal Civil)

Responsabilidad.- es la carga que recae sobre quien comete una infracción o un acto lesivo de carácter administrativo, civil o penal y que puede implicar cumplir una sanción, reponer el daño ocasionado o indemnizarlo.

4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.-

4.1. Hipótesis general.-

La Hipótesis General para resolver el problema materia de investigación es que: Si se implementa un mecanismo de control previo de la constitucionalidad de normas tributarias y de Tratados por parte del Tribunal Constitucional, y si se establece que el Tribunal sea instancia casatoria para todo proceso en los que se ejerza el control difuso; se evitará que el sistema de control de constitucionalidad vigente en el Perú, contravenga el Derecho Internacional y además, se logrará que el sistema cumpla con sus objetivos.

4.2. Hipótesis Específicas.-

Si se implementa el control previo de la Constitucionalidad de las normas tributarias por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, impedirá que se afecten derechos constitucionales de la Sociedad Civil y evitará situaciones de inequidad, pues no permitirá la entrada en vigor de dichas normas auto-aplicativas y cuyos efectos son inmediatos. El actual “control previo” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyecto de normas tributarias

Si se implementa el control previo de la Constitucionalidad de los Tratados por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, impedirá que sea declarada la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor, y por ende, la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional. El actual “control previo” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyecto de los Tratados internacionales a ser ratificados por el Perú.

Si se implementa un sistema de control de Constitucionalidad previo de normas tributarias y de Tratados por parte del Tribunal Constitucional, no se

contravendrá el actual sistema de control de constitucionalidad vigente, de seguirse las formalidades establecidas en la Ley.

La actual regulación del sistema de control constitucional en el Perú, calificado como dual o paralelo, no otorga al Tribunal Constitucional las facultades necesarias para desempeñar su rol de Supremo Intérprete de la Constitución, al no poder hacer efectivo el cumplimiento de sus criterios ante el Poder Judicial, cuando este ejerce el control difuso sin seguir los criterios antes mencionados.

Si se otorgaran funciones casatorias al Tribunal Constitucional, Supremo Intérprete de la Constitución, en cualquier tipo de procesos constitucionales y/o ordinarios, en los cuales los jueces ejerzan el control difuso, le permitirá al Tribunal hacer efectivo y obligatorio el cumplimiento de sus criterios.

Si se otorgaran funciones casatorias al Tribunal Constitucional en cualquier tipo de proceso constitucionales y/o ordinarios, en los cuales los jueces ejerzan el control difuso, la Sociedad Civil tendrá la posibilidad de exigir ante dicha instancia, el efectivo cumplimiento de sus criterios e interpretaciones, sin necesidad de la figura jurídica del “amparo contra amparo”.

4.3. Variables.-

4.3.1. Definición conceptual de variables.-

DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE VARIABLES	
<u>Variable Independiente</u>	<u>Definición conceptual</u>
X1: La implementación de un Control de constitucionalidad previo y vinculante.	Actos necesarios para realizar un control de constitucionalidad antes que una norma o un Tratado ingresen en el ordenamiento jurídico, y cuyo resultado debe ser de obligatorio cumplimiento.

<p>X2: El establecimiento del Tribunal Constitucional como instancia casatoria para todo proceso en el cual se ejerza el control difuso.</p>	<p>Actos necesarios para que el Tribunal Constitucional sea instancia casatoria para todo proceso en el cual se ejerza el control difuso.</p>
<p><u>Variable Dependiente</u></p>	<p><u>Definición conceptual</u></p>
<p>Y1: La contravención del Derecho Internacional.</p> <p>Y2: El cumplimiento de los objetivos del Sistema de Control de Constitucionalidad.</p> <p>Y3: La afectación de derechos constitucionales y situaciones de inequidad, por la entrada en vigor de dichas normas auto-aplicativas.</p> <p>Y4: El control del cumplimiento de los criterios del Tribunal Constitucional.</p>	<p>La contravención al conjunto de Tratados, convenios Principios, Instituciones (Responsabilidad Internacional) y Costumbres que regulan el accionar de los sujetos de Derecho Internacional (Estado) y las relaciones entre ellos.</p> <p>Nivel de cumplimiento o satisfacción de los objetivos de un Sistema de Control de Constitucionalidad de normas.</p> <p>Nivel de afectación de derechos constitucionales y existencia situaciones de inequidad, por la entrada en vigor de dichas normas auto-aplicativas.</p> <p>Nivel de control del cumplimiento de los criterios del Tribunal Constitucional.</p>

4.3.2. Operacionalización de las variables.-

<u>OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES</u>	
<u>Variable Independiente</u>	<u>Indicadores</u>
X1: La implementación de un Control de constitucionalidad previo y vinculante.	<ul style="list-style-type: none"> -Ente que realiza el control previo de constitucionalidad en el Perú. -Oponibilidad de lo resuelto por el órgano controlador. - Ente que realiza de control de constitucionalidad vinculante en otros ordenamientos.
X2: El establecimiento del Tribunal Constitucional como instancia casatoria para todo proceso donde se ejerza el control difuso.	<ul style="list-style-type: none"> - Tipos de Procesos Judiciales en los cuales se ejerce el control difuso en el Perú. - Países en los cuales el Tribunal Constitucional es instancia revisora para todo proceso en donde se ejerza el control difuso.
<u>Variable Dependiente</u>	<u>Indicadores</u>
Y1: La contravención del Derecho Internacional.	-Actos del Tribunal Constitucional que pueden constituir un hecho ilícito internacional, y generar responsabilidad internacional al Perú.
Y2: El cumplimiento de los objetivos del sistema de control de constitucionalidad.	-Nivel de cumplimiento de los objetivos del sistema de control de constitucionalidad, en

<p>Y3: La afectación de derechos constitucionales y situaciones de inequidad, por la entrada en vigor de dichas normas auto-aplicativas.</p>	<p>especial protección de la Sociedad Civil sobre actos arbitrarios del Estado.</p> <ul style="list-style-type: none"> -Cantidad de demandas de inconstitucionalidad de normas tributarias declaradas fundadas por el Tribunal Constitucional entre el año 2001 y el año 2012. - Período entre la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma tributaria, y la vigencia de la norma. - Si existió medida que indemnizara los efectos negativos de la norma ilegal, en el caso en concreto y en los demás casos en que pudiera haberse aplicado indebidamente la norma. - En caso de acciones de amparo, si el fundamento por el cual se inaplica una norma tributaria es realmente por las particularidades del caso o por la naturaleza de la norma inaplicada.
<p>Y4: El control del cumplimiento de los criterios del Tribunal Constitucional.</p>	<p>-Resoluciones consentidas y ejecutoriadas del Poder Judicial que no siguieron los criterios del Tribunal Constitucional entre el año 2001 y el año 2012.</p>

5. TIPO DE INVESTIGACIÓN.-

La presente investigación es de tipo descriptiva, correlacional, explicativa; pues en primer término, explicará la forma en que se encuentra reglamentado el sistema de control de constitucionalidad en el Perú, y se describirán los principales efectos de la operatividad del Sistema de Control de Constitucionalidad en el Perú.

Luego de ello, teniendo en cuenta la problemática materia de investigación y las hipótesis planteadas, se comparará la citada regulación nacional y los pronunciamientos del Tribunal, con la legislación existente en otros países y con la doctrina, a efectos de identificar las diferencias y verificar si las instituciones jurídicas utilizadas en otros países y señaladas en la doctrina, pueden ser utilizadas para resolver la problemática planteada relativa al Sistema de Control de Constitucionalidad en el Perú.

Se analizará la conveniencia de determinadas medidas correctivas para mejorar el Sistema de Control de Constitucionalidad en el Perú, tanto la implementación de un control previo de constitucionalidad de normas tributarias y Tratados, así como la implementación del Tribunal Constitucional como instancia casatoria en los procesos en los cuales se ejerza el control difuso.

Es importante destacar que, al tratarse de una investigación relacionada al ámbito procesal constitucional para la aplicación de los mecanismos de control de constitucionalidad en el Perú, no se analizará o debatirá en el presente trabajo la idoneidad del fundamento legal de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional para emitir los fallos materia de la presente investigación; sino que se analizará la conveniencia de introducir un mecanismo control previo de legalidad de las normas, en virtud a los efectos de las mencionadas decisiones, y si estas llevan a situaciones de inequidad o contrarias a los derechos de la Sociedad Civil.

En ese sentido, la presente tesis tiene los siguientes niveles de investigación:

- Descriptivo.- Se describe la naturaleza, origen y características de los sistemas de control de constitucionalidad, de las normas tributarias, de los Tratados; el concepto de la Responsabilidad Internacional y las características de la función casatoria de un Tribunal.
- Correlacional.- Se describe la relación entre los mecanismos de control de constitucionalidad que se aplican en el Perú y; la conveniencia de implantar un control previo para evitar la vulneración de derechos constitucionales de la Sociedad en la aplicación de normas auto-aplicativas tributarias, y evitar incurrir en Responsabilidad Internacional al declararse la inconstitucionalidad de un Tratado. A su vez, se analiza la conveniencia de otorgarle al Tribunal Constitucional funciones casatorias.
- Explicativo.- Se intenta explicar la relación entre las variables antes mencionadas, y como la modificación de una afecta a la otra, no limitándose únicamente a describir una relación entre estas.

Finalmente, se propondrán modificaciones a nuestro sistema de control de constitucionalidad, para solucionar la problemática identificada.

La presente investigación es de tipo Empírico Jurídico Social, pues se sustenta en un trabajo de campo realizado elaborado sobre el análisis de resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional peruano, sobre determinadas materias en un determinado período de tiempo.

6. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.-

El diseño de la presente investigación es No experimental, porque las variables se observan en la realidad y no necesitan ser demostradas. Asimismo, es de diseño transeccional o trasversal causal, pues recolecta variables y analiza su incidencia en un momento, describe y explica la relación entre ellas. En ese sentido, la presente investigación es respecto al actual Sistema de Control de la Constitucionalidad de normas y Tratados, el cual se instauró con la Constitución de 1979 y continúa vigente.

6.1. Métodos.-

Los métodos científicos elegidos para la demostración de las hipótesis formuladas son los siguientes:

- Inductivo.- Pues a partir de premisas generales, logradas al analizar las características, y objetivos de los sistemas y mecanismos de control de Constitucionalidad de las normas tributarias y de los Tratados, así como el concepto de la Responsabilidad Internacional y las características de la función casatoria de un Tribunal; se infiere cual puede ser una solución adecuada al problema materia de la presente investigación, relativa a los cambios procesales necesarios en nuestro Sistema de Control de Constitucionalidad.
- Deductivo.- Puesto que a partir de premisas y casos singulares, como lo son el tratamiento de la problemática planteada en países como Alemania, Austria, Francia, España y México, se sustenta las hipótesis de investigación, y la propuesta relativa a los cambios procesales necesarios en nuestro Sistema de Control de Constitucionalidad.

7. UNIDAD DE ANÁLISIS.-

7.1 Universo.-

El universo de investigación lo constituyen las Sentencia emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de constitucionalidad de Tratados, en materia de constitucionalidad de normas tributarias y en materia del ejercicio de control difuso por parte del Poder Judicial, entre los años 2001 y 2011.

7.2. Selección de Muestra .-

En la presente investigación no existirá una muestra, pues se tomará en cuenta la integridad de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, respecto

a las materias antes mencionadas, es decir, se analizará el universo en su integridad.

8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS. TRABAJO DE CAMPO.-

8.1. Técnica de recolección de datos.-

En la demostración de las hipótesis se utilizó la técnica de análisis de la fuente directa, es decir de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, de la normativa vigente y de la legislación comparada. También se recurrió a fuentes indirectas, consistente en la doctrina sobre las instituciones jurídicas relacionadas a la problemática; lo cual, nos permitirá obtener información oportuna y dirigida, acerca de las hipótesis planteadas en la investigación.

8.2. Instrumentos de recolección de datos.-

El instrumento que se emplea en la presente investigación fue el acceso a la base de datos de la integridad de sentencias emitidas por al Tribunal Constitucional a la fecha.

8.3. Trabajo de campo.-

Conforme se señaló anteriormente, el trabajo de campo ha sido realizado respecto a las resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional entre el 2001 y 2011 relacionadas al control de la constitucionalidad de normas legales en materia tributaria, sobre constitucionalidad de Tratados y sobre el control que realiza el Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial.

8.3.1. Criterios para realizar el trabajo de campo.-

Para tales efectos, se ha considerado necesario analizar cada una de las 212 sentencias expedidas dentro de dicho período, tomando como referente diferentes criterios, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- Ubicación de la muestra (URL)
- N° de Expediente
- Accionante
- Fallo
- Motivación

8.3.2. Exposición de las Sentencias.-

8.3.2.1. En materia tributaria:

1. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02658-2008-AA.html>

EXP. N° 02658-2008-PA/TC

CONSORCIO LA PARCELA S.A.

2. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03982-2008-AA.html>

EXP. N.° 03982-2008-PA/TC

INVERSIONES M Y S S.A.C.

3. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02578-2008-AA.htm>

EXP. N.° 02578-2008-PA/TC

BANCO WIESE SUDAMERIS

4. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03656-2008-AA.html>

EXP. N.° 03656-2008-PA/TC

INVERSIONES M Y S S.A.C

5. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03609-2008-AA.html>

EXP. N.° 03609-2008-PA/TC

SERCENCO S.A.

6. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01121-2008-AA.html>

EXP. N.° 01121-2008-PA/TC

LARCO MAR S.A.

7. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01206-2008-AA.html>

EXP. N.º 01206-2008-PA/TC

IAN PERÚ S.A.C.

8. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01722-2008-AA.htm>

EXP. N.º 01722-2008-PA/TC

PROMOTORA CLUB EMPRESARIAL S.A.

9. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01203-2008-AA.htm>

EXP. N.º 01203-2008-PA/TC

AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

(ANTES TIM PERÚ S.A.C.)

10. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02337-2007-AA.htm>

EXP. N.º 2337-2007-PA/TC

PROMOTORA CLUB EMPRESARIAL S.A.

11. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00071-2008-AA.html>

EXP. N.º 00071-2008-PA/TC

AMÉRICA MOVIL PERÚ S.A.C.

(ANTES TIM PERÚ S.A.C.)

12. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03213-2007-AA.html>

EXP. N.º 3213-2007-PA/TC

SCOTIABANK PERÚ S.A.A.

13. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02946-2007-AA.html>

EXP. N.º 02946-2007-PA/TC

MESSER GASES DEL PERU S.A.

14. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/10324-2006-AA.htm>

EXP. N.º 10324-2006-PA/TC

SERCENCO S.A.

15. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06032-2007-AA.html>

EXP. N.º 06032-2007-PA/TC

MESSER GASES DEL PERÚ S.A..

16. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06030-2007-AA.htm>

EXP. N.º 06030-2007-PA/TC

CONSORCIO LA PARCELA S.A.

17. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03928-2007-AA.html>

EXP. N.º 03928-2007-PA/TC

PROMOTORA CLUB EMPRESARIAL S.A.

18. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03860-2007-AA.htm>

EXP. N.º 03860-2007-PA/TC

PROMOTORA CLUB EMPRESARIAL S.A.

19. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03005-2007-AA.htm>

EXP. N.º 03005-2007-PA/TC

NEGOCIACIONES ARA DEL NORTE S.A.C.

20. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00215-2008-AA.htm>

EXP. N.º 00215-2008-PA/TC

WIESE SUDAMERIS LEASING S.A.

21. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01356-2007-AA.html>

EXP. N.º 01356-2007-PA/TC

SCOTIABANK PERÚ S.A.A.

22. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/10012-2006-AA.html>

EXP. N.º 10012-2006-PA/TC

BANCO WIESE SUDAMERIS

23. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06342-2007-AA.html>

EXP. N.º 06342-2007-PA/TC

AMERICA MOVIL PERU S.A.C.

(ANTES TIM PERU S.A.C.)

24. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/10044-2006-AA.htm>

EXP. N. ° 10044-2006-PA/TC

CONSORCIO LA PARCELA S.A.

25. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08930-2006-AA.html>

EXP. N. ° 08930-2006-PA/TC

CONSORCIO LA PARCELA S.A.

26. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00639-2007-AA.html>

EXP. N. ° 0639-2007-PA/TC

CLUB EMPRESARIAL S.A.

27. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04197-2007-AA.html>

EXP. N. ° 04197-2007-PA/TC

INVERSIONES M Y S S.A.C.

28. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08238-2006-AA.html>

EXP. N. ° 08238-2006-PA/TC

CONSORCIO LA PARCELA S.A.

29. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02248-2007-AA.html>

EXP. N. ° 2248-2007-PA/TC

INVERSIONES M Y S S.A.C.

30. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02104-2007-AA.html>

EXP. N. ° 2104-2007-PA/TC

INMOBILIARIA SUR SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (INSUR LTDA.).

31. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05812-2007-AA.html>

EXP. N. ° 05812-2007-PA/TC

MESSER GASES DEL PERU S.A.

32. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03184-2007-AA.html>

EXP. N. ° 03184-2007-PA/TC

CONSORCIO LA PARCELA S.A.

33. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08802-2006-AA.html>

EXP. N. ° 08802-2006-PA/TC

GESTIONES Y RECUPERACIONES DE ACTIVOS S.A.

34. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05643-2007-AA.html>

EXP. N. ° 05643-2007-PA/TC

TRES PALMERAS S.A

35. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05385-2007-AA.html>

EXP. N. ° 05385-2007-PA/TC

ADMINISTRADORA DEL COMERCIO S.A.

36. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04413-2007-AA.html>

EXP. N. ° 04413-2007-PA/TC

MESSER GASES DEL PERÚ S.A.

37. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03969-2007-AA.htm>

EXP. N. ° 03969-2007-PA/TC

PROMOTORA CLUB EMPRESARIAL S.A.

38. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06787-2006-AA.html>

EXP. N. ° 6787-2006-PA/TC

GESTIONES Y RECUPERACIONES DE ACTIVOS S.A.

39. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00900-2007-AA.html>

EXP. N. ° 00900-2007-PA/TC

FIMA S.A.

40. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02089-2007-AA.html>

EXP. N. ° 2089-2007-PA/TC

CONSORCIO LA PARCELA S.A.

41. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10668-2006-AA.html>

EXP. N. ° 10668-2006-PA/TC

GESTIONES Y RECUPERACIONES DE ACTIVOS S.A.

42. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10717-2006-AA.html>

EXP. N. ° 10717-2006-PA/TC

SCOTIABANK PERÚ S.A.A.

43. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05239-2006-AA.html>

EXP. N. ° 5239-2006-PA/TC

INVERSIONES M Y S S.A.C.

44. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09111-2006-AA.html>

EXP. N. ° 9111-2006-PA/TC

GESTIONES Y RECUPERACIONES DE ACTIVOS S.A.

45. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08127-2006-AA.html>

EXP. N. ° 8127-2006-PA/TC

AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

46. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09203-2006-AA.html>

EXP. N. ° 09203-2006-PA/TC

INVERSIONES M Y S S.A.C.

47. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06167-2006-AA.html>

EXP. N. ° 6167-2006-PA/TC

SCOTIABANK PERÚ S.A.A.

48. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03797-2006-AA.html>

EXP. N. ° 03797-2006-PA/TC

SCOTIABANK PERÚ S.A.A.

FALLO:

En todos se declararon INFUNDADAS las demandas de proceso de amparo.

MOTIVO:

El ITAN es un tributo que no lesiona principio constitucional alguno, siendo su pago constitucional y legalmente exigible a los contribuyentes. En tal sentido, la Ley cuestionada es constitucional y las órdenes de pago resultan exigibles.

49. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03578-2007-AA.htm>

EXP. N. ° 3578-2007-PA/TC

SEUL LEE S.A.

50. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00263-2007-AA.htm>

EXP. N.º 00263-2007-PA/TC

COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DE RESTAURANTES MACHINES S.A.C. Y OTRA

51. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06772-2006-AA.html>

EXP. N.º 6772-2006-PA/TC

INVERSIONES TURÍSTICAS LAS VEGAS S.A.

52. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06189-2006-AA.html>

EXP. N.º 6189-2006-PA/TC

INVERSIONES TURÍSTICAS LAS VEGAS S.A.

53. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10174-2006-AA.html>

EXP. N.º 10174-2006-PA/TC

CORPORACIÓN TURÍSTICA PERUANA S.A.C.

54. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10010-2006-AA.html>

EXP. N.º 10010-2006-PA/TC

INTERNATIONAL CAPITAL CORPORATION S.A.

55. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06860-2006-AA.html>

EXP. N.º 6860-2006-PA/TC

INVERSIONES BULGARIA S.A.

56. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04325-2006-AA.html>

EXP. N.º 4325-2006-PA/TC

ROYAL GAMING S.A.C.

57. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06028-2006-AA.html>

EXP. N.º 6028-2006-PA/TC

GOLDEN GAMING S.A. Y OTROS

58. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00974-2007-AA.html>

EXP. N.º 0974-2007-PA/TC

INMOBILIARIA RAPID S.A.C.

59. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00381-2007-AA.html>

EXP. N.º 000381-2007-PA/TC

COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DE RESTAURANTES MACHINES S.A.C. Y OTROS

60. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10120-2006-AA.html>

EXP. N.º 10120-2006-PA/TC

INTERNATIONAL CAPITAL CORPORATION S.A.

61. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03288-2006-AA.html>

EXP. N.º 3288-2006-PA/TC

INVERSIONES TURÍSTICAS LAS VEGAS S.A.

62. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03307-2006-AA.html>

EXP. N.º 03307-2006-PA/TC

ROYAL GAMING S.A.C.

63. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09074-2006-AA.html>

EXP. N.º 9074-2006-PA/TC

INVERSIONES AMSTERDAM S.A. Y OTROS

64. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03680-2006-AA.html>

EXP. N.º 3680-2006-PA/TC

CONSORCIO DE JUEGOS RECREATIVOS SAC

65. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05665-2006-AA.html>

EXP. N.º 5665-2006-PA/TC

INVERSIONES TURÍSTICAS LAS VEGAS S.A.

66. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04821-2006-AA.html>

EXP. N.º 4821-2006-PA/TC

DAKOTA GAMING PERU S.A.C.

67. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03595-2006-AA.html>

EXP. N.º 3595-2006-PA/TC

G Y O PRODUCCIONES S.A.

68. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/02115-2006-AA.html>

EXP. 2115-2006-PA/TC

CORPORACIÓN TURÍSTICA PERUANA S.A.C.

69. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02781-2006-AA.html>

EXP. 2781-2006-PA/TC

DAKOTA GAMING PERU SAC

70. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01436-2006-AA.html>

EXP. N.º 1436-2006-PA/TC

INVERSIONES TURÍSTICAS LAS VEGAS S.A.

71. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02862-2005-AA%20Resolucion.htm>

EXP. N.º 2862-2005-AA/TC

ARULIB S.A.

72. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09165-2005-AA.html>

EXP. N.º 9165-2005-PA/TC

GRUPO MUSTAFA

73. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/05375-2005-AA.html>

EXP. N.º 5375-2005-PA/TC

INVERSIONES YENIVA S.A.C.

74. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04227-2005-AA.html>

EXP. N.º 4227-2005-PA/TC (PRECEDENTE VINCULANTE)

ROYAL GAMING S.A.C.

75. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03604-2005-AA.html>

EXP. N.º 3604-2005-PA/TC

RECREATIVOS DEL PACÍFICO S.A.

76. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02770-2004-AA.html>

EXP. N.º 2770-2004-AA/TC

INVERSIONES TURÍSTICAS 3H S.A.C.

77. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02776-2004-AA.html>

EXP. N.º 2776-2004-AA/TC

BINGOS MONTECARLO S.A.C.

FALLO:

En todos los casos el Tribunal falló declarando INFUNDADAS las demandas.

MOTIVO:

Por lo que al caso se refiere, es necesario precisar que el proceso de amparo no es la vía idónea para cuestionar en abstracto la constitucionalidad de una norma. Bajo dicha premisa, este Tribunal ha señalado, en la STC 2727-2002-AA/TC, que el principio de no confiscatoriedad tiene la estructura propia de lo que se denomina un 'concepto jurídico indeterminado'. Es decir, que su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo; de modo que, si la empresa recurrente alega que aún con las modificaciones establecidas, la supuesta confiscatoriedad del impuesto pervive en su caso, ha debido presentar documento probatorio alguno que acredite de manera fehaciente una afectación concreta y desproporcionada de su propiedad.

Por otra parte cabe recordar que este Colegiado no solamente ha confirmado la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley N.º 27153 con la expedición de la sentencia N.º 0009-2001-AI/TC, sino que también ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de las disposiciones contenidas en la Ley N.º 27796, que modifica la norma antes mencionada. Así por ejemplo, respecto al artículo 17º de la Ley N.º 27796, que modifica la base imponible del impuesto, el Tribunal Constitucional no solo confirmó dicha constitucionalidad, sino que instituyó un precedente vinculante. En efecto, en la STC N.º 4227-2005-AA/TC, dispuso lo siguiente: "En tal sentido, y de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal declara que la presente sentencia, que adquiere la autoridad de cosa juzgada, constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas".

78. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/07533-2006-AA.htm>

EXP. N.º 7533-2006-PA/TC

UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLAREAL

79. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08674-2006-AA.html>

EXP. N.º 8674-2006-PA/TC

UNIVERSIDAD AGRARIA LA MOLINA Y OTRO

80. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08391-2006-AA.html>

EXP. N.º 8391-2006-PA/TC

UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLAREAL

FALLO:

Las sentencias declararon IMPROCEDENTES las demandas de amparo

MOTIVO:

El objeto de la demanda de amparo es que se dejen sin efecto Resoluciones de Ejecución Coactiva, referidas al cobro de arbitrios, que juicio de la Universidad demandante, el sistema universitario tendría una doble protección, pues, por un lado, el artículo 87 de la Ley 23733 la exoneraría de todo tributo creado o por crearse y, por otro, la Constitución de 1993 la inafectaría de todo impuesto directo e indirecto.

De acuerdo a ello, los arbitrios pertenecen a una especie tributaria distinta de los impuestos, por lo que se advierte que no se encuentran incluidos dentro del supuesto de inafectación que prevé el artículo 19° de la Constitución Política a favor de las universidades; siendo así, este tributo resulta exigible a dichas entidades educativas. En consecuencia, del hecho que se exija el pago de esta tasa a la recurrente no se deriva vulneración alguna de sus derechos constitucionales, debiendo desestimarse este extremo de la demanda.

Los tributos que se consideran pasibles de inafectación en este caso son los impuestos. Los impuestos, según lo establecido por la Norma II del Código Tributario, son los tributos cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa a favor del contribuyente por parte del Estado. Esto último es su característica principal, como así lo refuerza la doctrina "(...) Una vez que se han visto los elementos que integran al impuesto, éste se puede definir como "la aportación coercitiva que los particulares hacen al sector público, sin especificación concreta de las contraprestaciones que deberán recibir". Es decir, los impuestos son recursos que los sujetos pasivos otorgan al sector público para financiar el gasto público; sin embargo, dentro de esta transferencia no se especifica que los recursos regresarán al sujeto en la forma de servicios públicos u otra forma. Esto es así porque los recursos obtenidos por el sector público sirven para muchos fines. (...) "[12]

Tanto el IGV como el IPM tienen la calidad de impuestos, por lo que estarían comprendidos dentro del supuesto de inafectación previsto por el artículo 19° de la Constitución Política, siempre y cuando dichos tributos pretendan gravar bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural, lo que, como se ha mencionado, debe ser analizado en cada caso en concreto. Para el caso de los aranceles se ha instaurado la posibilidad de un régimen especial de afectación. Así, conforme al 23° del Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción a la Inversión en Educación (norma posconstitucional), se ha establecido que las universidades estén inafectas del pago de derechos arancelarios correspondiente a la importación de bienes relacionados con el cumplimiento de sus fines. Por tanto, en materia arancelaria sólo podrían ser exigibles a las universidades aquellos aranceles que graven otro tipo de bienes que escapen a sus finalidades educativas.

81. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03974-2006-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.° 3974-2006-PA/TC

HILDA BELLIDO HURTADO

82. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00080-2006-AA.html>

EXP. N.° 0080-2006-PA/TC

LUIS ALBERTO CASTILLO GUERRERO

83. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07751-2006-AA%20Resolucion.html>
EXP. N.º 7751-2006-PA/TC
CLÍNICA JAVIER PRADO S.A.
84. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01602-2002-AA.html>
EXP. N.º 1602-2002-AA/TC
ASOCIACIÓN DE PROPIETARIOS DE INMUEBLES DE LA ZONA A (APIZA)
85. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01066-2001-AA.html>
EXP. N.º 1066-2001-AA/TC
TONNY GONZALES ADVÍNCULA
86. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00921-2002-AA.html>
EXP. N.º 921-2002-AA/TC
INVERSIONES COMERCIALES CAMENA Y OTROS
87. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01701-2002-AA.html>
EXP. N.º 1701-2002-AA/TC
ANÍBAL BASTIDAS PAREDES Y OTROS
88. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01903-2003-AA%20Resolucion.html>
EXP. N.º 1903-2003-AA/TC
ALMACENES SANTA CLARA S.A.
89. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01595-2002-AA.html>
EXP. N.º 1595-2002-AA/TC
INMOBILIARIA 28 DE JULIO S.R.L.
90. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01210-2002-AA.html>
EXP. N.º 1210-2002-AA/TC
ZENAIDA CABRERA CALDERÓN Y OTROS
91. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00911-2002-AA.html>
EXP. N.º 911-2002-AA/TC
NEGOCIACIONES CAPRICORNIO S.A. - NECASA
92. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01765-2003-AA.html>

EXP. N.º 1765-2003-AA/TC

MARÍA AMALIA BELLIDO VDA. DE RAFFO

93. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01415-2001-AA.html>

EXP. N.º 1415-2001-AA/TC

JOSÉ YAMAKAWA UNE Y OTROS

94. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00481-2004-AA%20Resolucion.html>

P. N.º 0481-2004-AA/TC

JHIM ALAÍN RODRÍGUEZ ARAGÓN

95. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00363-2004-AA.html>

EXP. N.º 363-2004-AA/TC

CONFECCIONES LANCASTER S.A.

96. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02354-2004-AA.html>

EXP. N.º 2354-2004-AA/TC

INMOBILIARIA FLAVIA S.A.C.

97. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00212-2004-AA.html>

EXP. N.º 0212-2004-AA/TC

CIPRIANO COSME CAMPOMANES MARTÍNEZ Y OTROS

98. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01852-2002-AA.html>

EXP. N.º 1852-2002-AA/TC

JAIME SALIM FARAH FARACH Y OTRA

99. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00798-2003-AA.html>

EXP. N.º 0798-2003-AA/TC

EDUARDO GUILLERMO GRAHAM ÁLVAREZ

100. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01189-2002-AA.html>

EXP. N.º 1189-2002-AA/TC

MÁXIMO GALVÁN CHÁVEZ Y OTROS

101. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00489-2003-AA.html>

EXP. N.º 489-2003-AA/TC

EMPRESA DE TRANSPORTES Y SERVICIOS DE JUNIO S.A. Y OTRAS

102. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00927-2003-AA.html>

EXP. N.º 927-2003-AA/TC

MERCIER & CO. S.A.

103. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00355-2002-AA.html>

EXP. N.º 355-2002-AA/TC

INMOBILIARIA AVG S.A.

104. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00429-2003-AA.html>

EXP. N.º 429-2003-AA/TC

MARITZA DELGADO ORLIC

105. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03243-2006-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 3243-2006-PA/TC

CINESETENTA PRODUCTORA PERUANA DE PELÍCULAS S.A.

106. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01208-2002-AA.html>

EXP. N.º 1208-2002-AA/TC

JUAN ESTEBAN AKIYAMA OISHI Y OTROS

FALLO:

Todas las sentencias Declaran Improcedentes los procesos de amparo en mención.

MOTIVOS:

Falta de Agotamiento de la vía administrativa.

Una nueva liquidación de arbitrios acorde a los criterios de precedente vinculante del tribunal

Si en diversa jurisprudencia, se ha sostenido que no es preciso agotar la vía administrativa tributaria cuando se impugna un acto practicado al amparo de una Ley tributaria incompatible con la Constitución, tal aseveración se ha hecho en virtud de una fuente legislativa de origen parlamentario, y no de una fuente de origen distinto, cuyas normas sobre la producción jurídica provienen, además de la Constitución, de otras fuentes con rango de ley, como sucede, en efecto, con la Ordenanza Municipal, pues, aun cuando esta tiene rango de ley, cuando verse sobre materia tributaria municipal, tiene en el Decreto Legislativo N°. 776 a una norma que regula el proceso de su producción jurídica, de manera que los tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal, tienen la competencia para evaluar su validez, esto es, que se haya elaborado conforme a los límites formales, materiales y competenciales que aquella prevé.

107. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01079-2000-AA.HTML>

EXP. N.º 1079-2000-AA/TC

NEGOCIOS ESPINOZA E.I.R.L.

108. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01021-2000-AA.HTML>

EXP. N.º 1021-2000-AA/TC

MONTECARLO S.R.LTDA.

109. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00800-2000-AA.HTML>

EXP. N.º 800-2000-AA/TC

DEL PRADO INVERSIONES S.A.

110. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00896-2000-AA.HTML>

EXP. N.º 896-2000-AA/TC

CORPORACIÓN DE INVERSIONES BARRANTES S.A.

111. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00954-2001-AA.html>

EXP. N.º 954-2001-AA/TC

FOCHUS S.R.LTDA.

112. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00912-2000-AA.HTML>

EXP. N.º 912-2000-AA/TC

INVERSIONES B&R S.R.LTDA.

113. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01104-2002-AA.HTML>

EXP. N.º 1104-2002-AA/TC

FERIA GAMES S.A.C. Y OTRAS

114. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2002-AA.HTML>

EXP. N.º 905-2002-AA/TC

PLAY KING S.A.

115. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01362-2000-AA.html>

EXP. N.º 1362-2000-AA/TC

VACLAU S.A.C.

116. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01162-2000-AA.html>

EXP. N.º 1162-2000-AA/TC

J.O.C. INTERAMERICANA S.A.

FALLO:

Declara que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto controvertido por haberse producido la sustracción de la materia respecto a la pretensión de no aplicación de los artículos 38°, 39° y Primera y Segunda Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153; e, integrando el fallo, declara Improcedente el cuestionamiento a las normas que se vayan dictando en el futuro.

MOTIVO:

Con relación al cuestionamiento de los artículos 38°, 39°, la Primera Disposición (plazo de adecuación) y la Segunda Disposición (plazo máximo) Transitorias de la Ley N.º 27153, debe resaltarse que este Tribunal ha declarado su inconstitucionalidad en la sentencia recaída en el Expediente N.º 009-2001-AI/TC; motivo por el cual resulta aplicable el artículo 6º, inciso 1), de la Ley N.º 23506.

A su vez, El artículo 37º de la Ley N.º 27153 referido a la determinación del sujeto pasivo del impuesto, es conforme al principio de legalidad en materia tributaria consagrado en el artículo 74º de la Constitución Política del Perú y en el inciso a) de la norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, al disponer como sujeto pasivo del impuesto al explotador de los juegos de casino o máquina tragamonedas.

Por último, en cuanto a que el Tribunal se pronuncie ahora respecto de cualquier norma que "se vaya dictando", ello constituye un imposible jurídico, pues no se puede cuestionar normas que se dicten en el futuro.

117. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04014-2005-AA.html>

EXP. N.º 4014-2005-AA/TC

INDUSTRIAS NETTALCO S.A.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

MOTIVO:

Si bien un impuesto puede no resultar inconstitucional, ello no desvirtúa la posibilidad de los efectos confiscatorios en el caso específico, o, incluso, que siendo el hecho gravado una expresión de capacidad económica en términos generales, el recurrente carezca de capacidad contributiva efectiva. Para verificar este supuesto y eximirse del deber de contribuir, resulta necesario que el demandante demuestre tales situaciones de manera fehaciente, siendo capaz de generar convicción en el juzgador respecto a lo que se alega; más aún, tomando en cuenta que en el proceso constitucional de amparo no existe etapa probatoria.

El recurrente no ha logrado demostrar cómo es que, en su caso, el Impuesto Extraordinario de Solidaridad (IES) resulta una carga insoportable y determina una afectación irrazonable a su derecho de propiedad; es decir, en autos no obran documentos o pruebas que demuestren su falta de capacidad contributiva, o, de suyo la confiscatoriedad material del tributo en su realidad. Por lo tanto, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos y principios constitucionales tributarios invocados la demanda debe ser.

118. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02727-2002-AA.html>

EXP. N.º 2727-2002-AA/TC

COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A.

119. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01907-2003-AA.html>

EXP. N.º 1907-2003-AA/TC

Wilfredo Navarro Pimentel

120. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01255-2003-AA%2002274-2003-AA%2003263-2003-AA%2000485-2003-AA.html>

EXPS. ACUMS N.º 1255-2003-AA/TC Y OTROS

VIUDA DE MARIÁTEGUI E HIJOS

FALLO:

Declarar INFUNDADA las demandas de amparo.

MOTIVO:

Dadas las características de la base imponible del IEAN y el carácter temporal con el que ha sido previsto, no contraría el contenido esencial del derecho de propiedad ni tampoco el principio constitucional de la no confiscatoriedad de los tributos, el que su tasa se haya previsto en el orden del 0.5% de la base imponible establecida por el artículo 4º de la Ley N.º 26777, que autoriza la deducción de las depreciaciones y amortizaciones admitidas por la ley del impuesto a la renta, y que, por lo demás, podrá utilizarse “como crédito sin derecho a devolución, contra los pagos a cuenta o de regularización del impuesto a la renta del ejercicio de 1998”, tal como lo establece el artículo 7º de la misma Ley N.º 26777.

El IEAN no resulta confiscatorio por tener una tasa diminuta, por su corto periodo de vigencia, por las amortizaciones permitidas y por la posibilidad de ser utilizado como crédito contra el impuesto a la renta, lo cual garantizaba que el contribuyente no se viera saturado con el peso del impuesto

El referido impuesto no absorbe una parte sustancial de la base imponible, y a que su porcentaje, establecido por la Ley N.º 26777, no es desproporcionado, pues no supone una confiscación estatal de la propiedad privada, ni amenaza con hacerlo en un lapso razonable, debe desestimarse la pretensión.

Tampoco se evidencia la aplicación retroactiva de la Ley N.º 26777, en vista de que, tal como se desprende del texto de la norma en cuestión, esta se aplicó a las situaciones existentes al momento de su entrada en vigencia, no desnaturalizando el principio constitucional reconocido en el artículo 103º de la Carta Magna que para la base de cálculo del impuesto se haya tomado como indicador una situación objetiva anterior, pues ese hecho es un acontecimiento independiente de los efectos que se producen a partir de la entrada en vigencia de la norma tributaria, lo que implica que tal situación enmarca la actividad del contribuyente en relación con la administración dentro de los límites constitucionales que revisten la seguridad jurídica.

121. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01520-2004-AA.html>

EXP. N.º 1520-2004-AA/TC

PETRO OIL .S.A.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo antes mencionada.

MOTIVOS:

El objeto de la demanda es que se declare inaplicable a la recurrente el artículo 10º de la Ley N.º 27332 y los artículos 2º y 6º del Decreto Supremo N.º 114-2001-PCM, del 19 de octubre de 2001, mediante los cuales se establece como aporte al OSINERG por regulación la tasa del 0.63% sobre la facturación mensual de la empresa, por ser confiscatoria, pues su pago absorbe el íntegro de su utilidad mensual y hace incurrir en pérdidas, además de vulnerar el principio de reserva de ley, por haber sido establecido mediante Decreto Supremo.

En un proceso como el amparo, que carece de etapa probatoria, es necesario que quien alega la confiscatoriedad la demuestre fehacientemente. Así, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que no constituyen medios probatorios válidos ni las declaraciones juradas ni los informes contables elaborados por la propia empresa, y que es necesario un peritaje independiente (Fundamentos N.º 21–28, STC 2302-2003-AA/TC); por consiguiente, la confiscatoriedad en este caso no ha sido demostrada por los documentos corrientes de fojas 5-7, 13 y 17-19. Tampoco se demuestra por sí sola y aisladamente mediante el dictamen de estados financieros elaborado por la Auditoría KPMG, correspondiente al año 2000, pues esta corresponde a un período fiscal en el que aún no le era exigible la contribución de dicha alícuota a la empresa recurrente.

122. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03791-2008-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 03791-2008-PA/TC

CARLOS SALEM CHAER

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda EN MENCIÓN.

MOTIVOS:

Para la procedencia del amparo contra normas legales se requiere que la norma cuestionada tenga naturaleza autoaplicativa, a su vez, una norma legal es tal cuando su “aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia resulta inmediata e incondicionada” (STC 4677-2004-AA/TC, FJ 4). En ese sentido para determinar la procedencia de la presente demanda se debe determinar si las Ordenanzas N.º 830 y N.º 887 tienen naturaleza autoaplicativa. Al respecto se advierte que en el caso no se aprecia que las ordenanzas antes mencionadas revistan este carácter, pues requieren aún de posteriores actos de determinación tributaria, para cada caso concreto, por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Por ejemplo tratándose en general de las municipalidades distritales las ordenanzas en materia tributaria requieren de un acto posterior para su validez, pues deben ser ratificadas por la municipalidad provincial de la circunscripción correspondiente, de acuerdo a lo señalado por este Colegiado (STC 053-2004-PI/TC) y de lo dispuesto en el artículo 40º de la Ley Orgánica de Municipalidades.

En ninguna de las disposiciones se precisa que la potestad de regulación tributaria incluye la determinación del órgano público competente para distribuir los montos que se recauden como consecuencia de la aplicación de los tributos creados, tal facultad se encuentra implícitamente incluida en la potestad de regulación tributaria, toda vez que una interpretación contraria supondría afirmar que no existe órgano titular de dicha facultad, quedando abierta la posibilidad de que cualquier órgano público se arrogue la función distributiva del tributo. En consecuencia, debe quedar claro que los poderes Legislativo y Ejecutivo están facultados para, vía ley o decreto legislativo, respectivamente, determinar la distribución del tributo o, en su caso, delegar dicha facultad en algún otro órgano público, que, desde luego, podría ser uno de los órganos de gobierno de las regiones. Claro está que, en el caso de los aranceles o tasas, tal facultad,

para determinar su distribución o para delegar tal potestad, queda reservada al Poder Ejecutivo, vía decreto supremo.

En buena cuenta, un gobierno regional sólo puede administrar un tributo y, consecuentemente, determinar su distribución, siempre que haya sido investido de tal facultad por el Congreso de la República, vía ley, o por el Poder Ejecutivo, vía decreto legislativo o decreto supremo, en este último caso, siempre que se trate de aranceles o tasas.

123. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00012-2003-AI.html>

EXP. N.º 0012-2003-AI/TC

GOBIERNO REGIONAL DE TACNA

124. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0029-2004-AI%2000002-2004-AI.html>

EXP. N.º 0029-2004-AI/TC

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

125. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.html>

EXPS. Nos 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

FALLO:

Declarar INFUNDADAS las demandas antes mencionadas.

MOTIVOS:

La pertenencia o no a un determinado régimen pensionario el factor que deba tenerse en cuenta para determinar si la cláusula de igualdad en materia de tributos ha sido afectada por la ley impugnada, sino, antes bien, si el principio de capacidad contributiva ha sido desconocido por el legislador al regular el tributo cuya inconstitucionalidad se reputa.

Existen factores relacionados con el principio de capacidad contributiva que permiten sostener que el derecho a la igualdad en la ley no ha sido vulnerado por la ley cuestionada. En efecto, por un lado, la contribución no pretende gravar todas las pensiones de aquellos beneficiarios del régimen del Decreto Ley N.º 20530, sino solo aquellas que anualmente excedan la suma de 14 UIT (S/. 44,800);

Sostiene que la “Contribución solidaria para la asistencia previsional” no resulta confiscatoria, pues a partir de un análisis cuantitativo que sirve como referencia se demuestra que ella es razonable.

Resulta evidente que en la ratio de la norma impugnada no tiene el propósito de quebrantar el derecho a la seguridad social, sino, por el contrario, generar al interior del sistema el compromiso de equidad y solidaridad que debe ser inherente a todo régimen previsional.

126. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.html>

EXP. N.º 06089-2006-PA/TC

EXPRESS CARS S.C.R.L.

127. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06626-2006-AA.html>

EXP. N.º 6626-2006-PA/TC

IMPORTADORA Y EXPORTADORA A.S. S.C.R.L.

FALLO:

Declarar INFUNDADAS las demandas antes mencionadas.

MOTIVOS:

La demandante pretende que se declaren inaplicables a su caso el pago de 5% por concepto de percepción del Impuesto General a las Ventas que generarán eventuales operaciones de compraventa de vehículos usados en el territorio nacional. Sustenta su demanda en que dichas normas vulneran los derechos a la igualdad ante la ley, a la libertad de comercio y de propiedad, por ser confiscatorias.

Conforme a lo expuesto, para el Tribunal Constitucional, el otorgamiento de distintos porcentajes aplicables al interior del Régimen de Percepciones (medio empleado) resulta una medida de intervención de una intensidad menor o menos gravosa en comparación con la aplicación al importador de autos usados de alguna de las medidas alternativas señaladas por la Sunat (medios hipotéticos), puesto que sería más bien allí, donde se verificaría el trato desigual y arbitrario. En conclusión para conseguir el fin constitucional esperado –incentivar y asegurar el pago oportuno del Impuesto General a las Ventas–, el régimen de pago a cuenta del IGV es una medida necesaria y preferible frente a otros medios más gravosos que afectarían las libertades económicas de la recurrente.

Conforme el fundamento 23 de la STC 0004-2004-AI/TC, independientemente de la constitucionalidad o no del Régimen, todo contribuyente tiene habilitados los medios legales correspondientes para cuestionar y, sobre todo, demostrar los efectos confiscatorios que podrían generarse en su caso.

128. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00042-2004-AI.html>

EXP. N.º 0042-2004-AI/TC

LUIS ALEJANDRO LOBATÓN DONAYRE Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad de autos; por tanto, el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal debe ser interpretada en el sentido que las calificaciones que realice el Instituto Nacional de Cultura tienen naturaleza declarativa –mas no constitutiva– para efectos de la exoneración al pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos. Es decir, que los espectáculos previstos, expresa y taxativamente, en dicha Ley están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, no por decisión y calificación del Instituto Nacional de Cultura, sino en virtud a que dicha Ley así lo prevé expresamente. De ahí que el Instituto Nacional de Cultura no pueda extender la calificación de cultural –por analogía o por vía interpretativa– a otros espectáculos que no sean los que están previstos *numerus clausus* en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal.

MOTIVOS:

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952, en cuanto establece que el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos grava el monto que se abona por concepto de ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura.

La “calificación” como “culturales” de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, por parte del Instituto Nacional de Cultura es declarativa, para efectos de la exoneración tributaria y, por lo tanto, al margen de la calificación del Instituto Nacional de Cultura, dichas actividades pueden ser beneficiadas con la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

Es decir, que el Instituto Nacional de Cultura está en la obligación de realizar la calificación – por mandato legal–, pero esto no significa que ésta tenga naturaleza constitutiva, sino declarativa, para efectos de la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos; por lo que las calificaciones que realice dicho ente administrativo, sobre un determinado evento, no son vinculantes desde una perspectiva tributario-constitucional. Por ello, no conllevan, por sí mismas, a la exoneración del pago del impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

En consecuencia, de lo expuesto se desprende que los espectáculos taurinos no han sido considerados por el Legislador como manifestaciones “culturales” que deben ser “promovidas” por el Estado, de ahí que hayan sido incluidas dentro de las actividades que deben pagar el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos (artículo 57° de la Ley de Tributación Municipal).

129. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06403-2006-AA.htm>

EXP. N.° 06403-2006-PA/TC

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONÍA PERUANA

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

MOTIVO:

Los arbitrios son una subespecie de las tasas, siendo aquellas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público. La misma calificación se adopta en el artículo 69° del Decreto Legislativo 776 –Ley de Tributación Municipal–, el cual dispone que “[l]as tasas por servicios públicos o arbitrios, se calcularán dentro del último trimestre de cada ejercicio fiscal anterior al de su aplicación, en función del costo efectivo del servicio a prestar”.

De acuerdo a ello los arbitrios pertenecen a una especie tributaria distinta de los impuestos, por lo que no se encuentran incluidos dentro del supuesto de inafectación que prevé el artículo 19° de la Constitución Política a favor de las universidades; siendo así este tributo resulta exigible a dichas entidades educativas, toda vez que tal exigencia (pago de arbitrios) está facultada constitucionalmente (artículo 74 de la constitución de 1993) a los gobiernos regionales y locales. En consecuencia, del hecho en el cual se exija el cumplimiento de un deber constitucional mediante el pago de un tributo por parte de la recurrente no se deriva vulneración alguna de sus derechos constitucionales, debiendo por tanto desestimarse la demanda.

130. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00015-2005-AI.html>

ExP. 00015-2005-AI

Municipalidad Metropolitana de Lima, representada por su alcalde, Óscar Luis Castañeda Lossio

FALLO:

Declarar INFUNDADA las demanda de inconstitucionalidad de autos.

MOTIVO:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Metropolitana de Lima, representada por su alcalde, Óscar Luis Castañeda Lossio, contra el artículo 1° de la Ley N.º 28165, que modifica el inciso e) del numeral 16.1 del artículo 16°; el numeral 23.3 del artículo 23° y el numeral 28.1 del artículo 28° de la Ley N.º 26979, de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

En el expediente N° 0012-1996-I/TC, se precisa el carácter restringido del concepto de autonomía de los órganos creados por la Constitución, estableciendo que *"(...) la autonomía es la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no solo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a este". En ese sentido, debe entenderse que dicha autonomía debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal*".

Asimismo, en la STC 510-2004-AA/TC, fundamento 2, se señala que: *"(...) En la sentencia recaída en el Exp. 007-2002-AI/TC, este Tribunal ha precisado que la Constitución garantiza la autonomía municipal, en sus ámbitos político, económico y administrativo, en los asuntos de su competencia, por lo que un ejercicio enmarcado en tal premisa no puede vulnerar ni amenazar, per se, derechos constitucionales, salvo que dicho ejercicio se efectúe al margen del ordenamiento jurídico, y lesione derechos de los administrados u otros entes estatales o privados"*.

131. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/01027-2000-AA.html>

EXP. N.º 1027-2000-AA/TC

ALGODONERA BUENAVISTA S.A.

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la acción de amparo

MOTIVO:

Se constata la falta de agotamiento de la vía administrativa, pues el administrado pudo impugnar las órdenes de pago giradas en su contra, sin que fuera necesario pagar para reclamar, por lo que no existió restricción del derecho a la tutela jurisdiccional en sede administrativa.

132. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03224-2003-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 3224-2003-AA/TC
SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

133. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03293-2003-AA%20Resolucion.htm>

EXP. N.º 3293-2003-AA/TC

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DE LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

134. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2003-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 0015-2003-AA/TC

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

135. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00878-2003-AA.html>

EXP. N.º 0878-2003-AA/TC

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

136. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02156-2002-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 2156-2002-AA/TC

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda en cuanto a la pretensión de declarar inaplicable el artículo 154° del Texto Único Ordenado del Código Tributario. En el extremo cuya pretensión es que se ordene al Tribunal Fiscal la admisión a trámite de una futura demanda contencioso-administrativa, carece de objeto pronunciarse, por haberse producido la sustracción de la materia.

MOTIVO:

La facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución no puede realizarse en forma abstracta en procesos como el Amparo, sino como resultado de la dilucidación de una situación concreta de hechos controvertibles en los cuales se haya aplicado la norma acusada de inconstitucionalidad, circunstancia que no se aprecia en el caso de autos, siendo la acción de inconstitucionalidad, establecida en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución Política, el mecanismo previsto para hacer efectivo el pretendido control abstracto de constitucionalidad. Al haber sido derogada la norma que disponía que la Administración Tributaria presente su demanda contenciosa administrativa ante el Tribunal Fiscal, se ha sustraído la materia respecto de esta pretensión.

137. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00611-2009-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 00611-2009-PA/TC

PRODUCTOS PARAÍSO DEL PERÚ S.A.C.

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

MOTIVO:

En el presente caso, el acto presuntamente lesivo está constituido por actos administrativos que pueden ser cuestionados a través del proceso contencioso-administrativo establecido en la Ley N° 27854, sede a la que debe acudir el accionante. Dicho proceso constituye “vía procedimental específica” para la remoción del presunto acto lesivo a los derechos constitucionales invocados en la demanda resultando también la vía “igualmente satisfactoria” respecto al “mecanismo extraordinario” del amparo (Exp. N.° 4196-2004-AA/TC, fundamento 6). En consecuencia, la controversia planteada en la demanda debe ser dilucidada a través del proceso contencioso-administrativo y no a través del proceso de amparo.

138. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03163-2006-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.° 3163-2006-PA/TC

CONSORCIO DISTRIBUIDORA S.A.C. y OTROS

139. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01659-2007-AA.htm>

EXPEDIENTE N.° 1659-2007-PA/TC

RICE COMPANY S.A.C.

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

MOTIVO:

Del análisis de la demanda como del recurso de agravio constitucional, se advierte que los demandantes pretenden que se declare inaplicable a su caso la norma materia de impugnación, mediante el control difuso de normas, pues, a juicio de los recurrentes, la supuesta afectación a sus derechos fundamentales se ha producido con la dación de la Ley 28575, al derogarse los incentivos o exoneraciones tributarias a su favor. Señalan, además, que “las empresas comerciales vecinas ubicadas por donde pasa la carretera F. Belaunde tanto de las ciudades de Bagua (Amazonas), Pucallpa y Yurimaguas (Loreto) están ingresando sus mercaderías a la región porque ellos sí tienen reintegro tributario con la fiscalidad privilegiada, cubriendo el vacío dejado por nosotros, los comerciantes de la región San Martín; y por lo tanto, ahora nos están haciendo la competencia desleal promovida por el propio Estado”. Mediante un proceso de amparo, no puede cuestionarse en abstracto la decisión del Legislativo de poner fin a un régimen de beneficios tributarios, puesto que, en dicha decisión, concurren cuestiones técnicas y de oportunidad que no son materia de un amparo.

Los beneficios tributarios no constituyen en puridad derechos constitucionales para el beneficiado, pues en realidad se trata de regímenes tributarios especiales, cuyo estatus jurídico distinto determina que su violación o amenaza de violación deba encontrar tutela a través de la jurisdicción ordinaria, y no en sede constitucional. (vid. SSTC 3143-2006-AA/TC, 0325-2003-AA/TC, 415-2002-AA/TC, 499-2002-AA/TC). Siendo así, las supuestas afectaciones patrimoniales alegadas por los recurrentes como consecuencia de la eliminación de un beneficio tributario, no son materia atendible en la vía del amparo.

140. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00547-2001-AA.html>

EXP. N.° 547-2001-AA/TC

GANADERA SCHILCAYO S.A.

FALLO:

Declaró IMPROCEDENTE la acción de amparo

MOTIVO:

La demandante solicita que la emplazada restituya lo indebidamente pagado. El Tribunal Constitucional considera que el amparo no es la vía idónea mediante la cual se pueda dilucidar una pretensión de esta naturaleza, pues su objeto es proteger derechos constitucionales y no satisfacer pretensiones de índole patrimonial, como se pretende en el presente caso.

141. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/08134-2006-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 08134-2006-PA/TC

CONSORCIO SANTO DOMINGO S.A.

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo.

MOTIVO:

En cumplimiento de la STC 0053-2004-PI/TC, con fecha 2 de octubre de 2005 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ordenanza Municipal N.º 830, la misma que es aplicable a los arbitrios municipales correspondientes a los periodos 2001-2005 y cuyo artículo 10 deja sin efecto las resoluciones de determinación y otras liquidaciones emitidas por concepto de arbitrios y, en consecuencia, ordena la suspensión de los procedimientos de cobranza coactiva que se hubieran iniciado, así como el levantamiento de las medidas cautelares dictadas. En virtud de ello, se deberá realizar el recálculo respectivo y emitirse nuevos valores.

De acuerdo con ello el cobro de arbitrios por el periodo 2001-2004 (materia de impugnación) deberá realizarse en aplicación de los criterios establecidos por este Tribunal en la STC 0053-2004-AI/TC y de la Ordenanza N.º 830. Por otro lado, los arbitrios generados en periodos anteriores (entre ellos, los referidos a los periodos 1999 y 2000, materia de impugnación) no podrán ser objeto de cobranza por haber prescrito. Por tanto, con respecto a este extremo de la pretensión, se evidencia que también ha cesado la agresión de derechos que invocaban los recurrentes.

En vista de que la deuda por concepto del pago de arbitrios cuestionada en la presente demanda ha quedado extinguida, se ha producido el cese de la supuesta amenaza o violación de los derechos constitucionales invocados por la recurrente, conforme a los términos del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Lo dispuesto en la presente resolución no inhabilita la posibilidad del recurrente de hacer uso de los recursos administrativos y, luego, judiciales a que hubiera lugar en caso considere que aun con la nueva liquidación de arbitrios en los casos en los que sea procedente, se sigan afectando sus derechos, conforme se expresa en el punto 3 del fallo de la STC 0053-2004-PI/TC.

142. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01266-2001-AA.html>

EXP. N.º 1266-2001-AA/TC

P.J. BINGOS S.A.

FALLO:

Declaró IMPROCEDENTE la acción de amparo.

MOTIVO:

El Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial según la cual, en materia tributaria, tratándose de la inconstitucionalidad de una norma legal –a cuyo amparo se realizó el acto reclamado–, no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. Y es que, en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma infralegal, es decir, de un nivel jerárquico inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos.

143. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02472-2007-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 02472-2007-PA/TC

COMPAÑÍA MINERA CASAPALCA S.A.

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

MOTIVO:

En la sentencia del Expediente 0048-2004-AI/TC se dieron consideraciones en lo relativo al cuestionamiento del aspecto formal de la ley, desarrollado en los fundamentos 39 al 47 de la sentencia precitada, en donde se estableció que los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante leyes especiales y no mediante una ley orgánica. Se explicó además que la regalía era una *“contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten.”* Con ello se diferencia a la regalía minera del derecho de vigencia, el canon e inclusive del tributo (fundamentos 48 a 56). De otro lado se estableció que con la Ley de Regalías no se afecta el derecho de igualdad debido a que la actividad propia de la minería permite hacer una diferenciación sobre bases objetivas (fundamentos 57 a 75). Respecto la relación entre la regalía minera y el derecho a la propiedad, quedó explicitado que aquella se encuadra dentro de la función social de la propiedad, en donde es justificable la exigencia de deberes y obligaciones a las empresas que reciben una concesión minera (fundamentos 76 a 38). Acerca de la supuesta vulneración del principio de no confiscatoriedad, se aprecia de autos que ésta fue tan sola enunciada en la demanda, sin acompañar medio probatorio alguno que sustente ello. Y es que tal como lo ha establecido este Colegiado en la sentencia del Expediente 02302-2003-AA/TC, para acreditar la confiscatoriedad es necesario probar la afectación real al patrimonio empresarial de la persona jurídica.

Por último, en lo relativo a la libertad contractual, quedó afirmado en la sentencia 0048-2004-AI/TC que al estar frente a actos adscritos al derecho público, como son las concesiones mineras, no existe un régimen jurídico inmutable, pudiendo operar el ius imperium cuando así lo justifique el interés público (fundamentos 94 a 111).

144. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00339-2000-AA.html>

EXP. N.º 339-2000-AA/TC

PROMOTORA E INVERSIONES PALACE S.A.

FALLO:

Declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido por haberse producido la sustracción de la materia

MOTIVO:

En los procesos de amparo, la facultad de este Tribunal de no aplicar una norma por ser incompatible con la Constitución Política del Perú, no puede realizarse en forma abstracta, sino como resultado de la existencia de hechos concretos; y en el caso de autos, ello no se ha producido, por no haberse identificado ningún acto contra el que se dirija la demanda y que, supuestamente, amenace con violar los derechos constitucionales de la demandante.

La Ley N° 27153, Ley que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, en su Cuarta Disposición Complementaria y Final modificó el literal c) del artículo 50° del Decreto Legislativo N.° 821, Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, recogido en el Decreto Supremo N.° 055-99-EF, Texto Único Ordenado de la mencionada Ley, eliminándose toda referencia a la aplicación del Impuesto Selectivo al Consumo a casinos de juego, máquinas tragamonedas y otros aparatos electrónicos; en consecuencia, la pretensión reclamada se ha sustraído del ámbito jurisdiccional.

145. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01319-2001-AA.html>

EXP. N.° 1319-2001-AA/TC

INDUSTRIAL MARACAIBO S.R.L.

FALLO:

IMPROCEDENTE la demanda en el extremo que impugna órdenes de pago, e INFUNDADA en lo demás que contiene

MOTIVO:

La demanda se interpone contra la amenaza de aplicación del IPM e ISC. Sin embargo, desde la interposición de la demanda hasta la fecha de expedición de la presente sentencia, la parte actora no ha acreditado la inminencia de la aplicación de estos impuestos por los periodos siguientes, por lo que no se cumple uno de los presupuestos que exige el artículo 4° de la Ley N° 25398, complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, para que se acoja esta pretensión.

De otro lado, con relación al argumento de la demandante según el cual se habría violado el derecho de igualdad, pues el beneficio de la exoneración tributaria se aplica a aquellas empresas ubicadas en zona de frontera que sí celebraron con el Estado convenios de estabilidad tributarias vigentes hasta el 31 de diciembre del año 2000, y no con ella, que no celebró dicho convenio, el Tribunal Constitucional considera que también debe desestimarse, toda vez que lo que prohíbe dicho principio constitucional es que, encontrándose en situaciones análogas, se reciba un tratamiento diferenciado, sin base objetiva ni razonable.

En el presente caso, entre la demandante y las empresas que sí suscribieron convenios de estabilidad tributaria, no existe una situación semejante, precisamente por el hecho de que, como afirma la misma recurrente, ella no suscribió un convenio de estabilidad tributaria.

El Tribunal Constitucional no considera, que el Estado haya actuado arbitrariamente con la recurrente si, ahora, se analizan las razones por las cuales ésta no pudo suscribir con aquél un convenio de estabilidad tributaria. En efecto, la demandante fue constituida por escritura pública del 1 de julio de 1992 (ver a fojas 124 vuelta), esto es, más de un año y medio de que entró en vigencia el Decreto Supremo N.° 284-90-EF, que suspendió la suscripción de los referidos convenios de estabilidad tributaria. Debe desestimarse también el extremo de la pretensión en virtud del cual se solicita que se disponga la devolución del monto que haya pagado por el IPM e ISC.

146. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06105-2009-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 06105-2009-PA/TC

ANACONDA RESTAURANT & DISCO ENTERTAINMENT COMPANY E.I.R.L.

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

MOTIVO:

El Tribunal Constitucional ha establecido que el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionar mediante el amparo leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que, a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales, se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley.

Una interpretación sistemática de los alcances de la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 200º, inciso 2) de la Constitución, debe entenderse en el sentido de que no cabe, efectivamente, que mediante una demanda de amparo se cuestione una ley cuando el propósito de ésta sea cuestionar su validez en abstracto, habida cuenta de que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de inconstitucionalidad o el popular, cuyo objeto precisamente es preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado.

Se debe distinguir entre lo que es propiamente un supuesto de amparo contra leyes, de lo que es, en rigor, un supuesto de amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley.

La procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma operativa o denominada también de eficacia inmediata, esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia.

Siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo sí podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2) del artículo 200º de la Constitución Política del Estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino además porque, tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de su pretensión.

En el caso concreto, el artículo 2º de la cuestionada Ordenanza Municipal N.º 018-2008-MDM se limita a definir lo que se entiende por conciertos de música en general y otros espectáculos públicos, mientras que su artículo 5º establece las sanciones a aplicar a quienes incurran en las infracciones allí dispuestas.

Se advierte que las cuestionadas disposiciones no revisten la característica de autoaplicativas –pues requieren de un acto concreto de aplicación para impugnar su validez– y, en consecuencia, se encuentran dentro del supuesto de improcedencia previsto en el artículo 200.2º de la Constitución, toda vez que se cuestiona en abstracto su validez constitucional, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.

147. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00681-2004-AA.html>

Exp. N.º 0681-2004-AA/TC

P.J. inversiones s.a.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la acción de amparo.

MOTIVO:

En el caso de autos, es el primer presupuesto del control difuso el que no se cumple. En efecto, no existe en el expediente acto de aplicación del referido artículo 19° de la Ley 27153. Por tanto, conforme este Tribunal lo ha señalado en reiterada jurisprudencia, en el amparo no cabe impugnar en abstracto la validez de una norma jurídica, sino solo cuando se ha concretado un acto de aplicación de la misma.

Por último, en la sentencia N.° 0009-2001-AI/TC, recaída en la acción de inconstitucional interpuesta contra la Ley N.° 27153 y sus normas reglamentarias, este Tribunal sostuvo que no era inconstitucional, entre otros dispositivos de la mencionada ley, el artículo 19, cuestionado en el presente caso.

148. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06760-2006-AA.html>

EXP. N.° 6760-2006-PA/TC

INVERSIONES TURÍSTICAS LAS VEGAS S.A.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda.

MOTIVO:

Mediante STC 04227-2005-AA/TC, publicada con fecha 15 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional estableció precedente vinculante en aplicación de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos: *“En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.° 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.° 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.”*

Por consiguiente, siendo que la pretensión está vinculada directamente a lo dispuesto en el precedente establecido en la STC 04227-2005-AA/TC, la demanda debe ser desestimada.

149. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06787-2006-AA.html>

EXP. N.° 6787-2006-PA/TC

GESTIONES Y RECUPERACIONES DE ACTIVOS S.A.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

MOTIVO:

El Estado buscó reemplazar el vacío fiscal que significó la declaración de inconstitucionalidad del IMR e implementó el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN), el mismo que sería exigible a partir del ejercicio fiscal correspondiente al año 1997. Considerando que la naturaleza de este impuesto ya no gravaba la renta de los contribuyentes, sino el patrimonio, este Colegiado no aplicó los criterios usados en el caso del IMR. Así, en la sentencia recaída en el expediente N.º 2727-2002-AA/TC, establece claramente que no resulta inconstitucional el hecho de que un impuesto grave el patrimonio, siempre y cuando se utilice mecanismos congruentes para tal fin.

Es decir, la libertad que tiene el legislador para imponer cargas tributarias solo va a limitarse por lo establecido en el artículo 74º de la Constitución, lo que conlleva al uso de fórmulas razonables y proporcionales a los objetivos que se pretende conseguir. En el caso del IEAN, la fórmula empleada es gravar el patrimonio para obtener ingresos relacionados (y en proporción) a la manifestación de riqueza que puede derivarse de la propiedad. En relación al principio de no confiscatoriedad señaló *“(…) Ciertamente, el principio de no confiscatoriedad no resulta afectado, como se ha expuesto en la demanda, si el legislador tributario decide que se imponga con cargas fiscales a la propiedad. La Constitución no ha constitucionalizado ningún impuesto, ni tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales.”*

En consecuencia, el Estado, a través de sus órganos constitucionales competentes, es libre de crear la clase de impuestos que considere atendible, sin más límites que los que emanen del propio texto constitucional y, fundamentalmente, del conjunto de principios constitucionales tributarios establecidos en su artículo 74º. De manera que dentro del amplio margen de libertad para establecer aquello que ha de ser gravado, y que al legislador corresponde adoptar, también puede gravarse a la propiedad. (...) El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, no es determinar si un impuesto puede gravar, o no, la propiedad, sino establecer qué monto puede resultar contrario a la prohibición de confiscatoriedad. Y en ello, por cierto, no son pertinentes consideraciones tales como que el contribuyente haya tenido ganancias, pérdidas o simplemente mantuvo su capital o activo fijo, que son exigibles –y este Tribunal en su momento lo destacó– para impuestos destinados a gravar utilidades, ganancias o rentas, como se expuso en la STC N.º 0646-1996-AA/TC.(...)”(STC N.º 2727-2002-AA/TC)

De la reseña presentada anteriormente, es necesario resaltar que la exigencia de pago de tributos no puede calificarse, prima facie, como vulneratoria de derechos fundamentales, considerando que la potestad tributaria es una facultad constitucionalmente otorgada que responde a la característica social del modelo económico consagrado en la Carta Magna. Sin embargo, para que ello sea así, esta potestad tributaria debe ser ejercida- como ya se explicó- dentro de ciertos límites, consagrados en el artículo 74º de la Constitución.

Mediante Ley 28424 se creó el ITAN, como tributo aplicable a los generadores de renta de tercera categoría sujetos al régimen general del impuesto a la renta calculados al 31 de diciembre del año anterior y surgiendo la obligación al 1 de enero de cada ejercicio. Debe resaltarse que el ITAN no es aplicable a todas las rentas empresariales ya que contempla una serie de exoneraciones en su artículo 3º. La base imponible de este impuesto está constituida por el valor de los activos netos consignados en el balance general de cada empresa deducidas las depreciaciones y amortizaciones admitidas por el Impuesto a la Renta las que se han diseñado en función de situaciones especiales. De acuerdo a su naturaleza impositiva se contemplan una serie de deducciones de la base imponible.

Desde esta óptica es válido hacer referencia a que los impuestos al patrimonio son los ingresos que obtiene el fisco al gravar el valor de los bienes y derechos que constituyen la propiedad, así como su transferencia. En este orden de ideas, comprende conceptos recogidos por nuestra legislación tributaria como el Impuesto Predial, el Impuesto de Alcabala, Impuesto Vehicular, etc. Por su propia naturaleza, este impuesto comparte la característica de patrimonial, por cuanto toma como manifestación de capacidad contributiva los activos netos, es decir, la propiedad. En el caso del ITAN, es un impuesto independiente que efectivamente

grava activos netos como manifestación de capacidad contributiva no directamente relacionado con la renta. Es decir, es la incongruencia de un medio impositivo (activos netos) con los fines que persigue el legislador tributario (renta) lo que hizo a los citados tributos inconstitucionales.

150. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07289-2005-AA.html>

EXP. 7289-2005-PA/TC

PRINCETON DOVER CORPORATION SUCURSAL LIMA-PERÚ

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda.

MOTIVO:

El derecho al juez predeterminado por la ley no se titulariza en el seno de un procedimiento administrativo, puesto que, en una sociedad democrática y libre, la garantía que ofrece el Estado Constitucional de Derecho a los individuos es que los conflictos que estos puedan tener con el Estado se resuelvan ante tribunales de justicia, rodeados de las garantías de independencia e imparcialidad, y no ante tribunales administrativos, que son órganos que conforman la Administración Pública. Por ello, hemos afirmado que cuando la legislación procesal establece que antes de promoverse una acción judicial contra el Estado es preciso que el individuo agote la vía administrativa, con ello no se está queriendo significar que el derecho del administrado es que esta clase de controversias sean resueltas ante el mismo órgano al cual se imputa la lesión de un derecho o interés subjetivo, o ante un tribunal administrativo que orgánicamente pertenece a la Administración Pública, sino como un medio que le permite evitar la iniciación de un proceso judicial si es que sus diferencias pueden solucionarse en la misma sede administrativa, al tiempo que al Estado enmendar el posible incumplimiento de su deber especial de protección para con los derechos.

En ocasiones se ha alegado la violación de este derecho a consecuencia de que un acto administrativo haya sido expedido por un órgano o tribunal administrativo incompetente para dictarlo. De hecho, una hipótesis de esa naturaleza constituye un vicio del administrativo que puede (o debería) terminar con una sanción de invalidez. Pero se trata de un vicio de la actuación administrativa que no incide en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, pues no existe, a título de derecho fundamental, un derecho al "tribunal administrativo competente". Según la STC 1036-2001-AA/TC, la existencia de un acto administrativo viciado de incompetencia no es competencia, *ratione materiae*, de un proceso como el amparo, destinado a la protección de los derechos fundamentales, en la medida en que tal incompetencia es un simple supuesto de ilegalidad del acto administrativo y, como tal, resoluble en el seno del contencioso-administrativo.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional considera que, en vista de que el Tribunal Fiscal cambió un precedente anterior, tras la adopción de un acuerdo de su Sala Plena, y que esta tiene vocación de continuidad en el futuro, además de encontrarse expuestas en la resolución que se cuestiona las razones por las cuales era preciso que no se resolviera el procedimiento contencioso-tributario en el caso de la recurrente; dicho órgano no ha actuado arbitrariamente de modo que pueda reputársele la lesión del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

151. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

EXP. N.º 01405-2010-PA/TC

CORPORACIÓN REY S.A.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de autos.

MOTIVO:

Reiterada y constante jurisprudencia se ha establecido sobre el amparo contra normas. Así, si bien en principio no es procedente el amparo contra normas heteroaplicativas, sí procede contra normas autoaplicativas, es decir, contra aquellas normas creadoras de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. En efecto, del fundamento 10 de la STC 03283-2003-AA/TC se infiere que cuando las normas dispongan restricciones y sanciones sobre aquellos administrados que incumplan en abstracto sus disposiciones, queda claro que por sus alcances se trata de una norma de carácter autoaplicativo que desde su entrada en vigencia generará una serie de efectos jurídicos que pueden amenazar o violar derechos fundamentales.

Sobre la incidencia directa de la norma como requisito para que se constituya en una de carácter autoaplicativo, debe precisarse que en materia tributaria la regla es que quien estaba obligado al pago de un tributo encontraba en dichas normas afectación directa al mandato constitucional, por lo que se entendía que la norma era autoaplicativa. Sin embargo toda regla tiene excepciones, ya que, aunque efectivamente en el caso concreto la demandante no tiene la calidad de sujeto pasivo de la norma en sí, existe una incidencia en "forma directa" del contenido y efectos de la norma de manera inmediata, puesto que al rebajar los aranceles del 12 al 0% a los importadores de los mismos productos que elabora y al rebajar el arancel al 9% de sus insumos de producción, no cabe duda que existirá una consecuencia en su proceso productivo, estructura de costos, competencia, etc.

En consecuencia, el Decreto Supremo N° 158-2007-EF desde su entrada en vigencia ha tenido efectos de forma inmediata en el comercio e industria de los cierres y sus insumos al modificar el arancel a la importación del cemento de 12% a 0%, además que para la aplicación de la nueva tasa de derechos arancelarios ad valorem CIF (arancel 0%) no se necesitará de otra norma que la reglamente o disponga sus alcances.

Teniendo presente lo señalado, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007-EF no limita ni restringe alguno de los cuatro tipos de libertades que forman parte del contenido del derecho a la libertad de empresa y que fueron precisados en la sentencia recaída en el Exp. N° 03330-2004-AA/TC, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, el artículo cuestionado no limita ni restringe la libertad de creación de empresa a que tiene derecho la demandante, pues ésta ya es una empresa constituida (sociedad anónima) y vigente, que tiene por objeto social la producción y comercialización de cierres para la confección.

Asimismo, porque el artículo cuestionado tampoco le prohíbe a la demandante iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, bien mediante la creación de una nueva empresa, o bien mediante la adquisición de una empresa ya existente, ni le excluye algún sector económico para el desarrollo de una iniciativa empresarial.

b) En segundo lugar, el artículo cuestionado no afecta el libre desarrollo de la actividad empresarial de la demandante, pues su contenido normativo no cambia sus objetivos y fines económicos ni modifica o suplanta su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, toda vez que no le impone qué tipo de cierres, o la cantidad que debe fabricar, o los días en que debe hacerlo.

c) En tercer lugar, el artículo cuestionado no limita ni falsea la libre competencia para fabricar cierres. Esto será desarrollado en el fundamento 20 de la presente sentencia.

d) Finalmente, el artículo cuestionado tampoco prohíbe o impide que la sociedad demandante pueda cesar libremente sus actividades económicas en el momento que estime conveniente o salir del mercado. Es decir, que el artículo cuestionado no impone ningún deber que obligue a la demandante a continuar indefinidamente realizando su actividad económica.

En relación a lo expresado sobre el contenido de este derecho, la norma cuestionada no establece una prohibición a las empresas fabricantes de cierres para la confección, para que sigan desarrollando su actividad empresarial, ni las expulsa del mercado en el que se desarrollan. De igual manera, no prevé la prohibición de que nuevos agentes económicos puedan acceder al mercado de la fabricación, ni establece condiciones subjetivas de admisión al mercado de la fabricación de cierres que sean irrazonables o desproporcionadas, razón por la cual no puede considerarse afectada la libre competencia en su aspecto esencial de libertad de acceso al mercado.

Por otro lado, el artículo cuestionado no limita la libertad de inversión de las empresas que se dedican a la fabricación de cierres, pues no les impone la obligación de invertir por una parte ni la prohibición por otra. En igual sentido, debe tenerse presente que la norma no elimina ni controla la libertad de formación de los precios en el mercado de los cierres, razón por la cual tampoco puede considerarse afectada la libre competencia.

En cuanto al sentido normativo del artículo bajo análisis no produce que el mercado libre, competitivo y transparente de fabricación de cierres se vea limitado, restringido o falseado, toda vez que no incide directa o indirectamente en la libertad de acción y elección de los consumidores ni elimina la oferta y la demanda del mercado de cierres. En consecuencia, también debe desecharse la imputación de violación de los alcances del artículo 61° de la Constitución.

152. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00011-2001-AI.html>

EXP. N.° 011-2001-AI/TC

MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

FALLO:

Declarando INFUNDADA la acción de inconstitucionalidad presentada.

MOTIVO:

Si bien los gobiernos locales son competentes para crear, modificar o suprimir tasas y licencias, deben de hacerlo con arreglo a ley; esto es, que el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo, en el caso de facultades delegadas, están en la obligación de dictar una ley marco en materia tributaria que regule la base impositiva, montos que se deban pagar en cada caso, los servicios por los cuales se puede cobrar tasas, etc. Por ello, los mecanismos normativos idóneos son los antes señalados, los cuales regulan situaciones o hechos de alcance general, lo que no ocurre en el caso de las ordenanzas, porque estas están circunscritas a la jurisdicción territorial de cada una de las municipalidades, sea provincial o distrital, según corresponda. En el sentido del artículo 74° de la Constitución, pues, conforme a dicha norma, los gobiernos locales pueden ejercer la potestad tributaria que la Constitución les reconoce, dentro de "los límites señalados por la ley".

Por ello, la reserva establecida por la Constitución en materia tributaria es de ley ordinaria y no de ley orgánica, más aún cuando, a tenor del artículo 106° de la misma norma, si bien las leyes orgánicas regulan la "estructura y funcionamiento" de las entidades estatales previstas en la Carta Fundamental, el cobro de tributos no necesariamente constituye una función de las municipalidades, aun cuando los recursos que se captan por dicha vía sean necesarios para el funcionamiento de los gobiernos locales.

El ahora artículo 68° del Decreto Legislativo N.° 776 debe entenderse según el segundo criterio planteado, pues, como se ha visto, los artículos 74° y 195° inciso 4) de la Constitución disponen que los gobiernos locales pueden crear tasas con los límites establecidos en la ley, por lo que la lista de tasas enumerada en el artículo 68°, modificado por la Ley N.° 27180, debe ser considerada de manera enunciativa y no limitativa, más aún cuando el inciso e) del mismo artículo –también modificado por la ley impugnada–, permite el pago de tasas distintas a las detalladas en el referido artículo cuando se realicen labores de fiscalización o control extraordinario.

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que la pretensión relativa a la inconstitucionalidad formal, debe ser desestimada.

153 URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03769-2010-AA.html>

EXP. N.° 03769-2010-PA/TC

CENTRAL AZUCARERA CHUCARAPI PAMPA BLANCA S.A.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda.

MOTIVO:

Del análisis del sistema de detracciones, no estamos ante un tributo independiente, pues para empezar el titular de la cuenta es el prestador del servicio, lo que no extingue obligación tributaria alguna. Posteriormente, cuando el contribuyente (sujeto detruido) utilice los cheques de la cuenta de detracción, cancelará los tributos exigibles a su persona. Debe recordarse que el titular de la cuenta de detracciones es el propio proveedor o prestador del servicio y que estas sirven para garantizar el futuro pago de sus tributos.

Es un fenómeno conocido como de “privatización de la actividad recaudatoria del Estado”, que consiste en que determinadas personas, generalmente empresas, captan ciertos montos de tributos -que son de cargo de terceros- para entregarlos al Estado. La detracción se constituye en un deber singular y distinto a los regímenes de retención y percepción de tributos ya que el agente detractor no entrega al fisco el monto detruido dejándose de producir un efecto inmediato en la recaudación fiscal. En cambio en las figuras de la retención y percepción, ya analizada por este Colegiado, el agente retenedor o receptor sí entrega los montos directamente a la administración tributaria produciéndose un impacto inmediato en la recaudación fiscal. Es decir, estamos ante un deber que colabora o apoya indirectamente a la recaudación de tributos, pudiéndole considerar como un deber administrativo. Precisamente desde esta óptica se analizará el SPOT.

En primer lugar, ya en anterior jurisprudencia se ha señalado que la legitimidad de la existencia de algunos regímenes tributarios, como el caso de las percepciones al IGV (STC 06089-2006-PA/TC), atendiendo a que los tributos responden también a fines extrafiscales como la lucha contra la evasión tributaria, todo ello sustentado en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y al principio de solidaridad tributaria consagrado implícitamente en el artículo 43° de la Constitución.

Es decir, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no está vinculado únicamente al deber de pagar los tributos sino también a los deberes de colaboración con la administración tributaria, orientados a conseguir la participación igualitaria en el soporte de las cargas públicas ya sea directa o indirectamente, como en el presente caso.

En la STC Nro. 06089-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional analizó el sistema de percepciones al IGV. Así en torno a la observancia del Principio de Reserva de Ley concluyó que las Resoluciones de Superintendencia y la norma que habilita la expedición de éstas son

inconstitucionales por transgredir el principio de reserva de ley en materia tributaria, reconocido en el artículo 74° de nuestra Constitución, mencionando: *“las percepciones al IGV evaluadas tienen naturaleza de pagos a cuenta o anticipos, esto es, son obligaciones de carácter temporal y no definitivo, como es el caso de los tributos. No obstante, ello no exime al legislador para que en su regulación prescindiera del principio de reserva de ley y habilite a un órgano administrativo para su regulación (...). En consecuencia, indica la jurisprudencia, no es que las Resoluciones cuestionadas sean inconstitucionales por sí mismas, sino que la inconstitucionalidad proviene de la norma legal que las habilita y les traslada el vicio. Por ello, la adecuación de la formalidad del Régimen de Percepciones a los principios constitucionales tributarios debe empezar por la propia Ley que le sirve de base”*.

Sin embargo, lo que sí es oportuno desarrollar es la coincidencia de ambos sistemas en la legitimación de su existencia y validez en un Estado social y democrático de derecho (Percepciones y Deduciones).

Es decir, en ningún caso el principio de reserva de ley se ha regulado o desarrollado en atención a medidas de naturaleza administrativa. Cabe precisar que en el caso del régimen de percepciones (STC 06089-2006-PA/TC), este Colegiado analizó si se cumple con el principio bajo análisis, pues se trataba de un anticipo de pago del propio tributo. En el presente caso, estamos frente a una medida administrativa orientada entre otras cosas, a facilitar el pago de tributos. Es decir, no existe relación y en ninguna medida vulneración del principio de reserva de ley.

154. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00017-2010-AI.html> -

EXP. N.º 00017-2010-PI/TC

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NORTE

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

MOTIVO:

En la sentencia recaída en el Expediente N° 00042-2004-AI/TC, de fecha 13 de abril de 2005, el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que los espectáculos taurinos no constituyen manifestaciones culturales (fundamento 29). Sin embargo, en el presente caso, deberá analizar nuevamente el carácter cultural de éstos, al habérselos excluido del listado de espectáculos públicos culturales exonerados del Impuesto General a las Ventas, situación distinta a la analizada en la sentencia de 2005. Es decir, este Tribunal, en diferentes circunstancias y transcurridos seis años de dicha sentencia, se enfrenta nuevamente al análisis del valor cultural de los espectáculos taurinos, y considera que ha llegado el momento de revisar el criterio jurisprudencial en torno al tema, teniendo en cuenta especialmente el debate suscitado a partir de la sentencia del Expediente N° 00042-2004-AI/TC.

Debe tenerse en cuenta que mientras hay quienes niegan el carácter cultural de los espectáculos taurinos, otra posición, como la del demandante, defiende que “el arte del toreo se fue afianzando en el pueblo, hasta que fue interiorizado en la sociedad como una manifestación propia de nuestra cultura”. Señala el demandante que si el Estado en 1822 prohibió las peleas de gallos y el juego de carnavales, sin embargo, en la actualidad, es un hecho indiscutible que éstos son considerados tradiciones culturales y no se encuentran prohibidos ni tipificados como faltas o delitos.

La actividad taurina es en nuestro país una manifestación cultural, traída con la conquista española e incorporada a nuestro acervo cultural por una afición de siglos, que se manifiesta en fiestas conmemorativas en Lima y diversas provincias del Perú, como veremos más adelante. De este modo, puede decirse que, aunque española en su origen, la tauromaquia (el

“arte” de lidiar toros, según la definición del Diccionario de la Real Academia) se ha incorporado a nuestra cultura mestiza y es una expresión artística que forma parte de la diversidad cultural del Perú.

Por ello, no puede señalarse apriorísticamente que los espectáculos taurinos son, sin más, una simple y pura exhibición de tortura, tratos crueles y muerte de un animal; pues mientras hay quienes asumen esta postura, otros sostienen lo contrario, incluso en la jurisdicción constitucional, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, para la cual, la tauromaquia puede ser considerada como un espectáculo.

Por supuesto, de la consideración de los espectáculos taurinos como culturales, no puede inferirse que se encuentre justificado causar sufrimientos innecesarios a los animales. En primer término porque no se aprecia que los espectáculos taurinos tengan meramente por finalidad el maltrato de un animal. En segundo lugar, porque producir sufrimientos innecesarios a los animales constituye una infracción al deber de respeto y protección al ambiente, que impone el artículo 2º, inciso 22, de la Constitución.

Una persona que esté en desacuerdo con los espectáculos taurinos podrá no asistir a ellos, como también debe ser libre y voluntaria su concurrencia, por ejercicio en ambos casos del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, que, según ha reconocido este Tribunal, es un “derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución)” (Exp. N.º 007-2006-PI/TC, fundamento 47). Por tanto, no podría alegarse la afectación a derecho constitucional alguno por la sola oferta de los espectáculos taurinos, mientras no se coaccione la asistencia a ellos.

Por tanto, la exclusión hecha por la ley impugnada de los espectáculos taurinos como parte de los espectáculos públicos culturales exonerados del Impuesto General a las Ventas, no es inconstitucional, aun cuando los espectáculos taurinos tengan la condición de culturales, pues de autos no se observa que el legislador haya sobrepasado los márgenes de discrecionalidad que la Constitución le impone para ejercer la potestad tributaria.

Sobre tales fines extrafiscales, el Tribunal Constitucional ha sostenido en el Expediente N.º 06626-2006-PA/TC (fundamento 13) que “siendo la función principal del tributo la recaudadora –entendida no como fin en sí mismo, sino antes bien como medio para financiar necesidades sociales–, pueda admitirse que en circunstancias excepcionales y justificadas para el logro de otras finalidades constitucionales, esta figura sea utilizada con un fin extrafiscal o ajeno a la mera recaudación, cuestión que, indiscutiblemente, no debe ser óbice para quedar exenta de la observancia de los principios constitucionales que rigen la potestad tributaria”.

Sin embargo, la exoneración del Impuesto General a las Ventas por la referida finalidad extrafiscal, no significa que el legislador debe incluir en tal exención a todo espectáculo público que tenga la condición de cultural, como los espectáculos taurinos, **pues la decisión de qué espectáculos culturales exonerar de impuestos con fines a su desarrollo y difusión, corresponde al legislador, dentro del margen de discrecionalidad del que dispone**, sin más limitaciones que las que se derivan de la Constitución que, en el caso de autos, no se aprecian sobrepasadas.

155. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00031-2009-AI.html>

EXP. 0031-2009-PI/TC

Adrián Natividad Ambrosio Narvárez y 6,651 ciudadanos de la provincia de Trujillo.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos.

MOTIVO:

El hecho de que corresponda a las municipalidades la facultad de determinar el costo del servicio prestado para la cuantificación de los arbitrios, *“no les autoriza a considerar de manera indiscriminada e irrazonable cualquier criterio para justificar sus costos, pues los mismos - directos e indirectos-, deberán ser idóneos y guardar relación objetiva con el servicio que se preste” (STC 0041-2004-AI/TC, fundamento 29).*

En el caso materia de análisis, como Anexo I de la Ordenanza N° 036-2007-MPT, a fojas 22, va el “Informe Técnico sobre el costo del arbitrio de Seguridad Ciudadana”, donde se aprecia el detalle de los Costos Directos (Mano de Obra Directa y Materiales y Suministros) y Costos Indirectos (Mano de Obra Indirecta, Mantenimiento y Reparación, Depreciación y Servicios Generales), por lo que, a juicio de este Tribunal, se está cumpliendo con lo señalado por la jurisprudencia constitucional.

La Ordenanza N° 036-2007-MPT, en cuanto a la distribución entre los contribuyentes del costo del arbitrio de Seguridad Ciudadana, se encuentra conforme a la jurisprudencia de este Tribunal y al artículo 69° de la Ley de Tributación Municipal, sin que los demandantes hayan probado que dicha Ordenanza incurra en inconstitucionalidad al no señalar un monto mínimo y máximo para el referido arbitrio, por lo que debe desestimarse la demanda en este extremo.

En cualquier caso, la forma de financiamiento por parte de la Municipalidad demandada de los beneficios contenidos en la Ordenanza Municipal N° 029-2008-MPT, no es un tema que corresponde analizar en el presente proceso, que tiene por finalidad realizar un control abstracto de constitucionalidad para la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa (artículo 75 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, los demandantes tampoco han sustentado qué precepto constitucional se ve infringido cuando la Ordenanza Municipal N° 029-2008-MPT supuestamente no sustenta los costos del beneficio creado y su posible traslado a los contribuyentes.

En el caso de la Ordenanza N° 029-2008-MPT no estamos frente a una Ordenanza que apruebe el monto de la tasa por arbitrio de Seguridad Ciudadana, sino más bien ante una norma que aprueba una condonación, deducción, compensación y tope máximo del arbitrio aprobado por la Ordenanza 036-2007-MPT para el ejercicio 2008. Es decir, la Ordenanza N° 029-2008-MPT no establece un arbitrio municipal, sino que es una Ordenanza que aprueba beneficios respecto al pago de un arbitrio creado anteriormente por otra Ordenanza (N° 036-2007-MPT), por lo que no es de aplicación a la Ordenanza N° 029-2008-MPT el plazo máximo de publicación señalado por el artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal. Por ello, debe desestimarse la demanda en este extremo.

La Ordenanza N° 050-2008-MPT (fojas 70), aprueba el régimen legal del servicio de Seguridad Ciudadana en el distrito de Trujillo para el ejercicio fiscal 2009. En el artículo 10° de dicha Ordenanza, puede apreciarse que ésta usa como criterio para la distribución entre los contribuyentes del costo del arbitrio de Seguridad Ciudadana, el criterio de uso del predio, cuyo cálculo es detallado en su Anexo II. Por tanto, la Ordenanza N° 050-2008-MPT se encuentra, en este punto, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal y al artículo 69° de la Ley de Tributación Municipal, según lo expuesto en los fundamentos 11 a 13, supra.

156. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/05688-2009-AA.html>

EXP. N.° 05688-2009-PA/TC

CEMENTO ANDINO S.A.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de autos, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados.

MOTIVO:

Mediante sentencia recaída en el Exp. N° 03116-2009.PA/TC, se resolvió inaplicar el artículo 2° del Decreto Supremo N° 158-2007/EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N° 017-2007/EF, para las subpartidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás, y restablecer, provisionalmente, la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para dichas partidas.

Teniendo presentes las órdenes de las conductas a cumplir, que fueron dispuestas en el fallo de la sentencia mencionada, podría concluirse que la vulneración alegada ha cesado, pues la pretensión que se demanda en el presente proceso ya fue resuelta por la sentencia mencionada. Es más, en el presente caso se encuentra probado que la orden de restablecimiento de la tasa arancelaria ordenada por la sentencia mencionada fue ejecutada en sus propios términos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria

Sin embargo, tiene que tenerse presente que con fecha 15 de enero de 2011, se ha publicado en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N.º 007-2011-EF que, en su artículo 1.º dispone: *“Fijar, a partir de la vigencia del presente Decreto Supremo, las tasas de 0% de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N° 017-2007-EF, y modificadas por el Decreto Supremo N° 158-2007-EF, para las siguientes subpartidas nacionales: Subpartida nacional Descripción 2523.10.00.00 Cementos sin pulverizar («clinker») 2523.29.00.00 Los demás”.*

El contenido normativo del artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 007-2011-EF es similar al del artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, lo que no significa ni conlleva que, a priori, tenga que ser considerado como una norma inconstitucional. Por esta razón, a este Tribunal le corresponde evaluar la regularidad constitucional del artículo 1.º del Decreto Supremo N.º 007-2011-EF, por tener el mismo efecto que el artículo 2º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF y por ser una norma autoaplicativa.

Como los argumentos de la presente demanda son similares a los alegados en la demanda que recayó en el Exp. N.º 03116-2009.PA/TC, este Tribunal en algunas supuestas vulneraciones las resolverá efectuando una motivación por remisión, y en otras dará una motivación diferente atendiendo a las particularidades del presente caso.

Entrando en el análisis material de constitucionalidad del decreto mencionado, este Tribunal considera que lo dispuesto en su artículo 1º no contraviene la Constitución y es conforme a la sentencia y la resolución de aclaración recaída en el Exp. N.º 03116-2009-PA/TC, pues en la exposición de motivos del decreto supremo mencionado, se consigna que para su dación se ha evaluado que la reducción de las tasas arancelarias: a) facilita que las empresas cementeras nacionales, debido al fuerte crecimiento de la demanda por cemento, importen cantidades representativas de cemento clinker y cemento Portland no blanco, como ha venido sucediendo desde el 2008 al 2010; b) mejora la eficiencia de la producción y la continuidad del abastecimiento de las empresas cementeras nacionales que enfrentan restricciones de capacidad y abastecimiento; y c) favorece a los consumidores en términos de precio, oferta y calidad, teniendo en cuenta que durante el 2010 el sector Construcción ha evidenciado una fuerte y rápida recuperación al crecer cerca de 17% durante los primeros diez meses del año, producto de la reactivación de la inversión privada y del incremento de la inversión pública.

Consecuentemente, tal como lo ha entendido en el Exp. N° 01405-2010-PA/TC, donde también se discutió una reducción arancelaria- que el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 007-2011-EF no infringe el derecho a la igualdad, porque no afecta en forma negativa a la industria nacional cementera y porque favorece y permite una mayor competencia en el mercado del cemento, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.

157. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03548-2003-AA.html>

Exp. N.º 3548-2003-AA/TC

Grupo Carsa Inc.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda.

MOTIVO:

El objeto de la demanda es que se declare inaplicable al recurrente la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 538-4-2001, mediante la cual se declaró inadmisibles la demanda contencioso-administrativa interpuesta contra la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 1285-24-2000, por considerar que se han lesionado sus derechos de acceso a la justicia, a la igualdad, a no ser desviado de la función jurisdiccional y de defensa.

Las instancias judiciales precedentes han desestimado la pretensión, argumentando que la inaplicación del artículo 158º del Código Tributario no puede realizarse porque no existe un acto concreto de aplicación.

Evidentemente, el Tribunal Constitucional no puede compartir un criterio semejante, pues, la recurrente ha acudido a la justicia constitucional no alegando una hipotética aplicación del artículo 158º del Código Tributario, sino su aplicación. Tanto así que, según se lee del segundo, tercer y cuarto considerando de la resolución cuestionada, así como de su parte resolutive, tras su aplicación, la demanda contencioso-administrativa promovida por la recurrente fue declarada inadmisibles, precisamente por no adjuntarse la constancia de pago o la carta fianza a las que se refiere el referido artículo 158º del Código Tributario.

En primer lugar, que se condicione el pago de la obligación tributaria para que se admita una demanda cuyo objeto sea iniciar un proceso en el que se cuestione la validez de su imposición, es un obstáculo serio de orden material para que el contribuyente pueda acudir a un tribunal de justicia. Obstáculo desproporcionado si es que se tiene en cuenta que el deber de todos de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, incluso de aquellos que pretenden cuestionar judicialmente un acto administrativo tributario, puede alcanzarse a través de otros medios, como el de la ejecutividad de los actos y resoluciones de la administración tributaria, incluso una vez presentada la demanda contencioso-administrativa.

En otras palabras, es desproporcionado porque su finalidad constitucional. En realidad, tiene el propósito de desalentar el cuestionamiento judicial de sus actos administrativos de contenido tributario.

En segundo lugar, se trata de una regla incompatible con el principio de igualdad jurídica, ya que, como ha sostenido la Corte Constitucional de Italia, con su exigencia se propicia un tratamiento diferenciado.

Por ello, en mérito de todo lo que se ha expuesto, y atendiendo a que la demanda contencioso-administrativa fue declarada inadmisibles, tras no haberse satisfecho los requisitos que contempla el artículo 158º del Código Tributario, el Tribunal Constitucional considera que se ha acreditado la lesión del derecho de acceso de justicia.

157. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.htm>

EXP. N.º 3741-2004-AA/TC

RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de amparo; en consecuencia, ordena a que la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación.

Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 41 y 50, supra, de esta sentencia.

MOTIVO:

El deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que *«[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).*

De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en que de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso; sin embargo, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.º).

Por ello, la Constitución obliga a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, **que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.**

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática.

Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

158. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00003-2009-AI.html>

EXP. 00003-2009-PI/TC

Hugo Armando Masías Morales y más del 1% de ciudadanos del Distrito de La Perla contra la Municipalidad Distrital de La Perla

FALLO:

1. Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en lo relativo a las Ordenanzas Distritales Nos. 002-2003-MDLP, 022-2003-MDLP, 024-2004-MDLP, 015-2006-MDLP, 019-2005-MDLP, 020-2005-MDLP, 025-2006-MDLP, 019-2007-MDLP, 023-2007-MDLP, 004-2008-MDLP y 006-2008-MDLP, por no contar con informes técnicos acordes con la jurisprudencia de este Colegiado.

MOTIVO:

La distinción entre los costos directos e indirectos para fines de distribución; una primera guía la constituye la Directiva 001-006-00000006, aprobada por la Municipalidad de Lima Metropolitana, que establecía que los costos indirectos no pueden representar más allá del 10% de la tasa total del arbitrio situación que no se ha cumplido en la entidad demandada. Es cierto que en principio, la Municipalidad Distrital de La Perla no estaría en la obligación de cumplimiento de esta directiva; sin embargo, debe tenerse en cuenta su utilidad como directriz para efectos de la razonabilidad en los márgenes de este tipo de costos.

En relación con el criterio de “promedio de longitud del predio del frente” no resulta en todos los casos idóneo y razonable en su aplicación, por lo que ello dependerá de la evaluación que el justiciable haga en el caso en concreto.

Con respecto a la aplicación del factor de solidaridad, se aprecia que se ha trasladado excesivamente los costos a los vecinos de mayor capacidad económica asumiendo en algunos casos el doble o hasta el triple de lo que les correspondería pagar. Debe hacerse hincapié en que en el concepto vertido por el Tribunal Constitucional de lo que debe entenderse por “principio de solidaridad” no cabe la posibilidad de este tipo de traslados de costos groseramente elevados. En todo caso la municipalidad debe evaluar la subvención de una parte de estos costos directamente de acuerdo a sus políticas presupuestarias.

En el caso de gravamen por predios sin construir o en construcción, debe tenerse en cuenta la naturaleza del arbitrio. Es por ello que debe diferenciarse que en el caso de la prestación del servicio de mantenimiento de parques y jardines y recojo de residuos sólidos en el que no existe ningún aprovechamiento tratándose de este tipo de bienes. En ese caso se deberá ser cuidadoso con los criterios que se utilizarán. En el caso de la Municipalidad Distrital de La Perla, se considera predio a toda unidad habitacional, local, oficina o terreno sin construir ubicada dentro de la jurisdicción del distrito.

Es cierto que un argumento importante de las municipalidades es que al derogar su normativa, se pueda presentar la posibilidad de que finalmente no cuenten con ordenanzas válidamente emitidas para cobrar sus tributos, lo que traería como consecuencia reducir significativamente sus ingresos por recaudación y hasta la posibilidad de quiebra. En razón de ello, este Colegiado es de la opinión que las municipalidades cuentan con otros recursos, ya sea propios o provenientes del cobro de otros impuestos, por lo menos hasta que se regularice su situación jurídica para el cobro de arbitrios de acuerdo a las Sentencias Nros. 0041 y 0053-2005-AI/TC.

Debe observarse que en cuanto a la distribución de costos, la realidad normativa de hoy permite concluir en que la utilización de criterios razonables ya es una constante en la realidad de las municipalidades del país, de acuerdo a la jurisprudencia expedida por este Tribunal. Como ya se ha referido, en las sentencias lo razonable en materia constitucional es que el criterio se vincule a la relación entre el servicio prestado y el beneficio recibido por el contribuyente.

En el presente caso al revisar los cuadros se aprecia de los costos directos la existencia de partidas denominadas "otros costos y gastos variables", etc., que no permiten identificar su real contenido.

Tal como se efectuó en las sentencias emitidas en los expedientes N.os 0041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC, en el presente caso deben modularse los efectos del pronunciamiento a fin de no generar un caos financiero y administrativo, lo que derivaría también en un perjuicio para los propios contribuyentes. Así, el artículo 81° del Código Procesal Constitucional autoriza a este Colegiado a modular los efectos en el tiempo de la sentencias de inconstitucionalidad que recaigan sobre normas tributarias.

Es por ello que, al igual que en las sentencias mencionadas, el Tribunal se ve impedido de hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal con efecto retroactivo. Por consiguiente, se aplicarán las mismas reglas establecidas en la sentencia del expediente N.º 0053-2004-AI/TC (Punto XIII. Efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad) que aquí se reproducen:

§ No proceden las solicitudes de devoluciones por pagos indebidos cobrados en base a las ordenanzas declaradas inconstitucionales, que se interpongan luego de la publicación de esta sentencia.

§ Están exentos de la primera regla los reclamos administrativos y procesos judiciales que fueron accionados dentro de los plazos correspondientes y que aún se encontraban en trámite al momento de la publicación de la presente sentencia, a fin de que prime en su resolución el principio pro actione.

§ Se deja sin efecto cualquier cobranza en trámite basada en ordenanzas inconstitucionales; asimismo, se impide el inicio de cualquier procedimiento coactivo cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en ordenanzas inconstitucionales.

§ La regla anterior únicamente imposibilita la realización de la cobranza de deudas impagas basándose en ordenanzas inconstitucionales; por consiguiente, no impide que las mismas puedan ser exigidas: a) sobre la base de ordenanzas válidas de periodos anteriores reajustadas con el índice de precios al consumidor; o, en su defecto, de no encontrarse norma válida alguna, b) sobre la base de nuevas ordenanzas emitidas siguiendo los criterios vinculantes de este Tribunal, por los periodos no prescritos.

§ De estar en el supuesto b), las ordenanzas habilitadas para cobrar las deudas impagas por los periodos no prescritos deberán tramitarse conforme a los plazos del procedimiento de ratificación que hayan establecido las Municipalidades Provinciales.

159. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04841-2004-AA.html>

EXP. N.º 4841-2004-AA/TC

INVERSIÓN MALECÓN DE LA RESERVA S.A.

160. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02397-2004-AA.html>

EXP. N.º 2397-2004-AA/TC

CORPORACIÓN REGRIGERADOS INY S.A.

161. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00917-2005-AA.html>

EXP. N.º 0917-2005-PA/TC

PESQUERA INDUSTRIAL EL ÁNGEL S.A.

162. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00587-2005-AA.html>

EXP. N.º 0587-2005-AA/TC

COMPAÑÍA MINERA SAN SIMÓN S.A.

163. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06876-2005-AA.html>

EXP. N.º 6876-2005-PA/TC

AGROPUCALÁ S.A.A.

FALLO:

Declarar FUNDADA la acción de amparo; en consecuencia, ordena que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) deje sin efecto cualquier valor de cobro por concepto del Anticipo Adicional del Impuesto a la Renta (AAIR), conforme a lo señalado en el fundamento 5 de la presente Sentencia.

MOTIVO:

Dado que las sentencias de este Tribunal, que declaran la inconstitucionalidad de una norma, tienen calidad de cosa juzgada, fuerza de ley y vinculan a todos los poderes públicos, procede amparar la presente demanda y, en consecuencia, SUNAT deberá dejar sin efecto los actos de aplicación derivados de las normas declaradas inconstitucionales, en cumplimiento de la STC 033-2004-AI/TC y siguiendo los mecanismos reglamentarios para la ejecución de la misma.

Mediante STC 033-2004-AI/TC, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad, con efecto retroactivo, de la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley 27804 y demás normas conexas. Ello quiere decir que las referidas normas dejaron de tener efecto desde la fecha en que fueron publicadas, conforme lo dispuso este Colegiado en el punto 2 del fallo.

En la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, estableciendo que *“si en el impuesto a la renta, el hecho económico que sirve de sustento para la creación del tributo es la generación de renta, el mismo basamento deberá ser utilizado por el legislador para esclarecer el pago anticipado, generándose, en caso de producido el quiebre de dicha estructura, una colisión con el principio de capacidad contributiva”*.

De otro lado, en el fundamento 22 de la STC 1907-2003-AA/TC, el Tribunal hizo referencia a la viabilidad de que la Administración Tributaria pueda expedir determinadas normas reglamentarias con objeto de dar cumplimiento a la STC 033-2004-AI/TC, debiendo enmarcarse en los propios términos de la sentencia a fin de no restar eficacia al sentido del fallo, el cual tuvo por finalidad corregir una situación, a todas luces, inválida, provocada por la expedición de una norma que no está en consonancia con los principios que deben regir la potestad tributaria del Estado.

164. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07049-2005-AA.html>

EXP. 7049-2005-PA/TC

COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO DE SUBOFICIALES DE LA PNP SANTA ROSA DE LIMA LTDA.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, dispone que se deje sin efecto, para la empresa demandante, la Resolución de Intendencia 015-4-13806/SUNAT y la Resolución de Determinación 022-3-04416, por concepto de pago del Impuesto Mínimo a la Renta correspondiente al ejercicio fiscal de 1992.

MOTIVO:

En reiterada jurisprudencia (cf. STC 0646-1996-AA/TC, 0917-2003-AA/TC, 0676-2005-PA/TC y 3859-2004-AA/TC), el Tribunal ha sostenido que el Impuesto Mínimo a la Renta es inconstitucional por violar el principio de no confiscatoriedad de los tributos, y que tal inconstitucionalidad radica en que en el seno de una ley (como el Decreto Legislativo 774) destinada a gravar la renta, se termine gravando la fuente productora de la renta.

En tales casos, se consideró inconstitucional la incongruencia de un medio (el Impuesto Mínimo a la Renta) con los fines que perseguía el legislador tributario (gravar la renta). Por tanto, no importa si la empresa ha generado beneficios, ganancias o rentas, o si ha incurrido en pérdidas, la aplicación de los artículos del Decreto Legislativo 774, referidos al Impuesto Mínimo a la Renta, no puede surtir efectos.

165. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%2000011-2004-AI%2000012-2004-AI%2000013-2004-AI%2000014-2004-AI%2000015-2004-AI%2000016-2004-AI%2000027-2004-AI.html>

EXPS. N.º 0004-2004-AI/TC, N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC Y N.º 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO Y OTROS

FALLO:

Declarar, por unanimidad, FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28194, y, en consecuencia, inconstitucional el último párrafo del artículo 17º de la Ley N.º 28194, cuyo tenor es el siguiente: *“La información señalada en el párrafo anterior también será proporcionada respecto de las operaciones exoneradas comprendidas en los literales b), c), d), e), h), i), j), k), l), ll), m), o), s), t), u), v), w) y x) del Apéndice, señalando adicionalmente en este caso el monto acumulado de las operaciones del inciso a) del artículo 9 exoneradas del impuesto. Asimismo, las empresas del Sistema Financiero deberán informar a la SUNAT sobre la Declaración Jurada a que se refiere el artículo 11, en la forma, plazo y condiciones que establezca el Reglamento”*. Por consiguiente, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “el Peruano”, dicho párrafo deja de tener efecto en nuestro ordenamiento jurídico.

Declarar, por unanimidad, que integra la parte resolutive de la presente sentencia el Fundamento Jurídico 23, supra, conforme al cual los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

MOTIVO:

Es preciso tener en cuenta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en su STC N.º 2727-2002-AA/TC, donde se estableció que: “(...) el principio precitado es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Éste supone la necesidad de que, al momento de establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. “

En cuanto a la materia imponible, este Colegiado deja asentado el amplio margen de acción en el que se desenvuelve el legislador al momento de determinarla (FF. JJ. 25 a 26, infra), pudiendo ser ésta un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital, y aunque en el presente caso, tratándose de las transferencias financieras enumeradas en el artículo 9º de la Ley N.º 28194, el hecho generador puede repetirse de manera constante, el monto ínfimo de la alícuota aplicable (0.10 %) desvirtúa la posibilidad de atribuir, en abstracto, un carácter confiscatorio al tributo regulado por el Capítulo III de la ley impugnada; máxime si se tiene que tal valor numérico porcentual se reducirá a 0.08% a partir del 1 de enero de 2005, y a 0.06% desde el 1 de enero de 2006, y de que perderá todo efecto a partir del 1 de enero de 2007.

Por tal virtud, el Tribunal desestima el alegato planteado en la demanda, según el cual las disposiciones de la ley que regulan el ITF afectan el principio de no confiscatoriedad.

No obstante, en atención a lo expuesto en los FF.JJ. 19 y 20, supra, este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

Existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2º7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2º5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.

Determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad.

Las afectaciones del secreto bancario que están proscritas constitucionalmente serán sólo aquellas que conlleven, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente.

Dichos fines son los que pretenden ser alcanzados por los numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3 del artículo 17° de la norma cuestionada, en tanto permiten que, como consecuencia de la imposición del ITF, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), competente en la materia, tenga acceso a determinada información garantizada por el secreto bancario, con el propósito de que, manteniendo la información en reserva, se aboque a la fiscalización y detección del fraude tributario.

Por ello, para este Tribunal el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 es incompatible con el principio de razonabilidad, puesto que, al franquear a la SUNAT el conocimiento de operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria; esto es, la existencia de una operación gravada.

De otra parte, y fundamentalmente, este Colegiado considera que al quebrantarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar, el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda sine die.

En atención a lo expuesto, este Colegiado considera inconstitucional el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, por afectar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

166. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00018-2005-AI.html>

EXP. N.° 0018-2005-PI/TC

OSCAR LOAYZA AZURÍN COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA

FALLO:

FUNDADA LA DEMANDA

MOTIVO:

Las sentencias normativas de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional tienen efectos jurídicos vinculantes (artículo 204° de la Constitución), por cuanto desarrollan obligaciones constitucionales de hacer o de no hacer. No obstante, ello no asimila en sus funciones ni equipara al Tribunal, con la potestad legislativa que la Constitución (artículo 102° inciso 1) le reconoce al Congreso de la República; tal como se puede apreciar en la Ley N.° 28762 dictada por el Congreso, de 20 de junio de 2006, la misma que establece un plazo excepcional para la publicación de ordenanzas municipales que aprueban arbitrios municipales.

En reiterada jurisprudencia se ha señalado que la reserva de ley se encuentra garantizada cuando, vía ley o norma habilitada, se regulan los elementos esenciales y determinantes para reconocer dicho tributo como tal, de modo que todo aquello adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, mas nunca de manera independiente.

En el caso de las ordenanzas municipales sobre arbitrios, la determinación del costo global constituye el aspecto mensurable de este tributo, su base imponible, y como elemento esencial del mismo, determina que no puedan cobrarse arbitrios en base a ordenanzas que carezcan de informe técnico, como es el caso de la Ordenanza 047-2004-MPI.

Más aun, debe dejarse en claro que los principios de publicidad de las normas, de conformidad con el artículo 51° de la Constitución, y de seguridad jurídica no se constatan "por partes" sino de manera integral, pues estos, a su vez, se manifiestan como principios esenciales del propio

ordenamiento jurídico. Por ello, resulta inadmisibile publicar detalles sobre los montos del servicio de manera posterior a la publicación de la ordenanza como ocurrió en el presente caso con el anexo N° 3.

En consecuencia, la Ordenanza 047-2004-MPI no se encuentra acorde con el ordenamiento constitucional, por afectar los principios de reserva de ley y seguridad jurídica, debiendo ser declarada inconstitucional.

167. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02189-2002-AA.html>

EXP. N° 2189-2002-AA/TC

CORPORACIÓN TURÍSTICA PERUANA S.A.C.

FALLO:

FUNDADA la acción de amparo; en consecuencia, dispone dejar sin efecto las órdenes de pago que en fotocopia obran a fojas 125, 126, 127, 131 y 133, correspondientes a los períodos de julio, agosto, setiembre, octubre y noviembre de 1999, así como las órdenes de pago Nos 255-2001-MITINCI, 011-01-0067872 y 011-01-0068306; debiéndose emitir nuevas órdenes de pago acotándose el impuesto materia de este proceso de acuerdo con la Ley N.° 27153, modificada por Ley N.° 27796. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

MOTIVO:

En virtud de lo resuelto en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N.° 009-2001-AI/TC, publicada el 2 de febrero de 2002, y centrándonos en el caso objeto de la presente acción de garantía, el Tribunal consideró que el artículo 39.° de la Ley N.° 27153 resultaba confiscatorio, por cuanto la metodología impositiva que aplicaba gravaba en realidad las utilidades, atentando, de esa manera, contra lo dispuesto en el artículo 74° de la Constitución, razón por la cual declaró su inconstitucionalidad.

En autos obran las órdenes de pago correspondientes a los períodos de julio a noviembre de 1999; las órdenes de pago N.os 255-2001-MITINCI, 011-01-0067872 y 011-01-0068306, respectivamente, expedidas al amparo de los artículos 38.° y 39.° de la Ley N.° 27153, antes de que éstos fueran declarados inconstitucionales por este Tribunal, documentos de pago que deben dejarse sin efecto. Ello no implica, en modo alguno, que la empresa demandante se encuentre exonerada del pago del impuesto requerido, sino que la deuda determinada sobre la base de la tasa anterior deberá ser calculada conforme a la nueva tasa y nueva base imponibles regulada en los artículos 38.° y 39.° de la Ley N.° 27153, modificados por la Ley N.° 27796, norma que recoge lo dispuesto en la sentencia recaída en el Expediente N.° 009-2001-AI/TC, antes citada.

168. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02302-2003-AA.htm>

EXP. N.° 2302-2003-AA/TC

INVERSIONES DREAMS S.A.

FALLO:

Declarar FUNDADO el proceso constitucional de amparo respecto a la inaplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los Juegos de Azar y Apuestas; en consecuencia, déjense sin efecto las órdenes de pago y resoluciones de cobranza coactiva derivadas de esta norma, y, que se encuentren comprendidas en autos.

Establézcase el precedente vinculante respecto al agotamiento de la vía previa en casos similares, según lo señalado en los fundamentos 5 al 9. En consecuencia: a) Cuando se cuestionen actos concretos de aplicación de una norma reglamentaria –Decreto Supremo directamente contraria a la Ley e indirectamente contraria a la Constitución, será necesario el agotamiento de la vía previa; **b) la excepción a la regla precedente, serán los casos de afectaciones por normas autoaplicativas, en cuyo caso, el juez constitucional deberá fundamentar las razones de tal calificación.**

MOTIVO:

La vía previa no se encuentra regulada, y, por lo tanto no es exigible, cuando se cuestionan los efectos de un Decreto Supremo que ha sido dictado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución. (STC 489-2000-AA/TC, STC 930-2001-AA/TC, STC 323-2001-AA/TC, STC 022-2000-AA/TC); por dos razones fundamentales:

A) Primeramente, porque de existir actos concretos de aplicación de una norma tributaria, como por ejemplo, órdenes de pago, resoluciones de determinación, multas o cobranzas coactivas; es evidente, que el reclamo de los mismos, debe seguir previamente el trámite administrativo establecido en la norma de la materia, esto es, el Código Tributario. En ese sentido, no es cierto que en estos casos, la vía previa no se encuentre regulada, puesto que, ante la exigencia arbitraria de una deuda tributaria, el contribuyente puede reclamar en primera instancia, ante el órgano administrador del tributo, y luego apelar ante el Tribunal Fiscal, en cuyo caso, recién queda agotada la vía administrativa.

B) De otro lado, porque un Decreto Supremo, como norma reglamentaria, se encuentra subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución. Así, cuando se trata de materia tributaria, atendiendo al principio de reserva de ley del artículo 74º de la Constitución, cuando un Decreto Supremo regula esta materia, constituye un reglamento *secundum legem*, el cual sólo puede desarrollar la ley más no trasgredirla ni desnaturalizarla. En estos casos, de exralimitar el contenido de una ley, no cabe duda que, un órgano administrativo como el Tribunal Fiscal, se encuentra plenamente facultado para pronunciarse al respecto, más aún cuando, el artículo 102º del Código Tributario, establece que, al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía.

En diversa jurisprudencia, se ha señalado, que no procede el amparo directo contra normas cuando se trata de normas heteroaplicativas, es decir, que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores; contrario a ello, si procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC, 0830-2000-AA/TC, 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC).

Lógicamente, no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del Tribunal administrativo.

En la STC 1311-2000-AA/TC cuando se cuestionó la conformidad con el principio de legalidad, del Decreto Supremo N° 158-99-EF, señalamos que *“...si bien parece que el acto lesivo no se había producido al interponerse la demanda, pues no constaba en autos prueba de que el impuesto había sido aplicado o cobrado al accionante, es opinión de este Tribunal que el hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo cual hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicatorio, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho (...) y por ende, procedía esta acción de amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación p cobranza del impuesto...”*

Este criterio es, de igual manera, aplicable al caso de autos.

En efecto, estas normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda. Este será un caso de excepción para a la regla del agotamiento de la vía previa.

El cuestionado inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas, fija la tasa de este impuesto, por derivación del artículo 61° del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, que a tenor señala que: “ *Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se podrán modificar las tasas y/o montos fijos...*”.

Al respecto, en el Fd. 20 de la STC 2762-2002-AA/TC, se señala que es evidente que el artículo 61°, en este extremo, ha excedido los límites que derivan de la propia Constitución en materia de reserva de ley, pues el legislador, dando carta abierta al Ejecutivo, ha establecido - sin ningún parámetro limitativo como, por ejemplo, fijar topes- que sea este el que disponga las modificaciones a las tasas; lo que se presenta como una remisión normativa en blanco o deslegalización, permitiendo que sea la Administración la que finalmente regule la materia originalmente reservada a la ley, vulnerando con ello, además, el principio de jerarquía normativa.

En aquella oportunidad se amparó la demanda, dejándose sin efecto los actos concretos de aplicación que hayan derivado del Decreto Supremo irregular. Este es el criterio que corresponde aplicar en el presente caso, y, en consecuencia, dejar sin efecto aquellas cobranzas que constan en autos y que hayan sido derivadas de los efectos de la aplicación del inciso a) del artículo 9° del Decreto Supremo 095-96-EF, Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas.

169. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00009-2001-AI.html>

EXP. N.° 009-2001-AI/TC

CINCO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS CIUDADANOS

FALLO:

Declarando FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N°. 27153, y en consecuencia, inconstitucionales los artículos 38.1, 39, Segunda y Primera Disposición Transitoria de la Ley N°. 27153, ésta última disposición en la parte que señala un "máximo de (120) ciento veinte días calendario"; y, por conexión, el artículo 1 de la ley 27232, en la parte que establece "(60) sesenta días calendario", debiendo interpretarse ambas disposiciones según lo expresado en el fundamento jurídico N°. 18; Integrándose a la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N°. 7 y 16; e INFUNDADA en lo demás que contiene; Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y el archivo de los actuados.

MOTIVO:

Estima el Tribunal que las especiales características del impuesto a los juegos, consideradas conjuntamente, hacen que éste resulte confiscatorio y, por tanto, contrario al artículo 74 de la Constitución.

En efecto: Si bien el artículo 36 de la LEY establece que el impuesto a los juegos grava "la explotación" de estos juegos, conforme se desprende de la regulación conjunta de los artículos 38.1 y 39 de la LEY, la alícuota del impuesto asciende al 20% sobre la base imponible, "constituida por la ganancia bruta mensual ... entendiéndose por ésta a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes", esto es, que con el nombre o etiqueta

de impuesto "a la explotación", la metodología impositiva de la ley grava en realidad las utilidades. Considerando además, y conjuntamente, que la alícuota del impuesto parece ser excesiva, que recae sobre una base fijada sin deducir los gastos realizados para la obtención de las utilidades y que no es considerado, el monto pagado, como pago a cuenta del impuesto a la renta, debe concluirse que el gravamen presenta una vocación confiscatoria del capital invertido, prohibida por la Constitución.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional el régimen tributario del llamado impuesto a la explotación, contenido en los artículos 38° y 39° de la Ley impugnada.

El Tribunal debe, además, pronunciarse respecto a los efectos de esta declaración de inconstitucionalidad, en el lapso que dicho régimen tributario estuvo vigente, conforme a lo dispuesto en el artículo 36° Ley Orgánica y arreglando su decisión, especialmente, a los principios de justicia, razonabilidad, igualdad y proporcionalidad, y con pleno respeto a la función legislativa del Congreso de la República.

Es obvio, por un lado, que la declaración de inconstitucionalidad del régimen tributario aludido ocasionará un vacío legal. Por otro lado, también resulta claro que el Congreso de la República suplirá ese vacío con una nueva normatividad tributaria, ajustada a la Constitución y a esta sentencia del Tribunal.

En consecuencia, las situaciones jurídicas y los efectos producidos por el régimen tributario que este fallo declara inconstitucional, se sujetarán a las reglas siguientes:

- **Las deudas acumuladas en relación con la alícuota del 20% del llamado impuesto a la explotación, se reducirán al monto que, según la ley que cubra el vacío legal creado, resulte exigible.**
- **Los montos pagados en aplicación de la mencionada alícuota que excedieren el monto que la nueva ley establezca, serán considerados como crédito tributario.**
- **De concurrir, respecto del mismo contribuyente, deudas y créditos, ellos se compensarán entre sí, y de quedar un saldo será considerado como deuda acumulada o como crédito tributario, según el caso.**

La primera disposición transitoria de la Ley 27153 estableció un plazo, originalmente de ciento veinte días, que después se amplió a sesenta días más, con el objeto de que quienes venían explotando los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, se adecuasen a la diversas condiciones que establece la Ley N.° 27153.

El Tribunal considera que el reducido plazo de adecuación otorgado no es directamente proporcional con la entidad, los costos y la envergadura de las nuevas condiciones impuestas, ex novo, en muchos de los casos, por la Ley N.° 27153 a todos aquellos que antes de su vigencia se encontraban explotando los juegos de casino y máquinas tragamonedas. Sin embargo, esta afectación al principio de proporcionalidad no abarca a todo el texto de la primera disposición transitoria de la Ley N.° 27153, sino sólo al número de días que, como plazo, allí se ha previsto. Por ello, dejando intacta la facultad del legislador de establecer, en el más breve término, un plazo razonable que regule la adecuación que se impone, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional la primera disposición transitoria, en la parte que prescribe que el plazo es "máximo de ciento veinte días calendario"; y, por conexión, el artículo 1 de la Ley N.° 27232, en la parte que establece "sesenta días calendario".

Por ello, considera el Tribunal que si el Estado permitió que los inversionistas se dediquen a la explotación de determinadas actividades económicas bajo ciertas condiciones, entonces, no es razonable que poco tiempo después cambie bruscamente tales reglas exigiendo la satisfacción de requisitos y condiciones en un lapso que el Colegio considera extremadamente breve en atención a las inversiones realizadas.

En consecuencia, se estima que el plazo dispuesto en la segunda disposición transitoria impugnada, por ser demasiado breve, vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica.

170. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01078-2007-AA.html>

EXP. N.º 01078-2007-PA/TC

JOSÉ MIGUEL ÁNGEL CORTEZ VIGO

171. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03283-2007-AA.html>

EXP. N.º 03283-2007-PA/TC

MÁXIMO TOMÁS SALCEDO MEZA

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda.

MOTIVO:

Al analizar el Decreto Ley 22591, en especial la contribución de los trabajadores, se puede advertir que el fin de la ley fue crear en el Banco de la Vivienda un fondo para que ellos, en forma progresiva, puedan satisfacer su necesidad de vivienda; es decir, no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera Tratado de un tributo, tenía que haberse definido expresamente como tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación, antes bien, debe manifestarse explícitamente, lo que no sucede con la norma que se analiza; tampoco puede considerarse como una contribución, pues, como se observa, el FONAVI es administrado por una persona jurídica (el Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales, más bien se trataba de un fondo para viviendas de los trabajadores, actividades y obras de carácter privado; mucho menos puede decirse que se trataba de una tasa, pues, ella supone el pago por una prestación de un servicio directo al contribuyente, actividad o prestación que no se realiza en el marco del Decreto Ley 22591. Finalmente, la ley en examen no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo. Conforme se sostiene, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998.

Por ende al no ser un tributo, corresponde al Jurado Nacional de Elecciones emitir nuevo pronunciamiento a la solicitud de los fonavistas.

172. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03868-2007-AA.htm>

EXP. N.º 03868-2007-PA/TC

EXIMPORT DISTRIBUIDORES DEL PERÚ S.A.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia inaplicable a la empresa recurrente la Resolución de Superintendencia de Aduanas N.º 001577, quedando nulas todas las resoluciones emitidas con posterioridad a ésta en dicho proceso administrativo, ordenándose el avocamiento del órgano competente señalado por ley.

MOTIVO:

El artículo 37° del Código Procesal Constitucional señala que los derechos protegidos por el proceso de amparo son los que casi en su totalidad enumera el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, referido a los derechos de la persona, exceptuando el derecho a la libertad individual singularmente protegido por el proceso de hábeas corpus, y los destinados a los procesos de cumplimiento y hábeas data para los que la ley les tiene reservados un tratamiento especial por cuanto traen conflictos de diversa naturaleza. Esto significa entonces que el proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

Por lo precedentemente expuesto las personas jurídicas tienen pues derechos considerados fundamentales por la Constitución, sin que con esta etiqueta cada vez que vean afectados sus intereses patrimoniales, pretendan traer sus conflictos a la sede constitucional sin importarles la ruptura del orden que preserva el proceso, el que señala la tutela urgente en sede constitucional exclusivamente para la solución de conflictos en temas de exclusivo interés de la persona humana.

Si bien el Tribunal ha estado admitiendo demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esto debe ser corregido ya que ello ha traído como consecuencia que las empresas hayan “amparizado” toda pretensión para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana. Por ello, por excepción solo los casos en los que la persona jurídica no tenga a donde recurrir, encontrándose en una situación de indefensión total, evidenciándose la vulneración de derechos constitucionales *que pongan en peligro su existencia*”.

De lo expuesto se concluye que el proceso de amparo planteado por la empresa demandante debe ser considerado como el caso excepcional al que se hace referencia el fundamento 5, in fine, puesto que de autos se observa la necesidad de un pronunciamiento urgente, ya que se evidencia un pronunciamiento anterior por parte del Tribunal Constitucional ordenando la inaplicación de una resolución por inconstitucional -proceso iniciado por la misma empresa demandante- resolución que vuelve a ser materia de cuestionamiento en el presente amparo. En tal sentido se observa un segundo caso en el que presuntamente se han vulnerado derechos de una empresa por resolución que este Tribunal Constitucional inaplicó por inconstitucional, lo que constituiría una afectación no sólo a los derechos de la empresa demandante sino también la contravención a lo señalado por el Tribunal Constitucional anteriormente.

Pero, además, la cuestionada, resolución administrativa no fue publicada contraviniendo el principio de publicidad de la norma, el que junto con el anterior, se encuentra reconocido en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado. La publicidad de la norma es un elemento indispensable para que se integre al ordenamiento jurídico del Estado y está vinculado con el principio de seguridad jurídica. La administración, en este caso la Superintendencia Nacional de Aduanas, solo puede exigir el cumplimiento de una norma al administrado, si es que este tiene oportunidad de conocerla, vale decir, si está publicada, a fin de que no pueda excusarse de su incumplimiento por la ignorancia de las mismas.

Por último al haberse llevado un proceso administrativo en contravención de principios constitucionales es evidente que la administración ha actuado de manera arbitraria vulnerando los derechos al debido proceso, al principio de jerarquía constitucional y el principio de legalidad. Entonces al haberse constatado la vulneración de los derechos del demandante debe disponerse la anulación del proceso administrativo, debiendo avocarse a la causa el órgano competente señalado por ley.

173. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00024-2008-AI.html>

EXP. N.° 00024-2008-PI/TC

1% DE CIUDADANOS DEL DISTRITO DE MANCOS REPRESENTADOS POR

ALFREDO JAVIER MENDIOLA VÁSQUEZ

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, INCONSTITUCIONAL la Ordenanza N.º 004-2004-GLM, de fecha 13 de julio de 2004, emitida por la Municipalidad Distrital de Mancos.

Declarar que la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación, y por consiguiente no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados como consecuencia de la Ordenanza declarada inconstitucional.

MOTIVO:

El artículo 74º reconoce facultad tributaria a los gobiernos locales para la creación de tasas y contribuciones, siempre que: a) sea dentro de su jurisdicción; y, b) con los límites que establece la ley. Ello quiere decir que las Municipalidades no pueden ejercer su potestad tributaria de modo arbitrario, sino que dicho reconocimiento constitucional estará legitimado siempre que se encuentre dentro del marco legal que la Constitución consagra, lo que implica el respeto de los principios tributarios de reserva de ley, de igualdad, de no confiscatoriedad y de capacidad contributiva, así como de modo especial la observancia del control de proporcionalidad de la actuación estatal en la determinación del monto del tributo, entre otras exigencias constitucionales. Será entonces mediante la ley de la materia como se regule el instrumento idóneo para ejercer la potestad tributaria, así como el procedimiento para su validez y vigencia. De este modo, la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Tributación Municipal, en lo que sea pertinente, constituyen el parámetro de constitucionalidad para el correcto ejercicio de la potestad tributaria municipal.

La cuestionada Ordenanza N.º 004-2004-GLM, de fecha 13 de julio de 2004, emitida por la Municipalidad Distrital de Mancos, establece en su artículo 1º lo siguiente: *“El derecho para expedir la autorización de extracción de materiales de construcción ubicados en los álveos y cauces de los ríos, quebradas y canteras localizadas dentro de la Administración del Gobierno Local Distrital de Mancos, es de 0.09% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) por metro cúbico, para el año 2004, viene ser tres nuevos soles (S/. 3.00 por metro cúbico)”*.

De lo antes expuesto, se desprende que el derecho para expedir autorización de extracción de materiales ubicados en los álveos y cauces de los ríos, quebradas y canteras, fijado en S/. 3.00 por metro cúbico, tiene naturaleza tributaria y, por lo tanto, la ordenanza de un municipio distrital que establezca el pago de un determinado derecho debe sujetarse a los límites establecidos tanto en la Constitución como en las leyes compatibles con ésta, es decir, ajustarse al artículo 40º de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, conforme al cual tal ordenanza distrital, por versar sobre materia tributaria, debe ser ratificada por la municipalidad provincial de su circunscripción para su vigencia.

En suma, atendiendo a lo actuado en autos y a lo expresado por la emplazada municipalidad distrital (en el sentido de que su ordenanza no requería ratificación de la respectiva municipalidad provincial, por considerar que el derecho establecido no tenía naturaleza tributaria), resulta evidente que en el caso específico de la cuestionada Ordenanza N.º 004-2004-GLM, de fecha 13 de julio de 2004, emitida por la Municipalidad Distrital de Mancos, siendo obligatoria su ratificación por la correspondiente municipalidad provincial –conforme al parámetro de constitucionalidad expuesto en los párrafos precedentes–, y por no haberse producido tal ratificación, se ha configurado un vicio de forma que tiene como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad.

En cuanto al cuestionamiento respecto de la falta de publicidad de la Ordenanza N.º 004-2004-GLM, cabe precisar, en primer término, que este Colegiado ha sostenido en la sentencia del Expediente N.º 00041-2004-AI/TC, fundamento 19, que conforme al “artículo 51º de la

Constitución (...) la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En consecuencia, el procedimiento para la producción de Ordenanzas Distritales en materia tributaria, requiere de la ratificación por parte del Concejo Provincial y que dicho Acuerdo sea publicado. Sólo así podrán cobrarse arbitrios válidos, pues se habrá respetado el principio de legalidad para la creación de normas”.

De lo expuesto se desprende que el procedimiento de formación de una ordenanza municipal distrital sobre materia tributaria tiene dentro de sus diferentes etapas dos que son fundamentales y que precisamente tienen una determinada prelación: la primera, consistente en la ratificación por parte de la municipalidad provincial; y la segunda, referida a la publicación de la ordenanza municipal distrital ratificada. En ese sentido, carece de relevancia verificar si en el presente caso se ha producido o no la publicación de la cuestionada ordenanza conforme a lo exigido por la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, pues ya se verificó que tal norma no fue ratificada y, en consecuencia, resulta inconstitucional.

Sobre los efectos temporales de la presente sentencia de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta argumentos similares a aquellos tomados en cuenta por este Colegiado en sentencias tales como aquellas contenidas en los Expedientes N.os 00041-2004-AI/TC y 00053-2004-AI/TC, dentro de los que destacan los referidos a evitar “un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar” y que “las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy en día deben suministrar los municipios, y con ello, la propia gestión municipal”, es que este Colegiado estima que en este caso no cabe hacer uso de la facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo, por lo que debe declararse que los efectos de la presente sentencia surten a partir del día siguiente de su publicación y no habilitan devoluciones o compensaciones.

174. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00016-2007-AI.html>

EXP. N.º 00016-2007-PI/TC

Colegio de Economistas de Ucayali (demandante)

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los incisos 1 y 5 del artículo 2º de la Ley N.º 28932.

Declarar, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 78º del Código Procesal Constitucional, inconstitucionales los Decretos Legislativos N.º 977, N.º 978, y la Ley N.º 29175.

Declarar la vacatio de la presente sentencia hasta que el Congreso de la República legisle sobre la materia, respetando la interpretación del Tribunal Constitucional del último párrafo del artículo 79º de la Constitución.

MOTIVO:

Las leyes autoritativas están definidas como “(...) las prescripciones normativas generales y escritas emanadas del Congreso de la República, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución”. Así, dentro de la clasificación de “leyes ordinarias”, se advierte la existencia de dos subtipos, entre las que se encuentran las leyes autoritativas o habilitantes. En efecto, en la STC 00047-2004-AI/TC se señaló que “[p]or otro lado, y siempre dentro del tipo de ley ordinaria, nuestra Constitución establece algunos subtipos de la ley ordinaria, con especiales características, pero que en esencia mantienen la condición de ley ordinaria porque su modo de producción es el establecido por la Constitución.

El artículo 104° de la Constitución se refiere a la ley autoritativa, mediante la cual el Congreso de la República delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar a través de Decretos Legislativos. Dicha ley tiene dos elementos indispensables: la materia específica a delegar y el plazo determinado para ejercer la delegación. A su turno, conforme a los artículos 104° y 101°.4 de la Constitución, el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de Tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República”.

Pero una ley autoritativa puede ser también inconstitucional y, por un efecto transitivo en consecuencia, también los decretos legislativos que se dicten precisamente sobre la base de aquélla. Al respecto se ha afirmado en la STC 00047-2004-PI/TC que: “(...) *la regulación a través de este tipo normativo, el decreto legislativo, está limitada directamente por la Constitución y también por la ley autoritativa. Podía darse el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no sólo será inconstitucional la ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual, en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104° de la Constitución”.*

De lo señalado cabe colegir que cuando los beneficios tributarios o la eliminación de los mismos –establecidos con anterioridad– constituya parte integrante de un régimen tributario especial como el que prevé el último párrafo del artículo 79° de la Constitución del Estado, éstos deben encontrarse establecidos en una ley expresa del Congreso de la República, no siendo posible su delegación al Poder Ejecutivo para que éste las regule mediante decreto legislativo. En relación con esto, el Tribunal Constitucional considera que no existe identidad entre “exoneraciones tributarias” y “tratamiento tributario especial”, ya que si bien existe relación entre ellas, no necesariamente se asimilan y no pueden ser utilizadas de manera indistinta. Las exoneraciones tributarias siempre forman parte de un tratamiento tributario especial, pero no todo tratamiento tributario especial necesariamente comprende exoneraciones tributarias.

En ese sentido, es claro que cuando las exoneraciones tributarias formen parte de un tratamiento tributario especial a una determinada zona del país, su modificación o eliminación queda comprendida bajo el principio de reserva de ley absoluta. Lo que se justifica por cuanto que el tratamiento tributario especial no puede establecerse sobre la base de criterios subjetivos o de oportunidad política, porque ello quebraría el principio-derecho de igualdad; lo mismo sucede si se eliminara dicho tratamiento especial por cuestiones que no tengan un sustento objetivo y razonable. Precisamente, la votación reforzada (dos tercios de los congresistas) que exige el último párrafo del artículo 79° de la Constitución constituye una garantía y un límite para establecer o eliminar un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país.

La materia a delegar debe ser específica. En el caso del artículo 2° incisos 1 y 5 puede apreciarse que ésta no es específica en relación con el tratamiento tributario especial para una determinada zona del país. Debe precisarse que cuando los beneficios tributarios se establecen en supuestos distintos al previsto en el último párrafo del artículo 79° de la Constitución, ellos pueden ser objeto de delegación de facultades legislativas. Pero no cuando esos beneficios tributarios forman parte de un régimen tributario especial para una determinada zona del país.

El artículo 2°.1 y 5 de la Ley N.° 28932 no distingue estos dos supuestos que son distintos; lo cual ha llevado también a que el Poder Ejecutivo dicte los Decretos Legislativos N.° 977 y 978 a eliminar y modificar el tratamiento tributario establecido mediante la Ley N.° 27037, Ley de Promoción de la Inversión de la Amazonía, cuyo objetivo era, como señala su artículo 1° “(...) *promover el desarrollo sostenible e integral de la Amazonía, estableciendo las condiciones para la inversión pública y la promoción de la inversión privada*”, en concordancia con los artículos 68° y 69° de la Constitución que prevé como un deber del Estado fomentar el desarrollo sostenible de la Amazonía. En ese sentido, el artículo 2°.1 y 5 de la Ley N.° 28932 deviene en

inconstitucional por cuanto delega al Poder Ejecutivo una materia que por mandato constitucional queda cubierta por el principio de reserva de ley absoluta y con ella también resultan incompatibles, indirectamente, con la Constitución los Decretos Legislativos N.º 977 y 978.

El Tribunal Constitucional tiene el deber de prever las consecuencias de sus decisiones y, por tal motivo, teniendo en cuenta la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28932 –por vulneración de lo previsto en el último párrafo del artículo 79º de la Constitución– y de las demás disposiciones legales conexas, dejaría un vacío normativo susceptible de generar consecuencias económicas importantes, dispone una vacatio sententiae. Este Tribunal en la STC 010-2002-AI/TC (FJ 103) y en la STC 00030-2004-AI/TC (FJ 13) estableció que:

“(…) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una vacatio sententiae, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule [legisle] en un plazo breve y razonable [sobre la materia] (…)”.

En esa medida, la presente sentencia comenzará a surtir efectos una vez que el legislador haya promulgado la norma legal correspondiente, que reemplace la actualmente vigente y que ha sido declarada inconstitucional –así como las leyes conexas–, de tal manera que no quede un vacío legislativo. Por consiguiente, se propone al Congreso legislar la materia regulada por las disposiciones legales inconstitucionales, respetando, claro está, los principios interpretativos establecidos y desarrollados por este Tribunal en la presente sentencia; particularmente en lo que se refiere a lo previsto en el último párrafo del artículo 79º de la Constitución.

175. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00030-2007-AI.html>

EXP. N.º 0030-2007-PI/TC

CIPRIANO COSME CAMPOMANES MARTINEZ Y MÁS DEL 1% DE CIUDADANOS DEL DISTRITO DE SANTA ANITA

FALLO:

Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Municipalidad Distrital de San Luis; en consecuencia, inconstitucional las ordenanzas N.os 033-MDSL y 035-2005-MDSL, de conformidad con los fundamentos de la presente sentencia debiendo seguirse las reglas establecidas en la sentencia emitida en el Expediente N.º 0053-2004-AI/TC, Punto XIII, sobre los efectos de la sentencia en el tiempo.

MOTIVO:

En la STC N.º 0041-2004-AI/TC (fundamento 28), se señala que debe distinguirse entre los dos momentos de la cuantificación de tasas por concepto de arbitrios, cuales son, la determinación global del costo del servicio y la distribución del mismo entre la totalidad de los contribuyentes de una determinada circunscripción.

Con ello, el Tribunal comprende que las municipalidades tienen amplia facultad para determinar el costo de los arbitrios y la distribución de éste entre los contribuyentes, siempre que se respeten criterios razonables expresados, los mismos que fueran expresados en las sentencias Expedientes N.os 0041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC. Desde luego, ello no implica cerrar la posibilidad al hecho de que, si existieran nuevos criterios a futuro, estos podrán ser tomados en cuenta. Así se expuso en los fundamentos 22 al 25 de la sentencia del Expediente N.º 0018-2005-AI/TC. Con tales criterios, lo que se busca en realidad es establecer

una línea de interpretación que permita conocer cuándo un criterio es válido. Esto es, plantear bases presuntas mínimas que puedan adaptarse a la realidad social y económica de cada municipio, sin que ello implique fundamentar los arbitrios en motivos arbitrarios o contrarios al orden constitucional.

Por consiguiente, no resulta admisible que, sin mayor sustento, se indique que la determinación del costo global de los arbitrios ha aumentado respecto del año precedente por el mero hecho que la demandada ha dejado de subsidiarlos, mas aún cuando en el Informe Técnico no muestra mayor detalle sobre la depreciación de los bienes de su activo, ni especifica la manera en que los Gastos Administrativos han sido prorrateados, ni en qué forma la demandada ha venido subsidiando tales servicios (ver página 308373 de El Peruano).

Adicionalmente a lo expuesto es de agregarse que si bien el Informe Técnico menciona, de manera genérica y breve, cuáles son los componentes del costo de cada servicio brindado, se ha abusado de las expresiones “otras herramientas”, “otros equipos”, “gastos variables”, y del vocablo “otros”, de forma tal que existe un amplio margen de incertidumbre sobre el contenido que corresponde a cada una de dichas partidas debido a la poca claridad con que el mencionado informe ha sido elaborado. En efecto, esta incompleta y poco clara sustentación de los gastos globales de los arbitrios se ve materializada cuando se determina el costo de los arbitrios por limpieza pública, parques y jardines y serenazgo. En tal sentido, es evidente que la Municipalidad no ha cumplido con sustentar adecuadamente el costo global de los arbitrios, debiendo estimarse la demanda sobre este punto. Y es que sorprende a este Tribunal la metodología empleada por la demandada, en tanto ha obviado hacer mención alguna respecto de la manera en qué los montos, que en su momento han sido recaudados, fueron imputados a dicho costo global. Dicha omisión, a criterio de este Tribunal, impide tener certeza respecto del verdadero costo global a repartir entre los contribuyentes que aún no han cancelado su deuda vinculada por tales conceptos. Así, la Municipalidad no puede simplemente omitir los pagos ya efectuados por el servicio prestado, y a partir de ello, elaborar el costo global de los arbitrios.

En consecuencia, los defectos en la determinación del costo global de los arbitrios vulneran principios constitucionales consagrados en el artículo 74 de la Constitución, en cuanto se pretende el cobro de arbitrios sobre la base de montos que no han sido determinados de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia de este Colegiado.

Respecto el servicio de limpieza pública, que se divide en la recolección de basura y el barrido de calles, se aprecia en el punto 5.1.1 del Informe Técnico, la primera de las mencionadas incluye la recolección de residuos sólidos, su transporte al relleno sanitario, barrido de calles y supervisión de los servicios de limpieza pública, mientras que la prestación de barrido de calles incluye el barrido y el lavado de calles. Por consiguiente, claramente se aprecia una inaceptable duplicidad de cobros.

Asimismo, el cálculo para la distribución del costo de barrido de calles no resulta compatible con los criterios constitucionales desarrollados por este Tribunal. En efecto, para ello se ha establecido de manera general que el frontis del inmueble será igual a la raíz cuadrada del área del terreno. La operación es razonable para los casos en donde efectivamente los terrenos son cuadrados, no así en los demás casos. Resulta evidente por consiguiente la colisión de dicho criterio con la jurisprudencia de este Colegiado (sentencia del Expediente N.º 0020-2006-PI/TC, fundamentos 11 al 15).

Adicionalmente a lo expuesto sobre la determinación del costo global de los arbitrios, en lo referente a la distribución del costo de barrido de calles, se aprecia que la Municipalidad aplica el mismo criterio sobre el cual ya nos hemos pronunciado en el fundamento 22, supra. Y es que si bien el artículo 7 literal b) expone que para el barrido de calles se tomará en cuenta la longitud del frente del predio expresada en metro lineales, la sección 5.1.2. del Informe Técnico se explica que como no se cuenta con la información detallada del frente los predios “se aplicará la raíz cuadrada al área del terreno, asumiendo que cada predio es un cuadrado perfecto”. Es decir, se utiliza un criterio vedado que este Tribunal ya ha cuestionado en la Sentencia del Expediente N.º 0020-2006-PI/TC.

En consecuencia, dado que la citada ordenanza adolece de vicios de inconstitucionalidad insalvables respecto a la determinación del costo global, carece de objeto seguir analizando la manera en que los costos globales han sido distribuidos entre los contribuyentes.

Tal como se efectuó en las sentencias emitidas en los expedientes N.os 0041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC, en el presente caso deben modularse los efectos del presente pronunciamiento a fin de no generar un caos financiero y administrativo, lo que derivaría también en un perjuicio para los propios contribuyentes. Así, el artículo 81° del Código Procesal Constitucional autoriza a este Colegiado a modular los efectos en el tiempo de la sentencias de inconstitucionalidad que recaigan sobre normas tributarias.

Es por ello que, al igual que en las sentencias mencionadas, el Tribunal se ve impedido de hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal con efecto retroactivo. Por consiguiente, se aplicarán las mismas reglas establecidas en la sentencia del Expediente N.° 0053-2004-AI/TC (Punto XIII. Efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad).

176. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02041-2007-AA.html>

EXP. N.° 02041-2007-PA/TC

GRIFOSA S.A.C.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de amparo de autos, en consecuencia, ordenar que se deje sin efecto las liquidaciones y resoluciones de determinación de deuda tributaria citadas en los antecedentes de esta sentencia, y que la emplazada establezca una nueva tasa que deberá pagar el actor conforme a los fundamentos precedentes.

Sanciónese a la Municipalidad Metropolitana de Lima con una multa de 10 URP como consecuencia del desacato a la STC 0053-2004-AI/TC, en perjuicio del orden constitucional y el respeto de los derechos fundamentales de los contribuyentes de dicha comuna.

MOTIVO:

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado parámetros mínimos de validez constitucional de las ordenanzas que regulen los arbitrios municipales, tanto a nivel formal (obligatoriedad de la ratificación, plazo y publicación), como a nivel material (precisión del costo global que significa la prestación de los servicios y la distribución de su carga económica). Con relación a esto último, es preciso recordar que la obligación de señalar el costo global debe entenderse como el desembolso que efectivamente significa para la Municipalidad prestar el servicio, lo cual excluye costos no relacionados o sobredimensionados. Por otro lado, respecto a la distribución de la carga económica, ésta debe obedecer a criterios diferenciados por el tipo de servicio que se presta.

La Ordenanza N.° 830 y sus anexos, tienen las siguientes carencias en lo que respecta a criterios de distribución:

- En lo que respecta a recolección de basura, no han considerado el número de personas a fin de calcular la distribución del costo.

- En lo referido a barrido de calles, no se ha considerado únicamente la longitud del frontis, sino también la raíz cuadrada del área del terreno que no sería exacto en caso el predio no tenga forma cuadrada.

- Con relación a parques y jardines, solo hay dos criterios: ubicación frente a un parque o que no esté frente a un parque; en este último caso no se establece diferenciación si está más o menos cerca, por lo que no resultaría justo igualar situaciones diferentes.
- Respecto a serenazgo, no considera la ubicación del predio, criterio que es relevante para definir la peligrosidad de la zona.

Finalmente no señala cómo alcanza el costo global que distribuye entre los contribuyentes.

No indica fehacientemente cómo ha obtenido los costos anuales de los arbitrios, ni cómo se han calculado los costos incurridos en la prestación del servicio. Lo anterior debido a que se señalan costos que aparentemente no tienen relación con el servicio. Asimismo, señala los criterios de determinación pero no cómo se aplican los mismos, es decir, qué influencia tienen en el pago que deben asumir los contribuyentes.

Así, al no cumplir lo establecido por el TC en materia de tributación municipal, no sería aplicable a este período. En ese sentido, la Ordenanza N.º 830 regiría pero, como se ha explicado líneas arriba, tiene defectos que contradicen lo señalado por las sentencias 0041-2004-AI/TC y 0053--2004-AI/TC.

La Ordenanza N.º 830 no regula en sí misma ni en sus anexos el tema de arbitrios en concordancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional (no contiene el costo global ni los criterios de distribución esgrimidos por él). En lo que respecta a la remisión a otras ordenanzas (297 y 562), ellas reenvían a su vez a otros instrumentos normativos de ese rango (298 y 563), y ninguno de ellos contiene el costo global de los servicios a prestarse, siendo ello –como bien expresa el Tribunal Fiscal en la Resolución N.º 03264-2-2007– un aspecto básico del elemento mensurable del arbitrio. Así, no cumple con el principio de reserva de ley, anteriormente reseñado.

Por otro lado, los instrumentos legales analizados no cumplen con los criterios de producción material esgrimidos por el Tribunal Constitucional, dado que no expresan: (i) la forma cómo se ha obtenido el costo anual de los arbitrios, (ii) el cálculo del costo incurrido por la prestación del servicio; y, (iii) la utilización de criterios de distribución relativos a la naturaleza del servicio y el grado de intensidad de uso (tamaño, ubicación y uso del predio, entre otros).

En consecuencia la demanda debe estimarse y, por lo tanto, la demandada debe dejar sin efecto las liquidaciones, resoluciones de determinación, órdenes de pago y demás actos administrativos relacionados con el cobro de arbitrios a la empresa demandante, correspondiente a los años regulados por la Ordenanza N.º 830 y que no se encuentre prescrito, fijando una nueva tasa que deberá pagar la empresa demandante sobre la base de nuevos criterios de determinación de los arbitrios, que guarden relación y congruencia con la naturaleza de este tipo de tributos, respetando el marco legal y constitucional establecido para el ejercicio de su potestad tributaria.

Habiendo constatado que la Municipalidad Metropolitana de Lima ha desconocido los efectos vinculantes de la STC 0053-2004-PI/TC en los términos expuestos en los fundamentos 15 a 18, supra, corresponde en el presente caso aplicar el artículo 22 del CPConst, que establece que “el monto de las multas lo determina discrecionalmente el juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido (...)”. Consideramos también que la sanción pecuniaria debe ser exigida en ejecución de esta sentencia y trasladada luego a esta instancia.

177. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04366-2006-AA.htm>

EXP. N.º 4366-2006-PA/TC

VOPAK SERLIPSA S.A.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda.

Ordenar que en ejecución de sentencia se determine el monto actualizado que corresponde devolver a la empresa demandante por los arbitrios de seguridad ciudadana, parques y jardines por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 1998 hasta el 30 de mayo de 1999.

MOTIVO:

La recurrente no solicita la devolución basándose, únicamente, en las Resoluciones emitidas por el Indecopi sino que, de manera general, cuestiona la improcedencia de los cobros exigidos bajo la vigencia de la Ordenanza N.º 02-97 y en consecuencia la existencia de un pago indebido, por lo que corresponde analizar el presente caso a la luz de la STC N.º 0053-2004-PI/TC, publicada el 17 de agosto de 2005, mediante la cual el Tribunal Constitucional estableció reglas vinculantes para la producción de la normativa municipal en materia de arbitrios, tanto en el aspecto formal (requisito de ratificación) como material (criterios para la distribución de costos). Donde se determinó, además, que los efectos del fallo y la declaratoria de inconstitucionalidad se extendían a todas las ordenanzas municipales que incurrieran en los mismos vicios de constitucionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, el Tribunal concluyó que su fallo no tenía alcance retroactivo, por lo que no habilitaba las solicitudes de devolución y/o compensación posteriores a la publicación de la referida sentencia, sustentadas en pagos efectuados con base en ordenanzas declaradas inconstitucionales. Sin embargo, en el punto 3 del fallo establece la siguiente excepción: *"(...) la regla respecto a las no devoluciones masivas, no alcanza a los procesos contra ordenanzas inconstitucionales por la forma o por el fondo, que ya se encontraban en trámite antes de la publicación de la presente sentencia"*.

La controversia, al haberse planteado antes de la publicación de la referida sentencia y por encontrarse aún pendiente de ser resuelta, se exceptúa de la regla que prohíbe las devoluciones por los periodos cuestionados.

En este mismo sentido cabe mencionar que, con fecha 30 de diciembre de 2005, se publicó en el diario oficial El Peruano la Ordenanza Municipal N.º 00040, la misma que, en cumplimiento de los requisitos de validez establecidos por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 0053-2004-PI/TC, regula el pago de arbitrios a favor de la Municipalidad Provincial del Callao, estableciendo, en su Octava Disposición Final, que la Administración Tributaria declarará la procedencia de oficio de los recursos de reclamación interpuestos contra valores tributarios emitidos o actos de determinación de los arbitrios municipales generados durante los periodos anteriores al año 2002, procediendo al archivamiento de las causas y a la suspensión de toda cobranza iniciada por concepto de ellas; con lo cual, reconoce la ilegitimidad de las normas anteriores a dichos periodos para que, sobre la base de ellas, se efectúe la cobranza de arbitrios.

En consecuencia, conforme a los fundamentos precedentes se concluye que, en el presente caso, procede la devolución de arbitrios municipales por concepto de seguridad ciudadana, parques y jardines por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 1998 y el 30 de mayo de 1999, por cuanto, al haberse sustentado en una ordenanza con vicio de inconstitucionalidad, se vulneraron los derechos fundamentales a la propiedad y libertad de empresa de la recurrente.

178. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00020-2006-AI.html>

EXP. N.º 0020-2006-PI/TC

CARLOS RONCAL RODRÍGUEZ MÁS DEL 1% DE CIUDADANOS DEL DISTRITO DE SANTA ANITA

FALLO:

Declarar FUNDADA, en parte, la demanda; en consecuencia, declárese inconstitucional el criterio que configura la distribución del costo del servicio de barrido de calles de las ordenanzas 021-MDSA, 025-MDSA, 024-MDSA y 029-MDSA, de conformidad con los fundamentos de la presente sentencia, debiendo seguirse las reglas establecidas en la sentencia emitida en el Expediente N.º 0053-2004-AI/TC, Punto XIII, sobre los efectos de la sentencia en el tiempo.

MOTIVO:

En la sentencia del Expediente 0041-2004-AI/TC (fundamento 29), el Tribunal indicó que las municipalidades estaban vedadas de considerar de manera irrazonable e indiscriminada cualquier criterio para justificar los costos de los arbitrios, ya que estos deben ser idóneos y guardar relación con la proyección del coste del servicio. El instrumento para fiscalizar ello es el informe técnico, el mismo que debe ser publicado conjuntamente con las ordenanzas que regulan los arbitrios municipales. En este sentido, se tendrá que justificar el costo global del servicio sobre la base de los insumos o maquinaria empleada y otros costos directos necesarios para llevar a cabo tal servicio.

Sobre la distribución de los costos, en sentencias del Tribunal quedó sentado que “(...) la admisión o negación de un criterio como válido no puede definirse de manera uniforme, sino que dependerá de que, en el caso de un arbitrio específico, los criterios utilizados guarden una conexión razonable con la naturaleza del servicio brindado” (Expediente N.º 0041-2004-AI/TC, fundamento 40).

Tales parámetros, en los cuales subyace la razonabilidad, deben ser delimitados de tal forma que sea la naturaleza de los diferentes servicios la que determine, en cada caso, la opción distributiva de costos más adecuada para conseguir la cuota distributiva ideal. Debe comprenderse que los municipios son los encargados de desarrollar e implementar las formas de alcanzar tal objetivo, puesto que cuentan con la información y el personal técnico para tal fin, debiendo verse todo ello materializado en la regulación de fórmulas que logren un mejor equilibrio en la repartición de las cargas económicas.

El Tribunal Constitucional expuso algunos criterios objetivos a partir de los cuales cabría presumirse adecuada la distribución del costo de los arbitrios municipales. Cabe agregar, no obstante, como ya se hizo en la Sentencia emitida en el Expediente N.º 0018-2005-AI/TC, Fundamento 22 al 25, que tales parámetros deben ser comprendidos como “bases presuntas mínimas”, las mismas que no son rígidas, debiendo ser flexibles frente a la realidad social y económica de cada municipio.

La Ordenanza 024-MDSA y su modificatoria, 029-MDSA regulan los arbitrios para el año de 2006, utilizando no obstante los mismos criterios ya revisados en las ordenanzas anteriores. El artículo 12.º, literal a. de la Ordenanza N.º 024-MDSA establece que, respecto el barrido de las calles, “el costo se distribuirá de acuerdo al tamaño del predio en término de longitud del frente del predio”. Sin embargo, del informe técnico resumido (El Peruano, pág. 307179) se observa que se recoge el criterio de la raíz cuadrada del área del terreno del predio. Conforme ya se indicó, tal criterio contrasta notoriamente con los expuestos por este Tribunal en las sentencias que desarrollan lo relativo a los arbitrios. Por tal razón debe declararse inconstitucional el criterio utilizado por la municipalidad también en lo que se refiere a esta ordenanza.

Cosa similar ocurre con el criterio referido al recojo domiciliario de residuos, por lo que los fundamentos expuestos a propósito de ello son también de aplicación para este caso.

Tal como se efectuó en las sentencias emitidas en los expedientes N.os 0041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC, en el presente caso deben modularse los efectos del presente pronunciamiento a fin de no generar un caos financiero y administrativo, lo que derivaría también en un perjuicio para los propios contribuyentes. Así, el artículo 81.º del Código

Procesal Constitucional autoriza a este Colegiado a modular los efectos en el tiempo de la sentencias de inconstitucionalidad que recaigan sobre normas tributarias.

Es por ello que, al igual que en las sentencias mencionadas, el Tribunal se ve impedido de hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal con efecto retroactivo. Por consiguiente, se aplicarán las mismas reglas establecidas en la sentencia del Expediente N.º 0053-2004-AI/TC (Punto XIII. Efectos en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad).

179. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07386-2006-AA%20Resolucion.html>

EXP. N.º 07386-2006-PA/TC

JUSTO PASTOR ARAUJO ROJAS

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de amparo en el extremo referido a que se dejen sin efecto las liquidaciones de arbitrios de los años 2001 a 2004 y en consecuencia inaplicable a su caso la Ordenanza 022-2001-MDCH, Ordenanza 034-2002-MDCH, Ordenanza 041-2003-MDCH y Ordenanza 061-2004-MDCH, por incurrir en vicios de inconstitucionalidad conforme a lo expuesto en los fundamentos 10-12.

MOTIVO:

Correspondía a la Municipalidad Distrital de Chorrillos la carga de probar que existían razones o circunstancias excepcionales que justificaban la utilización del autoavalúo para el cálculo de los arbitrios de los años 2001 y 2002. Como ello no ha ocurrido, las Ordenanzas N.º 022-2001-MDCH y N.º 034-2002-MDCH incurrir en vicios de inconstitucionalidad, por lo que devienen en inaplicables para el caso concreto. En consecuencia, deberán dejarse sin efecto las cobranzas de arbitrios por los periodos 2001 y 2002.

Por otro lado con respecto a los arbitrios del año 2003 estos pretendieron ser regulados mediante la Ordenanza N.º 041-2003-MDCH, en cuyo artículo 10 se estableció que para determinar los montos a pagar por arbitrios se tomarían en cuenta los siguientes criterios: I) el valor de autoavalúo del predio, II) la ubicación de éste, III) su área, y IV) la actividad desarrollada en él. Estos mismos criterios fueron los que se establecieron en el artículo 10 de la Ordenanza N.º 061-2004-MDCH, que reguló los arbitrios del año 2004.

Al respecto se debe advertir que tampoco en estos casos la Municipalidad Distrital de Chorrillos ha expuesto las razones o circunstancias excepcionales que justificaron el uso del autoavalúo para el cálculo de los arbitrios, por lo que las Ordenanzas N.º 041-2003-MDCH y N.º 061-2004-MDCH también adolecen de vicios materiales de inconstitucionalidad, debiendo ser inaplicadas para el caso concreto.

A mayor abundamiento, de acuerdo con la información que figura en la página web del Servicio de Administración Tributaria[2], estas dos últimas ordenanzas no han sido ratificadas por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con lo que, según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972, no han cumplido con los requisitos necesarios para entrar en vigencia. Por lo tanto, desde un punto de vista formal, las mencionadas ordenanzas también han incurrido en vicios de inconstitucionalidad.

180. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00053-2004-AI.html>

EXP. 00053-2004-PI/TC

La Defensoría del Pueblo (demandante) c. Municipalidad Distrital de Miraflores (demandada)

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de las Ordenanzas N.os 142 y 143 (2004), 116 (2003), 100 (2002), 70-2000-MM (2000), 57-99-MM(1999), 48-98-MM(1998), y 33-97-MM(1997).

Declarar FUNDADA en parte la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de la Ordenanza N.º 86 (2001), en el caso de la determinación del importe de los arbitrios de limpieza pública y serenazgo.

Declarar que las reglas de observancia obligatoria, así como el fallo respecto a la no retroactividad en los efectos de esta sentencia, vinculan a todas las municipalidades del país.

MOTIVO:

La reserva de ley en materia tributaria determina que todos los elementos esenciales del tributo (hecho generador, base imponible, sujetos y alícuota) sean creados mediante ley. Específicamente, en el caso de los gobiernos locales, la propia Constitución ha conferido a la ordenanza el rango de ley para ser utilizada como instrumento normativo idóneo para el ejercicio de su potestad tributaria.

En el caso de los municipios, se constata el respeto a la reserva de ley, cuando el tributo ha sido creado por ordenanza siguiendo las reglas de producción normativa del parámetro de constitucionalidad y cuando cada uno de los elementos constitutivos del tributo se encuentren regulados en él (esto incluye la base imponible y alícuota que normalmente se derivan del informe técnico); de lo contrario, ninguna autoridad se encontraría habilitada para cobrar tributos con base a dicha norma. En razón a ello, no es posible la derivación de ninguno de los elementos constitutivos del tributo a ninguna norma de menor jerarquía o que estos sean regulados en momento distinto al de la norma que crea el arbitrio.

Respecto a los requisitos para la validez y vigencia, así como al momento en que la ordenanza que crea arbitrios puede ser exigida a terceros, se reiteran las conclusiones expuestas en los fundamentos 15 al 27 de la STC N.º 0041-2004-AI/TC:

- ü La ratificación es un requisito esencial para la validez de la ordenanza que crea arbitrios
- ü La publicación del Acuerdo de Concejo Provincial que ratifica, es un requisito para su vigencia.
- ü El plazo del artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal, es el plazo razonable para la ratificación y publicación del Acuerdo de Concejo que ratifica la ordenanza.
- ü Sólo a partir del día siguiente de la publicación de dicho acuerdo dentro del plazo, la municipalidad distrital se encuentra legitimada para cobrar arbitrios.
- ü En caso que no se haya cumplido con ratificar (requisito de validez) y publicar (requisito de vigencia) una ordenanza dentro del plazo previsto, corresponde la aplicación del artículo 69-B de la Ley de Tributación Municipal; en consecuencia, el arbitrio se cobrará en base a la ordenanza válida y vigente del año fiscal anterior reajustada con el índice de precios al consumidor.
- ü Si la norma del año anterior no cuenta con los requisitos de validez y vigencia, deberá retrotraerse hasta encontrar una norma que reúna tales requisitos y sirva de base de cálculo.

En la cuantificación de los arbitrios se deben distinguir dos momentos: 1) la determinación del costo global (que se evidencia a través del Informe Técnico anexo a la Ordenanza); y 2) la

distribución de este costo global entre todos los vecinos-contribuyentes, (en base a criterios razonables de distribución).

Se ha incidido en el segundo aspecto de la cuantificación, por ser importante desarrollar la determinación global del costo, porque, para asegurar una correcta distribución del costo del servicio entre todos los contribuyentes, un aspecto indispensable es que, primeramente, tales montos sean los que realmente corresponde distribuir, pues ante un presupuesto de costo global con sobrevaloraciones, de nada serviría buscar fórmulas para la distribución de costos, cuando en principio el mismo de ninguna manera podría ser distribuido por no corresponder al gasto por prestación de servicio.

Por lo antes señalado, el tribunal considera necesario resaltar la importancia de la ratificación, pues mediante este filtro se constata que todos los montos que se distribuyan entre la totalidad de contribuyentes de una determinada localidad sean sólo aquellos gastos justificados para financiar el servicio.

Como quiera que estos costos se sustentan en un informe técnico financiero, su publicidad como anexo integrante de la ordenanza que crea arbitrios, resulta determinante para la observancia del principio de reserva de ley, dado que será sobre la base de estos cálculos como se determine la base imponible y la distribución de su monto entre todos los vecinos. En tal sentido, el informe técnico financiero constituye un elemento esencial de este tributo.

En la mayoría de los casos particulares vistos por este Tribunal, se advierte que uno de los criterios para la determinación de arbitrios más usado por los municipios y a su vez, más cuestionado por los contribuyentes, ha sido el uso del valor de predio (autoavalúo), elemento que representa una manifestación clara de capacidad contributiva, porque evidencia la tenencia de patrimonio y su valorización.

Evidentemente, el autoavalúo –instrumento que demuestra la capacidad contributiva en cada caso–, no puede ser el criterio originario y determinante para distribuir el costo del servicio, pues no es en base a la capacidad contributiva que se genera la obligación tributaria, sino a consecuencia de la actividad desempeñada por el municipio para la efectiva prestación de servicios en beneficio de los contribuyentes.

No obstante ello, no es posible negar la concurrencia del principio de capacidad contributiva en todos los casos, aunque no en el nivel de criterio generador de la tasa (arbitrio), sino como criterio de invocación externa debido a circunstancias excepcionales. Así, por ejemplo, aun cuando en las tasas (arbitrios) su cobro no se derive directamente de este principio, resulta que a veces en zonas de mayor delincuencia –por consiguiente, con mayor despliegue de servicio municipal–, reside la población con menores recursos, la cual, probablemente, si únicamente nos referimos a la contraprestación efectiva, deba pagar un mayor arbitrio que aquellos contribuyentes con mayor capacidad económica. En muchos casos, este monto exigible incluso coactivamente, resulta excesivo para la reducida capacidad de pago de estas personas.

Es así que, dependiendo de las circunstancias sociales y económicas de cada municipio, la invocación de la capacidad contributiva con fundamento en el “principio de solidaridad”, puede ser excepcionalmente admitida, en tanto y en cuanto se demuestre que se logra un mejor acercamiento el principio de equidad en la distribución.

Conforme a lo dicho, la evaluación de confiscatoriedad cuantitativa en estos casos, es una tarea difícil de determinar con alcance general, por lo que será necesaria su verificación atendiendo las peculiaridades de cada caso particular. No obstante, situaciones tales como la determinación del monto global del arbitrio en base a montos sobrevalorados o montos no justificados, por ejemplo ante la inexistencia del informe técnico financiero, evidencian situaciones de confiscatoriedad, pues imponen al contribuyente cargas tributarias que no corresponden a su realidad.

La confiscatoriedad en cada caso concreto requerirá la verificación de la no existencia de una relación razonable entre el costo del servicio global que debe solventar cada sujeto y la forma como se ha cuantificado el mismo en su caso, debiendo demostrarse, además, que de acuerdo a sus circunstancias económicas, no le es posible soportar este tributo.

La confiscatoriedad no sólo se constata cuantitativamente, sino que podría verificarse de manera cualitativa cuando se exige el pago sin respetar otros principios tributarios. De este modo, habrá confiscatoriedad cualitativa si la municipalidad no ha puesto a disposición del vecino la prestación del servicio, en cuyo caso se vulnera la reserva de ley, al cobrarse en base a una circunstancia generadora inexistente.

La trascendencia del presente caso, –dada la creciente expectativa de los contribuyentes y gobiernos locales–, y sus posibles efectos económicos, exigen que este Tribunal Constitucional determine los efectos de su decisión en el tiempo.

En este escenario, un primer aspecto a considerar es que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efecto retroactivo (ex tunc), involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad –dada la antigüedad de algunas normas impugnadas y la vigencia de sus efectos, situación que se agrava considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional–, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar.

Las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy en día deben suministrar los municipios, y con ello, la propia gestión municipal. Este, a nuestro juicio, es el argumento central que impide a este Tribunal hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo.

La decisión de no otorgar retroactividad a los efectos de esta sentencia determina las siguientes reglas vinculantes:

ü No procedan las solicitudes de devoluciones por pagos indebidos cobrados en base a las ordenanzas declaradas inconstitucionales, que se interpongan luego de la publicación de esta sentencia.

ü Están exentos de la primera regla los reclamos administrativos y procesos judiciales que fueron accionados dentro de los plazos correspondientes y que aún se encontraban en trámite al momento de la publicación de la presente sentencia, a fin de que prime en su resolución el principio pro actione.

ü Se deja sin efecto cualquier cobranza en trámite basada en ordenanzas inconstitucionales; asimismo, se impide el inicio de cualquier procedimiento coactivo cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en ordenanzas inconstitucionales.

ü La regla anterior únicamente imposibilita la realización de la cobranza de deudas impagas basándose en ordenanzas inconstitucionales; por consiguiente, no impide que las mismas puedan ser exigidas: a) sobre la base de ordenanzas válidas de periodos anteriores reajustadas con el Índice de precios al consumidor; o, en su defecto, de no encontrarse norma válida alguna, b) sobre la base de nuevas ordenanzas emitidas siguiendo los criterios vinculantes de este Tribunal, por los periodos no prescritos.

ü De estar en el supuesto b), las ordenanzas habilitadas para cobrar las deudas impagas por los periodos no prescritos deberán tramitarse conforme a los plazos del procedimiento de ratificación que hayan establecido las Municipalidades Provinciales. El trámite deberá realizarse igual que en el caso del procedimiento de ratificación de las

ordenanzas que regirán por el periodo 2006, a fin de que puedan surtir efectos desde el 1 de enero de dicho año.

Si bien a diferencia del caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley de alcance nacional, la declaratoria de inconstitucionalidad de ordenanzas se restringe al ordenamiento jurídico municipal del que provienen, ello no impide a este Tribunal para que, a efectos de garantizar la primacía de la Constitución y el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa en general, extienda por conexidad los efectos de su sentencia a casos similares, toda vez que se constatan los mismos vicios de forma y fondo que en este caso particular se sancionan.

En tal sentido, procede interpretar la vinculación a todos los demás casos invocando el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, que señala que: *“La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”*

Lo que se busca con esta disposición es limpiar de impurezas el ordenamiento jurídico y asegurar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sea efectiva en su totalidad, desterrándose también aquellas otras normas que se le relación o vinculen.

Consecuentemente, para tal efecto, todas las demás municipalidades del país se encuentran vinculadas, a partir de la fecha, a las reglas vinculantes establecidas en esta sentencia, bajo sanción de nulidad de sus ordenanzas.

De igual manera, respecto a los mismos periodos tributarios evaluados en los casos de Surco y Miraflores, esto es, de 1997 a 2004, deberán observar las reglas vinculantes establecidas en esta Sentencia respecto al procedimiento de ratificación (VII, parte B, § 9); así como, los parámetros mínimos de validez constitucional que permiten aproximarse a opciones de distribución ideal del costo del servicio (VIII, parte A, § 3). Asimismo, también les alcanza el fallo de esta sentencia respecto a la modulación de los efectos en el tiempo; por lo que les son aplicables las mismas reglas establecidas en el punto XIII precedente.

181. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01363-2002-AA.htm>

EXP. N.º 1363-2002-AA/TC

CLAUDIA DENISE BENATHAN DAHAN DE FLEISCHMAN

FALLO:

Declara FUNDADA en parte y, en consecuencia, inaplicables las Ordenanzas Municipales N.os 108 y 138 y las Resoluciones de Determinación N.os 11-02-170447 y 11-02-170446 ordenando a la demandada fijar nuevas tasas sobre la base de nuevos criterios de determinación que guarden relación y congruencia con la naturaleza de este tipo de tributos;

MOTIVO:

Debe considerarse que el hecho generador de la obligación tributaria es la prestación efectiva o mantenimiento del servicio, cuyo cálculo debe efectuarse en función de su costo, por lo que resulta incongruente que se utilice como criterio de determinación del tributo el valor del predio para el pago del impuesto predial, su ubicación o uso y ello, por la sencilla razón de que no existe relación entre el servicio público prestado y el valor, ubicación o uso del inmueble. En este sentido, en materia tributaria, el valor del predio se utiliza como base imponible para la determinación de impuestos que gravan el patrimonio por ser un indicador de la capacidad contributiva del obligado. En cambio, para el caso de una tasa por servicio público, como es el arbitrio, su base imponible debe estar en relación con el costo que demanda el servicio, su mantenimiento y el beneficio individual, sea real o potencial, que recibe el usuario, y no con su capacidad contributiva, ya que esta responde más a la naturaleza misma del impuesto.

Las Resoluciones de Determinación materia de litis se sustentaron en las Ordenanzas Municipales N.os 108, 137 y 138, la primera y la tercera de las cuales en sus artículos 9° y 1°, respectivamente, establecen como criterios de determinación el valor y el uso del predio o inmueble, lo cual resulta incongruente con la naturaleza misma del arbitrio, tal como se ha sostenido en el fundamento 6, debiendo inaplicarse en autos tanto las Ordenanzas N.os 108 y 138 como las Resoluciones de Determinación citadas en el presente fundamento.

182. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00007-2001-AI.html>

EXP. N.° 007-2001-AI/TC

DEFENSOR DEL PUEBLO

FALLO:

Declarando FUNDADA la demanda interpuesta por el Defensor del Pueblo y, en consecuencia, inconstitucional por el fondo la Ordenanza N.° 003 expedida con fecha 12 de marzo de 1999 por la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho. Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial El Peruano.

MOTIVO:

Resulta necesario examinar dos aspectos esenciales en torno de la norma objeto de impugnación: a) si el Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho se encontraba o no facultado para declarar inaplicable dentro de su propio ámbito territorial el texto de la Ordenanza N.° 211, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima; y, b) si es o no constitucional que la Municipalidad Metropolitana de Lima exija que las ordenanzas con contenido tributario, emitidas por una Municipalidad Distrital (en este caso, San Juan de Lurigancho), tengan que ser necesariamente ratificadas por el Concejo Provincial.

En lo que respecta al primer extremo, el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable.

En cuanto al segundo extremo, considera el Tribunal que, aunque toda norma preconstitucional no puede asumirse per se como inmediatamente incorporada a un determinado ordenamiento jurídico si previamente no es cotejada con el modelo de fuentes normativas diseñado por una nueva Constitución, en el presente caso, el artículo 94° de la Ley Orgánica de Municipalidades N.° 23853 no resulta incompatible con ningún dispositivo de la Constitución Política de 1993, actualmente vigente, pues, a pesar de que ya no son los edictos municipales los que regulan materia tributaria, sino las ordenanzas, lo establece la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, el procedimiento de ratificación de tales normas expedidas por una municipalidad distrital por parte de una municipalidad provincial, no resulta contrario ni a la garantía institucional de la autonomía municipal ni tampoco al principio de legalidad en materia tributaria.

Por consiguiente y si bien es cierto que la regla de la fuente normativa conforme a la cual se regula en materia tributaria ha cambiado, no lo ha sido así el alcance de la obligación ratificatoria contenida en el artículo 94° de la citada Ley Orgánica de Municipalidades, por lo que la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho no puede oponerse a un

procedimiento que, como se ha manifestado, resulta perfectamente acorde con lo establecido por la Constitución.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, aunque la autonomía concedida a los gobiernos municipales les permite desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos), la misma no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias, pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél.

183 URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00008-2001-AI.html>

EXP. N.º 008-2001-AI/TC

DEFENSOR DEL PUEBLO (e)

FALLO:

Declarando FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Municipal N.º 089-97-C/PPP, la misma que a partir de la fecha queda sin efecto. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

MOTIVO:

La ordenanza impugnada, en su artículo primero, dispuso "Dejar sin efecto, a partir del 1º de enero de 1997, la inafectación al pago del impuesto predial del que gozaban los predios de propiedad de las Instituciones Educativas particulares". Se fundamenta en el Decreto Legislativo N.º 882 del nueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis, que dispuso que "las instituciones educativas particulares son generadoras de rentas de tercera categoría, disposición tributaria en vigencia desde el 1º de enero de 1997".

Sin embargo, como se ha visto, la generación de rentas de tercera categoría, por parte de las instituciones educativas particulares, no basta para imponerles el impuesto predial. El artículo 19º de la Constitución las exonera de este impuesto si sus predios están dedicados a fines educativos y culturales. Por consiguiente, para afectar los predios de las universidades, es indispensable que estén dedicados a fines distintos de la educación y cultura, lo que no ha sido considerado por la ordenanza municipal.

Por otra parte, el artículo 74º de la Constitución, en su tercer párrafo, señala que "*Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual, rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación*"; por tanto, la fecha del tributo de periodicidad anual que pretende imponer la municipalidad regiría a partir del uno de enero del año siguiente a su promulgación. La aplicación del tributo, con fecha anterior, sería retroactiva.

En consecuencia, el artículo primero de la ordenanza impugnada es inconstitucional, pues contraría el artículo 19º de la Constitución, vulnera los principios de legalidad y reserva tributaria, así como el derecho de propiedad. Dado que los artículos segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Municipal N.º 089-97-C/PPP se encuentran en una relación de dependencia respecto del artículo primero, y siendo éste incompatible con la Constitución, aquéllos también lo son.

184. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2005-AI.html>

EXP. N.º 0012-2005-PI/TC

PEDRO PABLO FERNÁNDEZ SOLIS y MÁS DEL 1 % DE CUIDADANOS

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad respecto de las Ordenanzas N.os 001-1998-MDSL, 031-1999-MDSL, 060-2000-MDSL, 094-2001-MDSL, 122-2002-MDSL, 003-2003-MDSL, 004-2003-MDSL y 003-2004-MDSL, conforme a lo dispuesto en los Fundamentos 13 a 22, supra.

MOTIVO:

Mediante STC N.º 0053-2005-PI/TC publicada el 17 de setiembre de 2005, con motivo de la evaluación de la constitucionalidad de diversas ordenanzas sobre arbitrios del distrito de Miraflores, el Tribunal Constitucional estableció que las reglas generales en ella desarrolladas constituían precedente vinculante para el resto de municipalidades del país, en virtud de lo dispuesto por el artículo 78º del Código Procesal Constitucional, que dispone que *“La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”*.

La declaración de la inconstitucionalidad de normas conexas resulta perfectamente admisible en nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de lo establecido por el artículo 38º de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 26435, actualmente la declaratoria de inconstitucionalidad no se restringe únicamente a los preceptos derivados de la misma norma cuestionada, que haya sido materia del contradictorio, sino que se extiende a aquellas otras normas que se encuentren ligadas por conexión o consecuencia, evidentemente, aun cuando no hayan sido materia del petitorio.

El Tribunal consideró a la regulación de arbitrios municipales, como un supuesto plenamente susceptible de ser Tratado bajo los alcances del artículo 78º del CPConst. En efecto, el interés público, al constituir un tema de envergadura nacional, justificó la extensión de los efectos del fallo, puesto que los supuestos de inconstitucionalidad detectados trascendían el propio caso de la Municipalidad de Miraflores.

De este modo, una vez identificados los supuestos de inconstitucionalidad en la producción normativa municipal sobre arbitrios (referidos al plazo de la ratificación y los criterios para la distribución del costo), el rango de observancia (periodos 1997-2004) y la posibilidad de continuar la cobranza en base a “nuevas ordenanzas” para los periodos no prescritos (2001-2004), el Tribunal extendió la declaratoria de inconstitucionalidad a todos aquellos supuestos (ordenanzas con vicios de inconstitucionalidad), más allá del caso de las ordenanzas de Miraflores. En tal sentido, el resto de Municipalidades quedaron vinculadas por el carácter de cosa juzgada y fuerza de ley de dicha sentencia. De modo que quedaron obligadas a verificar si en los periodos indicados sus ordenanzas también incurrieran en los vicios detectados por el Tribunal y, de ser así, proceder conforme a lo dispuesto en los puntos XIII y XIV de la sentencia predicha.

El criterio establecido por el Tribunal concuerda con el sustento del requisito de la ratificación, como uno constitutivo de validez; y, en esa medida, se ha establecido, vía interpretación, que tal requisito debe concretarse en el término de un plazo razonable; esto es, el plazo establecido en el artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal que, para efectos de los referidos periodos tributarios, debía cumplirse de manera indefectible a más tardar el 30 de abril (ordenanza ratificada y con Acuerdo de Concejo publicado).

Conforme se advierte del cuadro anterior, las Ordenanzas correspondientes a los periodos 1998 a 2002 fueron ratificadas recién en el año 2005; es decir, fuera del plazo razonable para su ratificación, por lo que nunca debieron surtir efecto en los contribuyentes. Más aún, en el caso de las Ordenanzas N.º 003-2003-MDSL y N.º 004-2003-MDSL, nunca fueron ratificadas, por incumplir con requisitos de trámite, conforme se advierte del reporte <http://www.sat.gob.pe/ratiordenanza/pconsratificaciones.asp>. Consecuentemente, la sola existencia de vicios formales de validez referidos a la ratificación en el que han incurrido tales Ordenanzas, permite declarar su inconstitucionalidad, sin necesidad de continuar la evaluación del aspecto material.

La Ordenanza N.º 003-2004 debe ser declarada inconstitucional, toda vez que no sólo no fue ratificada dentro del plazo razonable, sino que, al expedirse, no contó con el informe técnico que detalle el costo global del servicio, el cual fue publicado con fecha posterior, vulnerando el principio de reserva de ley en materia tributaria.

Es evidente la importancia de la publicación del informe técnico financiero anexo a la ordenanza sobre arbitrios, pues no sólo es una garantía de transparencia frente al contribuyente, sino que su inobservancia afecta los principios de reserva de ley y de seguridad jurídica, que buscan evitar la arbitrariedad de las municipalidades al momento de determinar los montos por arbitrios.

En reiterada jurisprudencia se ha precisado que la reserva de ley se encuentra garantizada cuando, vía ley o norma habilitada, se regulan los elementos esenciales y determinantes para reconocer dicho tributo como tal, de modo que todo aquello adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, mas nunca de manera independiente.

185. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00592-2005-AA.html>

EXP. 0592-2005-PA/TC

ROMANTEX S.A

FALLO:

Declarar FUNDADA la acción de amparo. En consecuencia, dispóngase como pagos a cuenta de obligaciones futuras, los pagos de arbitrios efectuados en exceso por el contribuyente desde el periodo 1997, conforme lo expuesto en el fd. 19.

Sanciónese a la Municipalidad de San Isidro con una multa de 10 URP como consecuencia del desacato a la STC 0053-2004-AI/TC, en perjuicio del orden constitucional y el respeto de los derechos fundamentales de los contribuyentes de dicha Comuna.

MOTIVO:

Se advierte que la Ordenanza 02-97-MSI (arbitrio serenazgo) y 03-97-MSI (arbitrio limpieza pública y parques y jardines), tomaron como base de cálculo lo dispuesto en los Edictos 026-MSI y 30-94-MSI respectivamente. Estas últimas, efectúan el cálculo por arbitrios exclusivamente en función del autovaluo (limpieza y parques); así como, en base al uso de predio expresado en porcentajes de la UIT (serenazgo), criterios que no guardan conexión lógica entre la naturaleza del servicio brindado y el presunto grado de intensidad del beneficio; de manera que, presentan vicios de constitucionalidad material que fueron recogidos en las Ordenanzas del año 1997.

Asimismo, se advierte que tales Ordenanzas a su vez, sirvieron de base para sustentar los cobros de arbitrios según la Ordenanza 020-MSI (2000), manteniendo la deficiencia de fondo advertida. De otro lado, los periodos 1998 y 1999, tuvieron como fuente normativa los Decretos de Alcaldía 07-98 ALC/MSI (1998) y el Decreto de Alcaldía 04-99 ALC/MSI (1999) para el reajuste de tasas. Tales Decretos evidentemente no constituyen el instrumento legal idóneo para el ejercicio de la potestad tributaria en materia tributaria municipal.

De tal manera que, habiéndose constatado vicios de inconstitucionalidad en las normas cuya inaplicación se solicita, debemos concluir señalando que los pagos efectuados en exceso desde el periodo 1997 al 2000, así como aquellos efectuados por los periodos que tuvieran como fuente, normas con vicios de inconstitucionalidad; deberán ser considerados como pagos a cuenta de obligaciones futuras, en atención a lo solicitado por el contribuyente.

Mayor gravedad advierte, el hecho que mediante Ordenanza 139-MSI, de fecha 30 de noviembre del 2005, la Municipalidad continuando con el desacato a la STC 0053-2004-AI/TC, dispone inconstitucionalmente, continuar con la cobranza de arbitrios en la vía ordinaria y coactiva, desconociendo que en punto 3 del fallo de dicha sentencia, se dispuso “ declarar que los términos de esta sentencia no habilitan en ningún caso la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite...”. Tal situación, constituye una abierta amenaza a los derechos constitucionales de los contribuyentes de dicho distrito, que este Tribunal no puede dejar de observar.

En suma, conforme se estableció en la STC 0020-2005-AI/TC (acumulados), las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.° 28301); en el supuesto de que alguna autoridad o persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de sus resoluciones, resultará de aplicación el artículo 22° del CPConst., en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo.

186. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04252-2004-AA.html>

EXP. N.° 4252-2004-AA/TC

FRANCISCO JAVIER MUÑOZ BERNUY

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de amparo; en consecuencia, a) déjese sin efecto las Resoluciones de Determinación N.os 0032826-2001, 0032827-2001, 0032828-2001, 0032829-2001, 0032830-2001, 0032831-2001, 0032832-2001, 0032833-2001, 0032834-2001, 0032835-2001, 0032836-2001, 0032837-2001, 0032838-2001-MDLO/DR/DRFT, que dieron origen a la Resolución de Ejecución Coactiva N.° 001.

Inaplíquese las Ordenanzas Municipales N.os 103-2003-CDLO y 059-2002-CDLO, así como los actos concretos de aplicación de las mismas, debiendo la Municipalidad fijar nuevas tasas por arbitrios mediante ordenanzas correctamente emitidas en base a los criterios de la STC N.° 0053-2004-PI/TC.

MOTIVO:

En los procesos de tutela de derechos fundamentales, la carga de probar se invierte a efectos de que la parte emplazada pueda acreditar su posición de justificación (fundamento N.° 2, STC N.° 1144-2001-AA/TC), la demanda debe ser amparada, puesto que la emplazada no sólo no ha demostrado que las Ordenanzas cuestionadas y aquellas que sustentan las resoluciones de determinación en cobranza coactiva hayan sido ratificadas oportunamente, sino que, por el contrario, ha ratificado dicho incumplimiento sin probar su justificación.

187. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03465-2004-AA.html>

EXP. N.° 3465-2004-AA/TC

JULIA CELIA VDA. DE ROCA CASTRO

FALLO:

Declarar FUNDADA la acción de amparo; en consecuencia: a) inaplicables a la recurrente las Ordenanzas N.os 011-1999-CDLO y 008-2000-CDLO, así como las Resoluciones de Determinación N.º 32853-2001, 32854-2001, 32855-2001, 32856-2001, 32857-2001, 32863-2001, 32864-2001, 32865-2001, 32866-2001 y 32867-2001, originadas en base a dichas ordenanzas; b) inaplicables a la recurrente las resoluciones de determinación N.os 32858-2001, 32859-2001, 32860-2001, 32861-2001, 32862-2001, 32868-2001 y 32869-2001, conforme al Fundamento N.º 9 de la presente sentencia.

MOTIVO:

Aunque en los procesos ordinarios es una regla común que la carga de la prueba recaiga en quien afirma los hechos o en quien los contradice mediante otros distintos, dicha máxima resulta particularmente distinta en materia de procesos constitucionales orientados a la tutela de derechos fundamentales, en cuyo caso, la carga de la prueba necesariamente se encuentra condicionada al principio de prevalencia de la parte quejosa, conforme a lo cual, la carga de probar recae necesariamente en la parte emplazada. (Fundamento N.º 2, STC N.º 1144-2001-AA/TC).

Bajo tal premisa, en el presente caso, la emplazada no ha demostrado que las Ordenanzas N.º 011-1999-CDLO, N.º 008-2000-CDLO hayan sido ratificadas oportunamente, muy por el contrario, ha justificado dicho incumplimiento. Por consiguiente, carecen de validez las resoluciones de determinación impugnadas N.os 32853-2001, 32854-2001, 32855-2001, 32856-2001, 32857-2001 (fojas 8 a 12), 32863-2001, 32864-2001, 32865-2001, 32866-2001, 32867-2001 (fojas 18 a 22), las que han sido emitidas en base a las ordenanzas cuestionadas. Tampoco se ha demostrado haber utilizado criterio de distribución que graven de manera equitativa, directa o indirectamente, la intensidad en el uso del servicio.

Respecto a la solicitud de que se dejen sin efecto las Resoluciones de Determinación N.os 32858-2001, 32859-2001, 32860-2001, 32861-2001, 32862-2001, que, a su vez, dan origen a la Resolución de Ejecución Coactiva N.º 001, así como las resoluciones de determinación N.º 32868-2001, y 32869-2001; cabe precisar que, si bien las mismas se originaron en base a ordenanzas que no han sido formalmente mencionadas; sin embargo, al haber sido estas resoluciones cuestionadas por la recurrente, alegando que incluso en esos casos el cobro de arbitrios se sustentó en ordenanzas no ratificadas y no siendo dicho argumento refutado por la emplazada, corresponde atender a la solicitud de la demandante, en razón a lo señalado en el fundamento 7, supra.

188. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00041-2004-AI.html>

EXP. N.º 0041-2004-AI/TC

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

FALLO:

Declarar FUNDADA la acción de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales las siguientes Ordenanzas:

- Ø Ordenanzas N.º 171-MSS y 172-MSS (2004).
- Ø Ordenanza N.º 003-96-O-MSS (1996).
- Ø Ordenanza N.º 006-97-O-MSS (1997).
- Ø Ordenanza N.º 002-98-O-MSS (1998).
- Ø Ordenanza N.º 001-99-MSS (1999).
- Ø El artículo 4º de la Ordenanza N.º 024-MSS (2000).
- Ø El artículo 4º de la Ordenanza N.º 55-MSS (2001).
- Ø El artículo 6º de la Ordenanza N.º 92-MSS (2002).
- Ø Los artículos 7º y 8º y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N.º 128-MSS (2003).
- Ø El artículo 5º de la Ordenanza N.º 130-MSS (2003).

Declarar que la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por consiguiente, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas declaradas inconstitucionales, quedando a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad.

Declarar que los términos de esta Sentencia no habilitan la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas declaradas inconstitucionales.

Se invoca la intervención de la Contraloría General de la República para que, dentro de las funciones que la Constitución le confiere y conforme a lo señalado en el fundamento 78 supra, programe auditorías a la Municipalidad Distrital de Surco y demás municipios, a fin de evaluar la forma cómo se han determinado los costos por servicios de arbitrios de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines; y se establezcan, de ser el caso, las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar.

MOTIVO:

El artículo 74° reconoce facultad tributaria a los gobiernos locales para la creación de tasas y contribuciones, siempre que: a) sea dentro de su jurisdicción; y, b) con los límites que establece la ley.

Ello quiere decir que las Municipalidades no pueden ejercer su potestad tributaria de manera arbitraria, sino que dicho reconocimiento constitucional estará legitimado siempre que se encuentre dentro del marco legal que la Constitución consagra. Será, entonces, mediante la ley de la materia como se regule el instrumento idóneo para ejercer la potestad tributaria, así como el procedimiento para su validez y vigencia.

La derogación termina con la vigencia de la ley, pero no logra eliminarla del ordenamiento jurídico; afecta su aplicabilidad futura, mas no su existencia y, por tanto, tampoco su aplicabilidad para las situaciones pasadas creadas a su amparo, que no hayan quedado agotadas. Por tanto, como se ha señalado, la derogación de una ley o norma con rango de ley no es impedimento para que este Tribunal pueda juzgar su validez constitucional. Como lo ha expresado su par italiano: “(...) *el control de la Corte Constitucional puede y debe ser realizado, inexorablemente, todas las veces que de eficacia y de aplicación de la ley pueda hablarse, independientemente de su derogación sobrevinida, siempre y cuando su eficacia y aplicación se mantengan*” [Sentenza N.° 4/1959].

En consecuencia, la ratificación es un mecanismo de control sobre la producción de normas, consustancial a la garantía de la autonomía municipal. Por lo tanto, de ninguna manera el Tribunal Constitucional puede admitir el alegato de la defensa de la Municipalidad de Surco, de que la falta de fundamento de la ratificación se sustenta en que se ha derogado la participación de las municipalidades provinciales como segunda instancia en el procedimiento contencioso tributario. Pareciera que, en su errado entender, la simplificación administrativa en las instancias de reclamación –que perfectamente queda justificada a favor de los contribuyentes-, tiene el mismo fundamento que una exigencia en el procedimiento de producción normativa, necesario para garantizar un sistema tributario de mayor equidad.

Menos aún cabe admitir que el requisito de la ratificación establece una relación de jerarquía entre municipalidades; todo lo contrario, éste se enmarca dentro de las relaciones de coordinación entre gobiernos locales, propio de un Estado descentralizado.

Lo expuesto se sustenta en el artículo 51° de la Constitución, que establece que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En consecuencia, el procedimiento para la producción de Ordenanzas Distritales en materia tributaria, requiere de la ratificación por parte del Concejo Provincial y que dicho Acuerdo sea publicado. Sólo así podrán cobrarse arbitrios válidos, pues se habrá respetado el principio de legalidad para la creación de normas.

Por ello el artículo 69-A de la Ley de Tributación Municipal no puede interpretarse en forma aislada e incongruente respecto al parámetro de constitucionalidad; y, en ese sentido, si bien se señala que la “Ordenanza” que aprueba arbitrios deberá publicarse hasta el 30 de abril, debe entenderse que está referido a dicha ordenanza en tanto válida y vigente, es decir, debidamente ratificada y publicada a esa fecha.

Lo contrario sería admitir la aplicación retroactiva de la norma, lo cual vulneraría la seguridad jurídica en materia tributaria, entendida como certeza, confiabilidad, congruencia de normas e interdicción de la arbitrariedad en la aplicación de una norma, lo que comporta que se integre en su contenido el respeto a los principios de legalidad (producción normativa), igualdad y no confiscatoriedad, traducidos en el respeto a los derechos fundamentales de los contribuyentes.

Los criterios de cuantificación deben tomar en cuenta la especial naturaleza de cada servicio o actividad que se realice; por tal motivo, no se aplican de la misma manera en todos los tipos de arbitrios.

En consecuencia, será la distinta naturaleza de cada servicio la que determine la opción cuantificadora más adecuada, para lograr acercarnos a un equilibrio en la distribución de costos por uso efectivo o potencial del servicio; en este caso, el criterio de razonabilidad y la conexión lógica entre el servicio prestado y la intensidad de su uso, resultan elementos de especial relevancia.

En el Expediente N.º 0918-2002-AA/TC, se señala que el valor del predio, su tamaño, ubicación o uso, no resultan criterios válidos de cuantificación.

Tales criterios no son válidos en la medida que no se constate una vinculación directa o indirecta entre el servicio público prestado y la intensidad de su goce; contrario sensu, de verificarse esta conexión en cada caso y evaluando su pertinencia, los mismos serán susceptibles de ser admitidos.

En ese sentido, la admisión o negación de un criterio como válido no puede definirse de manera uniforme, sino que dependerá de que, en el caso de un arbitrio específico, los criterios utilizados guarden una conexión razonable con la naturaleza del servicio brindado. La razonabilidad como criterio determinante de la validez del cobro.

La aplicación de criterios de razonabilidad evita que la decisión de distribuir el costo del servicio sea discrecional por falta de reglas claras, y estará sujeto a parámetros objetivos que sustentan dicha decisión; en el caso de distribución de costos por servicios municipales, esta objetividad se verifica cuando exista una conexión lógica entre la naturaleza del servicio y el grado de intensidad en su uso, de modo tal que, gracias al criterio empleado, se obtengan con mayor fidelidad el monto que corresponde pagar en cada caso.

Otro aspecto de debe tomarse en cuenta es evitar que, bajo el pretexto de atender a la capacidad contributiva, se termine exigiendo una contribución mayor que la equivalente al coste del servicio prestado. Consideramos que el principio de capacidad contributiva se adecúa más si es utilizado para bajar la cuota respecto del estándar, mas no para aumentarla.

Los servicios de serenazgo, limpieza pública y parques y jardines son esenciales y de ineludible recepción; es lógico, entonces, que sea más factible y justificado atender al principio de capacidad contributiva, no siempre como criterio de determinación positiva, sino más bien estableciéndose exoneraciones u otros beneficios de pago, como lo son las tarifas sociales, para aquellos contribuyentes con menores recursos.

En el caso de las ordenanzas impugnadas, mediante el uso de la UIT no se logra evidenciar una distribución razonable en las tasas por arbitrios, pues en estos casos, al ser usado conjuntamente con el valor del predio, distorsiona el verdadero consumo de los usuarios. Así, se observa que en la mayoría de los casos, la Municipalidad de Surco ha determinado el pago

en función a rangos establecidos por el valor del predio según el autovalúo, al cual, se le ha aplicado un porcentaje de la UIT vigente al año del servicio.

Evidentemente, dicha fórmula no es viable para medir el uso del servicio, pues lo único que determina la cuantía del pago en estos casos es el valor del predio, y este de ninguna manera puede ser un criterio preponderante para distribuir costos.

Las ordenanzas impugnadas, en todos los casos, fueron ratificadas fuera del plazo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades; y siendo este un requisito sustancial para su validez, se concluye que no se ha respetado el principio de legalidad. Por lo tanto, dichas normas resultan confiscatorias desde un punto de vista cualitativo.

La evaluación de la confiscatoriedad cuantitativa tiene una mayor dificultad por cuanto debe determinarse, primero, si el costo global del servicio es el que verdaderamente corresponde al gasto incurrido por el Municipio; y, luego, si la distribución de dichos costos entre la totalidad de contribuyentes, ha sido tal, que cada contribuyente termine pagando lo que verdaderamente le corresponde por el beneficio, en función a la intensidad del uso del servicio.

Es en este último caso donde radica la mayor dificultad para determinar lo que verdaderamente corresponde pagar y cuál sería el exceso, sobre todo cuando se habla en términos de beneficio potencial. Por ello, es más coherente que, en caso de conflicto, la carga de la prueba respecto a la efectiva prestación del servicio, le corresponda a la administración municipal.

Es claro que, en ningún caso la Municipalidad de Surco estaba habilitada para efectuar el cobro de arbitrios antes de la publicación del Acuerdo de Ratificación pues, conforme se ha desarrollado en los fundamentos 24 a 26, dicho acuerdo debió ser publicado a más tardar el 30 de abril de cada ejercicio. Sin embargo, ninguna ordenanza cumplió con tal requisito y peor aún, conforme lo asevera en su escrito de fecha 22 de noviembre del 2004, dicha Municipalidad consideró estar habilitada para cobrar arbitrios desde el primer trimestre del ejercicio fiscal. Consecuentemente, lo cobrado bajo dicho criterio de manera retroactiva es ilegal, por contrariar lo dispuesto en el parámetro de constitucionalidad.

La trascendencia del presente caso, dada la creciente expectativa de los contribuyentes y gobiernos respecto a la cuantificación de los arbitrios municipales, hace necesario que este Tribunal Constitucional delimite los posibles efectos de su decisión y que se obtenga de ella lo más valioso para la sociedad.

El presente es un caso que, circunscrito en los vicios y anomalías a la producción normativa de la Municipalidad de Surco, reproduce una problemática que a nivel nacional aqueja a la mayoría de gobiernos locales y usuarios de los servicios prestados por ellas. Se ha observado a lo largo de los últimos años una notoria falta de tecnicismo para la determinación y distribución de costos por servicios municipales, además de la inobservancia de requisitos de validez de sus ordenanzas; frente a ello, no puede desconocerse tampoco la falta de previsión legislativa para establecer procedimientos de ratificación en tiempo eficaz y acordes a la realidad, así como la falta de reglas claras sobre criterios de distribución de arbitrios.

En este escenario, un primer aspecto a considerar es que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efecto retroactivo (ex tunc), involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad -dada la antigüedad de algunas normas impugnadas y la vigencia de sus efectos, situación que se agrava, considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional -, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar.

Las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos, harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy en día deben suministrar los municipios, y con ello, la propia gestión municipal. Este, a nuestro juicio,

el argumento que impide a este Tribunal hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo.

El principio de unidad de la constitución y el de concordancia práctica, obliga a buscar un justo equilibrio entre la capacidad de los municipios para seguir gestionando servicios y el respeto a los principios constitucionales para la creación de tributos.

Este tipo de evaluación, en casos de sentencias que anulan tributos, es una consideración que diversos Tribunales y Cortes Constitucionales han tomado en cuenta en varias ocasiones. De ahí que se afirme que: *“(...) cuando se dicten sentencias anulatorias de tributos que han estado cobrándose por mucho tiempo, los efectos retroactivos de aquéllas pueden producir serias dislocaciones en las finanzas públicas, pues el Estado o la entidad pública correspondiente se verían obligadas a devolver grandes sumas de dinero ilegítimamente recaudadas. A fin de evitar estos problemas, se utilizan las sentencias anulatorias, pero dimensionando sus efectos hacia futuro (...)”* (Hernández Valle, Rubén. “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14. Núm 41. Pág. 240).

Sería irrazonable que, a consecuencia de la decisión de un Tribunal Constitucional, la solución brindada resulte más perjudicial que el hecho de que la norma reputada inconstitucional permanezca en el sistema jurídico.

Otro aspecto adicional, evaluado por este Tribunal, es que aun cuando se hable de cobros indebidos por vicio de nulidad en la producción de normas, ningún ciudadano podría desconocer que lo recaudado fue utilizado para financiar servicios finalmente brindados. La discusión sobre el monto que corresponde a lo debidamente pagado y el que resultó excesivo es algo que únicamente puede ser determinado en cada caso particular; pero ello no es consistente con una política de devolución in toto, cuando en la práctica se generaron costos de administración.

La decisión de no otorgar retroactividad a los efectos de esta sentencia no impide que, con justa razón, se determine dejar sin efecto cualquier cobranza en trámite, así como impedir el inicio de cualquier procedimiento cuya finalidad sea la de ejecutar el cobro de deudas originadas en las normas declaradas inconstitucionales. Con ello, se impide la aplicación de normas inconstitucionales a hechos pasados que no hayan quedado agotados.

Para el Tribunal Constitucional otro aspecto que merece ventilarse es el concerniente a la elaboración de la estructura de costos por servicios. No sólo en el caso materia de este proceso, sino en varios procesos de amparo contra diferentes Municipalidades, se ha observado que las ordenanzas no consignan informes técnicos o, de considerarlos, no especifican cómo se llega a establecer los montos que ahí se alegan. Asimismo, suele apelarse a consignar costos indirectos, sin que el contribuyente tenga una explicación de cuáles son. Ello, evidentemente, resta certeza al contribuyente respecto a si lo pagado por arbitrios corresponde efectivamente al costo del servicio.

Por estas razones, es importante invocar la intervención oportuna de la Contraloría General de la República a fin de que en sus auditorías a los gobiernos locales, conceda mayor atención a la inspección sobre la forma cómo las Municipalidades vienen determinado los costos de sus servicios, y de este modo, establecer certeramente las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar.

189. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01003-2001-AA.html>

EXP N.º 1003-2001-AA/TC

CARLOS AUGUSTO OLGUÍN JARAMILLO y otros

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda respecto a la inaplicación de las ordenanzas N.os 108 y 138.

Ordena la devolución de los montos pagados indebidamente respecto de las resoluciones de determinación contenidas en el petitorio.

Dispone que la emplazada fije nuevas tasas sobre la base de nuevos criterios de determinación que guarden relación y congruencia con la naturaleza de este tipo de tributos, aplicando lo estipulado en el Decreto Legislativo N.º 776.

Exhorta al Tribunal Fiscal a que no aplique el referido precedente de observancia obligatoria en la motivación de sus resoluciones (fundamentos 10-12, supra), y que vincule estas a las interpretaciones que hubiese hecho el Tribunal Constitucional de la Carta Fundamental.

MOTIVO:

Respecto a la competencia del Tribunal Fiscal, si bien las ordenanzas municipales tienen rango de ley, cuando versen sobre materia tributaria municipal, tienen en el Decreto Legislativo N.º 776 a una norma que regula el proceso de su aprobación jurídica. Admitir lo contrario, sería suponer que el Tribunal Administrativo Fiscal puede conocer un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y no aplicarlo, confirmando el fallo emitido por la inferior instancia, alegando la existencia de un precedente de observancia obligatoria, y, además, que declarar la inaplicabilidad de las citadas ordenanzas sería “una forma” de efectuar control difuso (f. 277).

El administrado, si hubiera tenido que cumplir la exigencia de agotar la vía administrativa, no habría podido ejercer plenamente su derecho de defensa y habría visto prolongada la duración del litigio antes de acudir al proceso constitucional. Sin embargo, es necesario recordar que el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.º 27444) regula los supuestos de nulidad de pleno derecho, confiriendo competencia a la Administración, en el caso que el acto administrativo fuera expedido en contra de norma legal o constitucional.

En la STC N.º 0355-2002 AA/TC, se señala que: “[...]si en diversa jurisprudencia del TC, se ha sostenido que no es preciso agotar la vía administrativa tributaria cuando se impugna un acto practicado al amparo de una ley tributaria incompatible con la Constitución, tal aseveración se ha efectuado respecto de una fuente formal de derecho de origen parlamentario, pero no de una como la ordenanza municipal, que si bien tiene rango de ley, cuando verse sobre materia tributaria municipal, tiene en el Decreto Legislativo N.º 776 a una norma que regula el proceso de su producción jurídica, de manera que los tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal, tienen la competencia para evaluar su validez”(subrayado agregado).

En este caso, se aprecia que parte de los montos señalados en la demanda han sido efectivamente pagados a la Administración y, por otro lado, que se han iniciado también procedimientos de pago coactivo por las obligaciones insolutas, de modo que la exigencia de transitar por la vía previa únicamente podría ser cumplida, en los hechos, solo por algunos contribuyentes.

El Tribunal Fiscal confirma las resoluciones de menor grado argumentando la existencia de una jurisprudencia de observancia obligatoria y que “[...] al no hacerlo así, se arrogaría indebidamente el control difuso de la constitucionalidad de las normas, el cual es competencia del fuero jurisdiccional”, criterio equivocado en el presente caso. Por tanto, no puede exigirse el agotamiento de la vía previa mientras dicha jurisprudencia vincule los fallos.

Exigir que se agote la vía administrativa como requisito necesario para pronunciarse sobre el fondo sería admitir, en el caso de autos, que la norma ha tenido efectos sobre el contribuyente demandante y que se ha perfeccionado el hecho imponible, aunque dicha norma no cumple los requisitos exigidos en la Carta Fundamental. Reiterada jurisprudencia ha establecido que prescribir como criterios de determinación de arbitrios el valor y uso del predio o inmueble, resulta incongruente con la naturaleza misma del tributo.

Es necesario que cuando la Municipalidad señale el monto de los arbitrios, explique detalladamente la forma como llega a determinarlos, tomando en cuenta el número de contribuyentes de la localidad; es decir, no es suficiente que el Informe Técnico indique el costo, sino que debe sustentar cómo se ha llegado a cada costo y explicar el por qué de los incrementos, en cuyo caso, debe considerar, como principio, la variación acumulada del Índice de Precios al Consumidor, lo que no se advierte de las referidas ordenanzas (STC N.º 1122-2001 AA/TC, STC N.º 436-2002 AA/TC).

En consecuencia, al no haberse justificado de manera correcta y razonable el importe de los servicios cobrados, según el costo efectivo del servicio que brinda la Municipalidad, las ordenanzas N.os 108 y 138 vulneran derechos fundamentales de los demandantes.

Respecto al denominado “control de constitucionalidad”, señalado por el Tribunal Fiscal, este Colegiado estima que la Administración, en los supuestos establecidos, debe acatar el criterio expuesto en los fundamentos 3-5, supra. Los criterios de esta sentencia sustituyen a cualquier otro que, con anterioridad, se hubiese establecido. Por lo tanto, aplicando el artículo 5º de la Ley 28031, Orgánica del Tribunal Constitucional, este Colegiado se aparta de la jurisprudencia constitucional precedente en los procesos relacionados con la exigencia del tránsito de la vía previa, específicamente en los casos descritos en los fundamentos 12-17, supra.

190. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02056-2004-AA.html>

EXP. N.º 2056-2004-AA/TC

COORDINADORA DE JUNTAS VECINALES DE SAN MARTÍN DE PORRES

FALLO:

Declarar FUNDADA la acción de amparo, en consecuencia, inaplicables al caso de los demandantes las ordenanzas 002-2001, 006-2001, 013-2001, y, por conexión, las ordenanzas 018-2001 y 004-2002, debiendo dejarse sin efecto las liquidaciones y cobranzas que se hayan efectuado al amparo de las mismas. De igual modo, respecto a los pagos indebidos, ordena la aplicación del procedimiento establecido en el Código Tributario para estos casos.

Dispone que la emplazada fije nuevas tasas sobre la base de criterios de distribución válidos, las que deberán ser ratificadas dentro del plazo, conforme se señala en el fundamento 8 de la presente sentencia, a fin de proceder a efectuar correctamente los cobros de arbitrios por los periodos que han sido cuestionados.

MOTIVO:

Las ordenanzas impugnadas fueron ratificadas por Acuerdo de Concejo N.º 320, con fecha 20 de setiembre de 2001, esto es, fuera del plazo legal para cumplir con la ratificación (hasta el 30 de abril), la Municipalidad de San Martín de Porres no estaba habilitada para cobrar arbitrios en base a dichas normas, por lo que vulneró de este modo el principio de legalidad y no confiscatoriedad cualitativa.

Asimismo, respecto a los criterios de distribución del costo total, la Ordenanza 002-2001-MDSMP –que aprueba el marco legal del régimen tributario de los arbitrios de limpieza pública y parques y jardines–, ha determinado el importe individual utilizando como base la UIT y aplicándole porcentajes del valor de autoavalúo, fórmula que evidentemente no guarda relación directa o indirecta con la frecuencia de uso del servicio. De igual manera, la ilegal fórmula persiste en las subsiguientes ordenanzas 006-2001, 013-2001 y 018-2001, las cuales además, durante el año 2001, introdujeron diversas modificaciones a los anexos de las referidas ordenanzas, lo cual resta certeza y seguridad al administrado respecto de la actuación de la municipalidad.

La Ordenanza 004-2002-MDSMP, que dispuso utilizar para el ejercicio 2002 la Ordenanza 002-2001-MDSMP, también debe ser inaplicada al caso concreto, toda vez que se encuentra basada en una norma que ha utilizado criterios proscritos para la distribución del costo de arbitrios, además de no haber sido ratificada dentro del plazo.

En ese sentido, conforme a los fundamentos precedentes, la demanda debe ser amparada, porque es evidente que cuando la forma de realizar un cobro no se encuentra conforme al ordenamiento constitucional, la misma resulta ilegítima y, por consiguiente, confiscatoria cualitativamente al afectar principios constitucionales como los de legalidad e igualdad.

Consiguientemente, la demandada deberá dejar sin efecto las liquidaciones calculadas sobre la base de las ordenanzas cuestionadas, y fijar una nueva tasa con nuevos criterios de determinación de los arbitrios que guarden relación y congruencia con la naturaleza de este tipo de tributos, respetando, así, el marco legal y constitucional establecido para el ejercicio de su potestad tributaria, conforme a la STC 0041-2004-AI/TC de este Tribunal.

Los efectos de esta sentencia alcanzan a las personas que al momento de interponer la presente demanda integraban la Coordinadora de Juntas Vecinales de San Martín de Porres, como consta de fojas 75 a 170.

191. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04870-2007-AA.html>

EXP. N.º 04870-2007-PA/TC

SINDICATO DE COMERCIANTES MINORISTAS DEL MERCADO MODELO DE CHICLAYO

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda en la parte referida al cobro por el derecho de registro informático; consecuencia, inaplíquese en el caso concreto el artículo 30, in fine de la Ordenanza N.º 017-2005-GPCH, específicamente en lo referido al cobro del Derecho de Registro Informático.

Ordenar que la Municipalidad Provincial de Chiclayo se abstenga de cobrar la tasa prevista en el artículo 30 de la Ordenanza N.º 017-2005-GPCH.

MOTIVO:

Se trata en este caso de una imposición estatal propia de la función municipal en lo que se refiere al control y ordenamiento de locales comerciales al interior de los mercados y aledaños. Por consiguiente, tratándose de una situación jurídica impuesta por voluntad de la ley se trata efectivamente de un tributo. En efecto, evidentemente se está ante conceptos tributarios de la especie tasa y sub-especie derecho, en tanto la sujeción pasiva del contribuyente se fundamenta en la prestación de un servicio público divisible por parte del Estado en su beneficio, la que en este caso consiste en el registro del mismo en las bases de datos de la Municipalidad.

En tal virtud, la regulación legal de la potestad normativa tributaria municipal debe sujetarse al respeto a los principios constitucionales tributarios de reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva, desarrollados por la jurisprudencia constitucional, así como también a la garantía institucional de la autonomía política, económica y administrativa que los gobiernos locales tienen en los asuntos de su competencia.

Siendo el principal argumento de la demandante la ilegal cuantificación de los mismos en tanto han sido fijados en función a un porcentaje de la UIT, vale decir, que efectivamente no se ha acreditado en el presente proceso la existencia de un informe económico-financiero que sustente el coste de la referida tasa. Por consiguiente, dicho tributo ha incurrido en lo que se ha denominado confiscatoriedad cuantitativa [STC 0041-2004-AI/TC, Fund. 62].

Conforme al criterio establecido en la STC N.º 0041-2004-PI/TC, si bien la capacidad contributiva, con base en el principio de solidaridad, puede excepcionalmente ser utilizada como criterio en la cuantificación del citado tributo, en tales supuestos deberá ser utilizado en conjunción con otros, en cuyo caso, la prevalencia de unos sobre otros dependerá de la naturaleza de cada servicio. Empero, dicha situación excepcional no se aprecia en el caso de autos, por lo que constituye un supuesto de confiscatoriedad cuantitativa inaceptable en tanto el único criterio utilizado para su cuantificación ha sido el empleo de la UIT, sin que se haya acreditado que dicho costo esté sustentado en el verdadero costo del servicio.

192. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02233-2007-AA.html>

EXP. N.º 02233-2007-PA/TC

EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD ELECTRONORTE MEDIO S.A.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda en cuanto señala que es inaplicable a la demandante, la exigencia del pago por ejecución de la obra.

MOTIVO:

La Municipalidad Provincial del Santa se encuentra legitimada para establecer procedimientos administrativos de acuerdo a las facultades conferidas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades. Sin embargo, en la actual Ordenanza Municipal N.º 002-2006-MPS (TUPA 2006) al igual que en la N.º 016-2004-MPS (TUPA 2004) que fue declarada inaplicable (ver fundamento 1)- el cobro de la tasa denominada "derecho de ejecución de la obra" vulnera el artículo 70º de la Ley de Tributación Municipal, por cuanto la tasa no está calculada en función al costo real del servicio prestado sino en criterios como metros lineales, número de postes, milímetro o fracción del cavado de zanjas, entre otros.

La Resolución N.º 1050-2008/TDC- INDECOPI, declara barreras burocráticas ilegales a los cobros por autorización de obras en la vía pública, determinados en función de la extensión de las obras y no del costo efectivo del servicio de tramitación brindado por la Municipalidad. La denuncia fue presentada por América Móvil Perú SAC. contra la Municipalidad Provincial del Santa por la imposición de barreras burocráticas ilegales contenidas en la Ordenanza Municipal N.º 002-2006-MPS (TUPA 2006), dado que ésta última no había acreditado que el monto de los derechos de autorización de obra cobrados a la denunciada guarden relación con el costo real del servicio prestado, contraviniendo el artículo 70º de la ley de tributación municipal.

193. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03116-2009-AA.html>

EXP. N.º 03116-2009-PA/TC

CEMENTOS LIMA S.A.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

INAPLICABLE el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF establecidas en el Decreto Supremo N.º 017-2007-EF, modificadas por los Decretos Supremos N.os 091-2007-EF y 105-2007-EF, para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás.

ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que, a partir del día de siguiente de notificada la presente sentencia, no aplique el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de octubre de 2007, en lo que respeta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás.

REPONIÉNDOSE las cosas al estado anterior a la violación constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás; sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda regular nuevamente la tasa arancelaria referida conforme al fundamento 24, supra .

MOTIVO:

Sobre la finalidad constitucional de los aranceles en nuestra economía social de mercado, como todo tributo tiene una finalidad impositiva que persigue la realización del deber de contribuir con el gasto público, pero a su vez, en materia económica tiene una finalidad de promoción de la libre competencia, ya que de manera directa o indirecta regulan las actividades económicas relacionadas con el comercio exterior.

Por ello, resulta válido afirmar que los aranceles tienen como finalidad constitucional favorecer la producción nacional, promover la estabilidad económica a través del aumento o disminución, la reducción o ampliación de las importaciones que pueden afectar el nivel general de precios y los movimientos de la oferta y la demanda nacional, estimular el crecimiento económico, proteger la industria nacional, promover la inversión nacional, controlar los precios, defender a los consumidores e incentivar la competitividad de los productos nacionales.

Pues bien, en el presente caso el mercado relevante es el mercado del cemento, por lo que en aplicación del artículo 63º de la Constitución, la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones, es decir, que debe existir una igualdad de trato tanto en la ley como en su aplicación, a menos que otro país o países adopten medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional.

En este contexto, debe señalarse que el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, que modificó de 12% a 0% las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás, no cumple con la finalidad constitucional de los aranceles en una economía social de mercado, pues no persigue favorecer la producción nacional del cemento, proteger la industria nacional del cemento, promover la inversión nacional, o incentivar la competitividad de los productos nacionales.

Ello no quiere decir que el Presidente de la República, se encuentre impedido de reducir las tarifas arancelarias, por el contrario, constitucionalmente tiene la facultad de regular mediante decretos supremos las tarifas arancelarias (artículo 118º, inciso 20) de la Constitución); sin embargo, dicha regulación no puede afectar el principio de igualdad en materia económica ni desproteger a la inversión e industria nacional para favorecer a la inversión e industria extranjera.

Teniendo presente ello, la reducción de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales mencionadas, si bien puede constituir un acto de política arancelaria, resulta ser un acto desproporcionado, y por ende, constitucionalmente prohibido por el principio de interdicción de la arbitrariedad, toda vez, que la reducción a 0% de las tarifas arancelarias de las sub-partidas nacionales mencionadas, en realidad, constituye un acto de exoneración o exención de tarifas y no una reducción que tenga una finalidad constitucionalmente legítima.

En sentido similar, debe señalarse que no se encuentra demostrado que la medida de reducción de las tarifas arancelarias de las sub-partidas nacionales mencionadas persiga una

finalidad constitucional legítima, pues si bien en los considerandos del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF se señala que dicha medida tiene por objeto promover la eficiencia y competitividad de la economía, en autos no existe prueba alguna que respalde dicha consideración o demuestre que ello se esté produciendo. Y es que, no sólo basta invocar o alegar una finalidad constitucional legítima para justificar la medida de tratamiento diferenciado, sino que también, en algunos casos, es necesario demostrar que efectivamente la medida persigue lograr dicha finalidad, supuesto que no sucede en el caso de autos.

De otra parte, debe precisarse que con el artículo 2.º del Decreto Supremo N.º 158-2007-EF, en lo que respecta a las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás, se ha beneficiado la importación del cemento, la cual no constituye una actividad económica discriminada o marginada ni un mercado que se halle en circunstancias de debilidad manifiesta que exija medidas de protección especial, como la establecida en el artículo referido.

Por dicha razón, este Tribunal considera que la modificación de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de las sub-partidas nacionales referidas contraviene el derecho a la igualdad, porque está generando un tratamiento desigual entre la inversión nacional y la extranjera.

En igual sentido, este Tribunal considera necesario precisar que en virtud del efecto restitutivo propio de las sentencias de los procesos constitucionales de la libertad, tiene que reponerse las cosas al estado anterior a la violación del derecho a la igualdad producida por la modificación arbitraria de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios de las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás. Como consecuencia de ello, se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523 10 00 00 cemento sin pulverizar (<clinker>) y 2523 29 00 00 los demás, por ser éste el estado anterior a la violación.

194. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00001-2002-AI.html>

EXP. N.º 0001-2002-AI/TC

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAURA

FALLO:

Declarando FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ordenanza Municipal N.º 003-2001-MDS-A, expedida por la Municipalidad Distrital de Sayán. Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial El Peruano.

MOTIVO:

La facultad de declarar la invalidez de una norma jurídica, creada por un órgano distinto, y con los efectos propios de la inaplicación, es una competencia que la Constitución ha reservado a los jueces.

Así lo ha sostenido este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.º 007-2001-AI/TC: “[...] la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138º de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden, y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales [...]” (Fund. Jur. N.º 3).

Por ello, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 4° de la Ordenanza Municipal N.° 003-2001-MDS-A y, por extensión, su artículo 5°.

A su vez, es inconstitucional, el artículo 1° de la Ordenanza Municipal cuestionada, no porque delimite en el espacio el ámbito de vigencia de la Ordenanza cuya inaplicabilidad declara, sino, fundamentalmente, porque adolece de un vicio de competencia para expedir una disposición con un contenido material semejante. Y es que, dentro de los considerados límites formales que fijan la Constitución y las normas a las que ella encarga la regulación del procedimiento de elaboración de otras fuentes, como la ley y las normas con rango de ley (Ordenanza Municipal), deben considerarse los límites de orden competencial.

Tal límite, cuya infracción supone la generación de un vicio de incompetencia, actúa en distintos niveles: por un lado, disponiendo, o bien que determinadas fuentes sólo puedan ser expedidas por ciertos órganos constitucionales, o bien que ciertas materias sólo puedan ser reguladas por determinadas fuentes o, a la inversa, que ciertas fuentes no pueden regular determinadas materias.

195. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01803-2004-AA.html>

EXP. N.° 1803-2004-AA/TC

GRIMANESA ESPINOZA SORIA

FALLO:

Declarar FUNDADA, en parte, la demanda; en consecuencia, INAPLICABLE el artículo 4°, inciso 4.2, de la Resolución N.° 112-2001/SUNAT y NULAS la Resolución N.° 136-4-01814/SUNAT, de 29 de agosto de 2002, así como la Resolución del Tribunal Fiscal N.° 00279-4-2003, de 21 de enero de 2003, dejando a salvo el derecho de la recurrente para que lo haga valer en sede judicial, respecto de las objeciones al Acta Probatoria de la infracción que ameritó el presente expediente.

Exhorta a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria conforme a lo expuesto en el fundamento 31 de esta sentencia.

MOTIVO:

La gradualidad establecida no puede reducir un monto al 30% de equis, como ocurre con el anexo "A" de la Resolución N.° 112-2001-SUNAT, para el caso de la infracción a que se refiere el presente caso, puesto que, si ello es material y objetivamente posible sin afectar a los fines de la Administración, entonces resulta obvio que la multa en sí, establecida en la tabla de sanciones de la SUNAT, es desproporcionada y, por tanto, injusta e irrazonable respecto de la falta cometida. La diferencia entre el monto de la multa y la ventaja de gradualidad que la norma autoriza a la Administración, es en este caso, la evidencia de la irrazonabilidad.

Al resultar desproporcionada –sin una base objetiva que la sustente– la relación entre el monto de la multa y la medida de gradualidad establecida en la Resolución N.° 112-2001/SUNAT, Anexo "A", para el caso de autos, el dispositivo en mención resulta violatorio del principio de razonabilidad con que debe actuar la Administración en uso de sus facultades discrecionales. En consecuencia, las decisiones que en este marco viene dando la Administración Tributaria resultan arbitrarias y contrarias al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, y causan, en el presente caso, la violación de otro derecho constitucionalmente reconocido, como lo es el de propiedad, reconocido en el artículo 2°, inciso 16, de la Constitución.

La garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento

administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.

En consecuencia, al haberse incrementado el monto de la multa como consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, dicho incremento producido al confirmarse la Resolución N.º 134-02-0006188, mediante Resolución N.º 136-4-01814/SUNAT –ambas resoluciones de la Intendencia Regional de Junín– resulta nulo; y las normas que así lo autorizan, inaplicables por ser violatorias del derecho de defensa, del derecho a los recursos y a la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa conforme se ha señalado en los párrafos precedentes.

Asimismo, y siguiendo el precedente establecido por este Tribunal en la STC N.º 2250-2002-AA/TC, dada la implicancia que tiene esta sentencia en la forma en que viene procediendo la Administración Tributaria respecto de sus facultades discrecionales y, en concreto, dado el cuestionamiento que se hace a los mecanismos de gradualidad, hoy recogidos en iguales términos en la Resolución N.º 141-2004-SUNAT, el Tribunal considera que, además de notificar la presente sentencia a las partes, resulta pertinente exhortar a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, a efectos de que modifique dicha resolución respetando los derechos y principios constitucionales.

196. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/01311-2000-AA.html>

EXP. N.º 1311-2000-AA/TC

BRITISH AMERICAN TOBACCO (SOUTH AMERICA) LTD SUCURSAL DEL PERÚ

FALLO:

FUNDADA la Acción de Amparo; en consecuencia, no aplicable a British American Tobacco (South America) Ltd. Sucursal del Perú, los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto Supremo N° 158-99-EF

MOTIVO:

El hecho de que el Decreto Supremo N° 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de "acto aplicativo", es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho, a que se refiere el artículo 3º de la Ley N° 23506 para la procedencia de una acción de amparo y por ende, procedía esta acción de amparo, aún cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación y cobranza del impuesto. Este tratamiento diferenciado que hace el Decreto Supremo N° 158-99-EF entre las distintas marcas y tipos de cigarrillos a fin de imponerles, con eficacia inmediata, el Impuesto Selectivo al Consumo, repercute directa e inminentemente en la entidad demandante.

No repercute, sin embargo, en el resto de la población y por eso la demandante no pretende la declaración erga omnes de su ineficacia jurídica, sino la inaplicación a ella sola. De ahí que, en el caso de autos, no sea pertinente la acción popular, que se ejercita para dejar sin eficacia a la norma.

El artículo 65º de la Constitución facilita y vigila la libre competencia, y combate toda práctica que la limite; que hay competencia imperfecta en el mercado, cuando el principio constitucional es la libertad de competencia y simultáneamente, en la práctica, existe la concentración de grandes empresas que configuran situaciones de monopolio con alto nivel de competitividad entre ellas; que si bien la posición de dominio en el mercado no está prohibida –porque eso supondría impedir el éxito empresarial- ello es así siempre que dicha posición dominante sea adquirida de manera legítima y no en base a normas jurídicas que sin justificación razonable la privilegian, vulnerando el principio de igualdad ante la ley, por lo que no es aceptable que el Decreto Supremo N° 158-99-EF establezca una clasificación arbitraria, que otorga un trato

preferencial a una categoría de cigarrillos, favoreciendo a algunos productores y/o comercializadores, respecto a los demás.

Es obvio –y no requiere, por ende, de probanza- el hecho de que, al trasladarse a los compradores o consumidores, el monto del Impuesto Selectivo al Consumo a los cigarrillos tipo "Premium" que se comercializan en más de tres países, ocurrirá una contracción en la demanda de tales cigarrillos, lo que no ocurrirá con los cigarrillos que se comercializan en menos de tres países, que sólo pagan la mitad o la cuarta parte del impuesto, alterándose, como resultado, el mercado y que, en caso que la demandante decidiera absolver el impuesto y mantener el mismo precio a sus clientes, el perjuicio a la demandante aparece más claro; que, en consecuencia, el nuevo Apéndice IV, en cuanto se refiere a cigarrillos y los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto Supremo N° 158-99-EF es discriminatorio y viola el principio de igualdad tributaria plasmado en el artículo 74° de la Constitución y el Principio de Trato Nacional.

197. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01551-2005-AA%20Resolucion.htm>

EXP. N.° 1551-2005-PA/TC

TABACALERA NACIONAL S.A.A.

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda.

MOTIVO:

La reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento, siempre y cuando, los parámetros estén claramente establecidos en la propia Ley. Asimismo, sostuvimos que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley, es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

Es razonable que la alícuota integrante del mandato de la norma, en tanto determina el quantum a pagar por el contribuyente, deba encontrarse revestida por el principio de seguridad jurídica en conexión con el de legalidad, lo que conlleva a exigir un mínimo de concreción en la ley sin embargo, ello no se concreta cuando se deja al reglamento la fijación de los rangos de tasas ad infinitum como ha ocurrido en el presente caso ya que la ley no ha fijado los parámetros para establecer uno de los elementos esenciales del tributo.

198. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00002-2006-AI.html>

EXP. N.° 0002-2006-PI/TC

Colegio de Abogados de Arequipa

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, inconstitucional la Disposición Transitoria Única de la Ley N.° 28647.

La presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación, conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico 37, supra.

MOTIVO:

Corresponde analizar si la Disposición cuestionada respeta los parámetros consagrados por dicho principio. Previamente, es necesario indicar que la obligación de retener o percibir a la que están obligados los agentes de retención o percepción, cuya omisión genera responsabilidad solidaria, constituye un deber de colaboración que contraen los administrados frente a la Administración Tributaria. Este deber de colaboración, al formar parte de la potestad tributaria del Estado, tiene que estar, indudablemente, delimitado por los principios tributarios establecidos en nuestra Constitución.

Fluye de autos que la aplicación retroactiva de la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28647 contraviene no sólo el principio de irretroactividad de las normas consagrado en los artículos 103 y 109 de nuestra Constitución, y en el artículo X del Título Preliminar del Código Tributario, sino también el principio de legalidad, que dispone el sometimiento de la potestad tributaria a la Constitución y las leyes. Esta violación del principio de irretroactividad de las normas y, consecuentemente, del principio de legalidad previsto en el artículo 74 de la Constitución, obliga a este Tribunal a declarar la inconstitucionalidad de la norma sometida a enjuiciamiento.

El Tribunal determinó los efectos de su decisión en el tiempo, considerando que la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28647 con efecto retroactivo (ex tunc) involucraría, en ciertas circunstancias, la devolución o compensación de lo recaudado por tratarse de pagos indebidos, hipótesis que debe ser descartada pues afectaría el principio de equilibrio presupuestal y fiscal recogido en el artículo 78 de la Constitución Política, el cual exige, de manera imperativa, más que el equilibrio contable que todo presupuesto por antonomasia presenta, el equilibrio en términos financieros efectivos.

Por ello, y a fin de no provocar un desequilibrio presupuestal que termine suscitando una inestabilidad de mayores proporciones que la provocada por la norma inconstitucional, este Tribunal considera pertinente declarar que esta sentencia tiene efectos hacia el futuro (ex nunc); por ende, las obligaciones tributarias de los responsables solidarios extinguidas, en virtud de los medios contemplados en el Código Tributario o en virtud de resoluciones administrativas o judiciales firmes emitidas con anterioridad a la presente sentencia, conservan su estado. No obstante, las obligaciones tributarias de los responsables solidarios que estén pendientes deberán resolverse conforme a la presente declaratoria de inconstitucionalidad.

En consecuencia, la aplicación que pretende otorgarle el Legislador a la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28647; es decir, retrotraer sus efectos a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 953, violenta el principio constitucional de irretroactividad de las normas, ya que no podría aplicarse desde tal fecha debido a que al entrar en vigencia dicho Decreto Legislativo se entiende que habría caducado la responsabilidad solidaria de aquellos agentes de retención o percepción omisos que, a dicho momento, ya hubieran cumplido el plazo de un año (atribuible a ellos en virtud de la aplicación inmediata del Decreto Legislativo N.º 953).

199. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00606-2008-AA.html>

EXP. N.º 00606-2008-PA/TC

ARTIFUM E.I.R.L.

FALLO:

Declarar FUNDADA en parte la demanda; en consecuencia, inaplicable a ARTIFUM E.I.R.L. el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 178-2004-EF.

Disponer la devolución de la(s) carta(s) fianza que la recurrente haya otorgado a favor de la administración tributaria.

MOTIVO:

En relación con el Decreto Supremo N.º 128-2001-EF, en la STC 1746-2003-AA/TC, este Colegiado estimó la demanda presentada por la misma recurrente (ARTIFUM S.R.L.), señalando que este Decreto resultaba inconstitucional por *“la creación de un nuevo hecho generador por haberse incorporado un producto que no estaba previsto inicialmente en la ley, y también de una nueva base imponible, elementos esenciales del tributo que están protegidos en grado máximo por el principio de reserva legal en materia tributaria”*. En esa sentencia se dispuso: *“1. Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, inaplicable a la demandante el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 128-2001- EF. 2. Ordena dejar sin efecto los actos concretos en perjuicio de la recurrente que hayan derivado de la norma antes indicada”*.

En lo que respecta específicamente al artículo 1º del Decreto Supremo N.º 178-2004-EF, el Tribunal considera que la variación de la tasa del impuesto selectivo al consumo de 100% (de acuerdo con el Decreto Supremo N.º 128-2001-EF) a 50%, según el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 178-2004-EF, cuya inaplicación solicita ahora la demandante, no enerva los fundamentos por los cuales el Tribunal estimó la demanda de la recurrente en la STC 1746-2003-AA/TC. Por lo que es evidente que se ha violado el principio constitucional de reserva de ley, lo que incide también en el derecho a la libertad de empresa y de comercio, así como en el derecho a la propiedad, en la medida que se le viene exigiendo a la recurrente la extensión de cartas fianza para respaldar el pago del impuesto selectivo al consumo.

En consecuencia, la demanda debe estimarse porque, al haberse afectado el patrimonio de la recurrente, se han impuesto límites que contravienen la Constitución (artículo 74º) y los derechos fundamentales vinculados al adecuado ejercicio de la libertad de empresa y comercio.

200. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00033-2004-AI.html>

EXP. N.º 033-2004-AI/TC

CINCO MIL OCHENTA Y SIETE CIUDADANOS CON FIRMAS CERTIFICADAS

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27804 y el artículo 53º del Decreto Legislativo N.º 945, que incorpora el artículo 125º del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N.º 054-99-EF.

Los referidos dispositivos legales, declarados inconstitucionales, dejan de tener efecto desde la fecha en que fueron publicados.

MOTIVO:

En el caso del impuesto a la renta solamente el legislador podrá tomar como índice concreto de capacidad contributiva la renta generada por el sujeto pasivo del tributo o aquella que potencialmente pueda ser generada, y en esa misma línea podrán ser indicadores de capacidad contributiva en otros tributos el patrimonio o el nivel de consumo o gasto o la circulación del dinero; demás está decir que en caso de renta inexistente o ficticia, el quiebre del principio se torna evidente. En igual sentido, cuando nos encontramos frente a una obligación legal derivada de una obligación tributaria principal, como ocurre en el caso de los anticipos o pagos a cuenta, el principio de capacidad contributiva –que tal como se ha señalado constituye el génesis de la tributación– obliga a que el legislador respete la estructura del tributo y, como no puede ser de otro modo, el hecho generador de la imposición, que en el caso planteado es la renta.

Debe tenerse en cuenta que los pagos anticipados: *“[...] sólo encuentran sentido y se legitiman y justifican en relación con un tributo y un hecho imponible que han de plegarse en todo a los principios de justicia”*. [Martín Queralt, Juan y otros. Derecho Tributario. Aranzadi. Navarra.

2000, pág. 137], de ahí que no sea procedente otorgar autonomía a una obligación que por su naturaleza es accesoria y que siempre dependerá del tributo en el cual se sustenta, constituyendo tal situación un límite a la potestad tributaria estatal subyacente en el principio de capacidad contributiva; vale decir, que exista idoneidad y congruencia en la estructuración de los tributos y, por ende, en las obligaciones accesorias que de ella emanan. De esta forma, si en el impuesto a la renta el hecho económico que sirve de sustento para la creación del tributo es la generación de renta, el mismo basamento deberá ser utilizado por el legislador para establecer el pago anticipado, generándose, en caso de producido el quiebre de dicha estructura, una colisión con el principio de capacidad contributiva, lo que obliga a este Tribunal Constitucional a denunciar la inconstitucionalidad de la norma sometida a enjuiciamiento.

Al evaluarse los límites de la potestad tributaria estatal, ha tenido oportunidad de someter a análisis la estructura de dos tipos de tributos; por un lado, el Impuesto Mínimo a la Renta, cuya finalidad era gravar la renta; y, por otro, el Impuesto a los Activos Netos, cuyo objeto fue gravar el patrimonio. Por tal motivo, cuando en el Fundamento N.º 12., supra, se señaló que en la STC N.º 2727-2002-AA/TC se había determinado que los activos netos eran una manifestación de capacidad contributiva, evidentemente tal afirmación se debe contextualizar dentro del marco de un tributo destinado a gravar el patrimonio, mas no la renta, pues la manifestación de aquella no es la propiedad, sino las ganancias generadas o aquellas que potencialmente puedan generarse.

En tal orden de ideas, y de acuerdo a lo expresado en el Fundamento N.º 16., supra, concluimos en que, siendo inconstitucional el Impuesto Mínimo a la Renta en los casos en los que no existe renta, con mayor razón lo es el AAIR pues éste resulta exigible a pesar que bajo ningún supuesto de aplicación se genera una renta o ganancia.

El artículo 204º de la Constitución establece que la norma declarada inconstitucional queda sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia que así la declara, debiéndose determinar, dado el caso de excepción y según lo previsto por los artículos 36º y 40º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los efectos de la sentencia en el tiempo al tratarse de la declaratoria de inconstitucionalidad de normas tributarias por transgresión del artículo 74º de la Carta Magna.

Como se ha señalado en la Sección 1., supra, la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27804 estableció para los contribuyentes del impuesto a la renta el pago del AAIR a partir del 2 de agosto de 2002, lo que importa que la citada norma ha desplegado sus efectos desde la fecha indicada, más allá de que su aplicación concreta se haya dado desde el 1 de enero de 2003 hasta ser derogada por el Decreto Legislativo N.º 945, texto legal que desarrolló de manera integral la misma materia tributaria, y que determina, sin perjuicio de que resulta evidente que los efectos de la norma primigenia continuaron a través del tiempo, que los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad comprenden también a los que se produjeron a partir de la vigencia de la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27804.

201. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00918-2002-AA.html>

EXP.N.º 0918-2002-AA/TC

ESTUDIO NAVARRO ABOGADOS S.C.R. Ltda.

FALLO:

FUNDADA y, en consecuencia, ordena que se deje sin efecto la liquidación y la resolución de determinación de deuda tributaria señaladas en los antecedentes de esta sentencia y que la emplazada establezca una nueva tasa que deberá pagar la actora, conforme a los fundamentos precedentes

MOTIVO:

Mediante la Ordenanza N° 02-97-MSI, la Municipalidad demandada, además de establecer con detalle los llamados factores impositivos para el cálculo de los arbitrios, y los costos detallados del servicio, señala en su artículo 2° que estos factores "(...) permitirán una distribución equitativa del costo total del servicio municipal de "serenazgo" a prestarse, el cual se encarga de la vigilancia del distrito para combatir la prostitución y la delincuencia(...)". Finalmente, en el último párrafo del artículo 4° se señala, respecto de ese arbitrio, que "(...)su pago representa sólo la contraprestación de servicios públicos que presta la Municipalidad(...)". El tenor de los párrafos de los artículos citados, responde perfectamente a la naturaleza jurídica de un arbitrio definido en las leyes tributarias, esto es, un servicio público prestado, el costo de estos servicios distribuido equitativamente entre los contribuyentes y que es asumido por estos a manera de contraprestación. Sin embargo, este Colegiado considera que los criterios de determinación de las tasas que deben pagar los contribuyentes, sobre la base de su capacidad contributiva (metraje y uso del inmueble) desnaturalizan el tributo, ya que establecido de esta manera resulta obvio que no permite una distribución equitativa del costo del servicio, sino, todo lo contrario, se crea un tratamiento desigual entre los contribuyentes, tratamiento que sólo podría justificarse, si dicha capacidad contributiva estuviera directa o indirectamente relacionada con el nivel de beneficio real o potencial recibido por el contribuyente. Si nos atenemos a la finalidad del servicio (vigilancia del distrito para combatir la prostitución y la delincuencia), el mismo importa por igual a todos los habitantes del distrito y todos, por ende, se benefician por igual.

En todos los casos, el Municipio justifica la utilización de los criterios de determinación de los tributos sobre la base de la capacidad contributiva de los contribuyentes (valor y uso de los predios), entendiendo que ellos permiten una distribución justa (o equitativa) y adecuada del costo total del servicio; sin embargo, al igual que en el caso del arbitrio de "serenazgo", dicha justificación y relación no resulta congruente con la naturaleza del tributo.

En el caso de los arbitrios, por su naturaleza, el hecho generador de la obligación tributaria es la prestación efectiva o mantenimiento del servicio, cuyo cálculo debe hacerse en función de su costo, por lo que no resulta congruente que se utilice como criterio de determinación del tributo el valor que tiene el predio para el pago del Impuesto Predial, su ubicación o uso; ello, por la sencilla razón de que no es posible advertir una relación entre el servicio público recibido y el valor, ubicación o uso del inmueble.

El valor de un predio no puede servir como parámetro para establecer el valor de un servicio público. En materia tributaria, se utiliza más bien como base imponible para la determinación de impuestos que gravan el patrimonio por ser un indicador de la capacidad contributiva de un contribuyente. Para el caso de una tasa por servicio público, como es el arbitrio, su base imponible debe estar en relación con el costo que demanda el servicio y su mantenimiento y el beneficio individual, sea real o potencial que recibe el usuario, y no con su capacidad contributiva, ya que esta responde más a la naturaleza del impuesto.

Esta falta de relación entre el servicio prestado y el valor del inmueble del contribuyente resulta más evidente cuando la cuantía de la tasa se varía por el uso que se le da al mismo, como ocurre en el caso de autos, que siendo todavía el mismo inmueble, el mismo contribuyente, en el mismo ejercicio fiscal, variando únicamente el uso del inmueble, la cuantía del tributo se incrementa, en algunos casos, en más del 600%, sin que ello tenga su equivalencia y proporción con un incremento del servicio prestado por el municipio al contribuyente o en un beneficio real o potencial de éste que pueda ser medido de manera razonable y en lo posible objetivamente. Ello no implica, claro está, que en determinadas circunstancias algunas actividades económicas, por su propia naturaleza, signifiquen una mayor intensidad en el servicio prestado y, por ende, mayor beneficio para el contribuyente (por ejemplo, aquellas actividades cuyo desarrollo trae consigo mayores volúmenes de desechos o cuando estos, por su tipo, requieren de un procesamiento más oneroso que el común, implicarán mayores costos del servicio que razonablemente pueden ser imputados a quienes realizan dichas actividades). Pero, si, como en el presente caso, no se señalan ni se advierten esos mayores costos y beneficios, se están vulnerando los principios que deben enmarcar el ejercicio de la potestad tributaria, en este caso, de los gobiernos locales.

En consecuencia, la demandada deberá dejar sin efecto la liquidación y resolución de determinación mencionados en los antecedentes, y establecer una nueva tasa sobre la base de nuevos criterios de determinación de los arbitrios, que guarden relación y congruencia con la naturaleza de este tipo de tributos, respetando el marco legal y constitucional establecidos para el ejercicio de su potestad tributaria.

202. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00436-2002-AA.html>

EXP. N.º 436-2002-AA/TC

INMOBILIARIA PENICAOSME S.A.

FALLO:

FUNDADA respecto de la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 556-3-2000, en consecuencia, sin efecto legal las resoluciones de determinación contenidas en la RTF N.º 556-3-2000, debiéndose emitir nuevas resoluciones conforme a los fundamentos expresados en la presente sentencia

MOTIVO:

De acuerdo al artículo 69º de la Ley de Tributación Municipal *"las tasas por servicios públicos o arbitrios se calculan (...) en función del costo efectivo del servicio a prestar"*. El artículo 69º-A del mismo cuerpo legal complementa esta norma precisando que las municipalidades deben explicar los costos que demanda el servicio, según el número de contribuyentes de la localidad. Asimismo, en caso de que el importe de los arbitrios sufra incrementos, tiene la obligación de explicar los criterios que justifiquen el alza.

En las Ordenanzas Nos 108º y 138º, la parte demandada –por el contrario- no explica los costos que exigen los servicios que presta. Ciertamente, la primera de ellas expone en su artículo 10º que "los importes aprobados (...) han sido calculados en función al costo del servicio a prestar, según se detalla en el informe técnico que como Anexo forma parte integrante de la presente Ordenanza". Similar mención hace la Ordenanza N.º 138º en su artículo 1º. Pues bien, en el respectivo anexo de cada una de esas ordenanzas se indica el costo de los diversos rubros que conforman los servicios de limpieza pública, parques y jardines y serenazgo, pero la municipalidad demandada no explica la forma en que llega a ellos. Es decir, el informe técnico no contiene un sustento de cómo se calculan los costos. En tal sentido, la suma detallada en los ítems que componen cada servicio no muestra cómo se ha obtenido cada costo, consistiendo, más bien, en una simple disgregación del monto total.

También se advierte que los criterios de determinación de los costos no están en función al número de contribuyentes de la localidad, sino del valor del predio y del uso o actividad desarrollada en él. En este punto debe tenerse presente que, aunque los gobiernos locales pueden fijar diversos criterios de determinación, todos ellos deben de relacionarse con el número de contribuyentes de la localidad, en sujeción al mandato del artículo 69º-A de la Ley de Tributación Municipal.

De acuerdo a lo expuesto, los artículos 9º y 1º de las Ordenanzas Nos 108º y 138º - respectivamente- son compatibles con la Constitución, mas no así la aplicación que hace de él la MML, pues los emplea prescindiendo del número de contribuyentes de la localidad, violando el principio de legalidad.

Existiendo un alza en el importe de los arbitrios municipales, la demandada no sólo debe sostener que el monto de éstos se ha establecido en función del costo efectivo del servicio prestado. También debe sustentar cuáles son los criterios que justifican dichos incrementos, porque se debe presumir que si el gobierno local siempre fija el importe de los arbitrios según el costo del servicio que brinda, éste se debe de mantener de un ejercicio fiscal a otro (existiendo un marco macroeconómico levemente inflacionario como el actual), salvo que

expliquen los criterios en los que se basa el mayor incremento, puesto que un aumento que en principio se considera razonable está recogido en la variación acumulada del Índice de Precios al Consumidor.

8.3.2.2. En materia de constitucionalidad de Tratados:

203. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.html>

Exp. N° 00002-2009-PI/TC

Cuarenta Congresistas de la República

FALLO:

Declarar Infundada la demanda

MOTIVO:

Dicha demanda fue interpuesta en marzo de 2009 por cuarenta (40) Congresistas, quienes demandaron ante el Tribunal Constitucional que se declare la inconstitucionalidad del Acuerdo de Libre Comercio (en adelante ALC) suscrito entre el Perú y Chile, que modifica y sustituye el Acuerdo de Complementación Económica (ACE N.º 38), el cual entró en vigencia el 01 de marzo de 2009 por Decreto Supremo N.º 010-2009-MINCETUR, señalando que es inconstitucional por cuanto violaría los artículos 51º, 54º, 56º, 102º y 138º de la Constitución.

En ese sentido, la citada demanda señaló que el contenido del ALC en mención contraviene la Constitución, puesto que: contiene materias relacionadas con la soberanía nacional, atenta contra la seguridad nacional, vulnera lo establecido en el artículo 139º de la Constitución Política, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, impone obligaciones financieras al Estado peruano, establece su aplicación retroactiva, regula materia aduanera y sancionadora; por todo lo antes mencionado, requeriría la previa aprobación del Congreso de la República en consideración a su contenido. Por tanto, al haber sido aprobado el ALC como un Tratado ejecutivo, se habría vulnerado lo establecido en los citados artículos de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal resolvió la citada demanda de inconstitucionalidad declarando Infundada la misma; sin embargo, estableció que si bien las regulaciones establecidas por un Tratado se presumen válidas constitucionalmente, esto no quiere decir que un Tratado no pueda derivar en inconstitucional por su aplicación contraria a las disposiciones constitucionales.

Por ello, apela al Poder Ejecutivo, que en el desarrollo del ALC Perú-Chile se garantice “su aplicación con lealtad al ordenamiento jurídico constitucional”; de lo contrario, “podría sobrevenir una inconstitucionalidad en su ejecución, o si en su ejecución se vulnera una potestad del Congreso de la República.”

Debe tenerse presente, el voto singular del vocal Eto Cruz, el cual señala lo siguiente: **“...quiero llamar la atención en torno a la conveniencia de reformar nuestra Constitución a efectos de establecer un procedimiento de control constitucional de los Tratados internacionales más racional y coherente...La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, establece en su artículo 42º que la validez de un Tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención. Ello quiere decir que el parámetro que sirve para evaluar la validez de un Tratado (entendiendo aquí por validez la pertenencia de una norma jurídica a un concreto sistema jurídico, lo cual es un asunto distinto a la evaluación sobre su aplicabilidad), es la propia Convención y no alguna Constitución**

nacional... la sentencia del Tribunal Constitucional, generará la imposibilidad de aplicar total o parcialmente el Tratado a nivel interno, pero, a su vez, generará responsabilidades internacionales para el Estado peruano en razón de su no ejecución... Esta problemática resultaría superada si el control constitucional de los Tratados internacionales dejase de ser un control ex post, para convertirse en un control ex ante....”

204. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00036-2007-AI%20Resolucion.html>

Expediente N° 0036-2007-PI/TC

30 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

FALLO:

Declarar Improcedente la demanda.

MOTIVO:

La demanda de inconstitucionalidad contra el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos de América fue presentada por 30 Congresistas de la República, quienes solicitaron que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución Legislativa N° 28766 del 28 de junio de 2006, que aprueba el dicho Acuerdo de Promoción (en adelante TLC), alegando que el referido instrumento internacional vulnera el segundo párrafo del artículo 57° y el artículo 206° de la Constitución.

A su vez, alegan que el Congreso de la República anterior dio al mencionado Tratado, el tratamiento de un simple proyecto de Ley cuando, a su juicio, es claro que se requiere que se apruebe cual si se tratara de una Ley de reforma constitucional. A su vez, consideran que se vulnera los artículos 2° incisos 2 y 19, 7°, 9°, 23°, 43°, 44°, 45°, 51°, 54°, 57°, 59°, 61°, 66°, 67°, 68°, 69°, 71°, 74°, 91°, 92°, 93°, 94°, 138°, Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal resolvió la citada demanda de inconstitucionalidad mediante sentencia de fecha 20 de noviembre de 2007, la cual señala que al no encontrarse en vigor el Tratado, por no haber sido aprobado aún por el Congreso americano, y existiendo en el Perú un sistema de control de constitucionalidad posterior, no existiendo la posibilidad de control previo, resulta Improcedente la citada demanda.

Resulta interesante apreciar que la propia sentencia del Tribunal señalé que, uno de los principales argumentos de los demandantes, fue el que **“sería absurdo esperar que se apruebe todo el TLC para que el Congreso de la República y el Tribunal Constitucional del Perú recién pudieran abocarse a su análisis constitucional..... no hacerlo ahora convertiría en casi imposible un análisis constitucional objetivo e imparcial por parte del TC del Perú ya que muchos de los negocios basados en el actual sistema de subsidios agrarios de EEUU o de las ventajas monopólicas de algunas ramas se echarían a andar y comprometería empleo, inversiones y medidas que por sí mismas bloquearían todo cuestionamiento...”**, es decir, los Congresistas exigían que de plano se aplicara un control previo sobre la constitucionalidad del Tratado, pues al entrar en vigor, ello no tendría mayor sentido.

205. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00023-2010-AI%20Resolucion.html>

EXP. N.º 00023-2010-PI/TC

LIMA

CINCO MIL SEISCIENTOS

CUARENTA Y SIETE CIUDADANOS

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda

MOTIVO:

Respecto a la demanda de inconstitucionalidad contra el Acuerdo de Libre Comercio entre el Perú y la República Popular China, con fecha 31 de agosto de 2010, cinco mil seiscientos cuarenta y siete (5,647) ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el citado Acuerdo de Libre Comercio, alegando que este vulnera en cuanto a la forma, el artículo 56° de la Constitución Política, referido al procedimiento constitucional de aprobación de los Tratados por parte del Congreso de la República; y en cuanto al fondo, se habría vulnerado el Principio de Economía Social de Mercado, la libertad de empresa, el pluralismo económico, la libre competencia, el Principio de Igualdad Económica y la protección al consumidor contemplados en los artículos 58°, 59°, 60°, 61°, 63° y 65° de la Constitución Política, respectivamente.

Dicha demanda fue resuelta por el Tribunal Constitucional mediante sentencias de fecha 02 de setiembre de 2010 y 11 de octubre de 2010, declarándola primero inadmisibile y luego improcedente, al no haberse certificado por el Jurado Nacional de Elecciones, si los solicitantes son cinco mil o más ciudadanos, debidamente identificados.

206. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00018-2009-AI%20Resolucion.html>

Exp. N° 00018-2009-PI/TC

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO

FALLO:

Declarar Improcedente la demanda

MOTIVO:

Dicha demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por el Colegio de Abogados de Callao, contra la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, pues contravendría el segundo párrafo del artículo 57° y el artículo 206° de la Constitución que establecen que, si un Tratado afecta disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República; a su vez, se señala que el referido instrumento internacional afecta el artículo 139°, inciso 13 de la Constitución -que recoge la institución de la prescripción para toda clase de delitos-, toda vez que excluye el derecho a gozar de la prescripción de la acción penal para aquellos delitos considerados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, lo que importa una modificación de la Constitución

Al respecto, dicha demanda es declarada Improcedente mediante sentencia de fecha 23 de marzo de 2010, por haber sido planteada más de seis meses después de haber entrado en vigor la Convención para el caso del Estado peruano, el 9 de noviembre de 2003.

Sin embargo resulta relevante para la *e su aprobación, ratificación o entrada en vigor, mientras que el control posterior supone la presente investigación*, que la mencionada sentencia señale: *“Que la doctrina constitucional reconoce dos tipos de control de constitucionalidad de los*

instrumentos internacionales: uno previo o preventivo y otro posterior o represivo. El control previo supone la realización de un examen de constitucionalidad del Tratado por un órgano ad hoc, especializado y autónomo antes de la realización de dicho examen de constitucionalidad una vez producida la incorporación del Tratado en el derecho interno. Ahora bien, no obstante que la tendencia del derecho constitucional comparado se inclina por el control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, la Constitución del Perú ha optado por el denominado control posterior. Asimismo, cabe precisar que lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 57° de la Constitución – referido a que si un Tratado afecta disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República –, no constituye en estricto un control previo de constitucionalidad de los Tratados en tanto que el examen de constitucionalidad no está a cargo de un órgano ad hoc y especializado....

Que, la diferencia sustancial entre los dos sistemas radica en que el control previo busca prevenir precisamente las eventuales contradicciones que pudieran surgir luego de la entrada en vigor o incorporación del Tratado en el ordenamiento jurídico; ello afirmaría la coherencia normativa y lógica del sistema de fuentes y evitaría la inseguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional del Estado, además de fortalecer la supremacía constitucional, lo cual no sería posible con un control posterior de constitucionalidad de los Tratados; es por tanto conveniente la implementación en estricto de un sistema de control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales (Tratados), previa reforma constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 206° de la Constitución...

8.3.2.2. En materia las facultades del Tribunal respecto al ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial.-

207. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01680-2005-AA.html>

EXP. N° 01680-2005-AA/TC

JORGE LUIS BORJA URBANO

FALLO:

Se declaró Infundada la demanda.

MOTIVO:

Sobre el control difuso, se señala que "(...) se trata de un poder-deber del juez, consustancial a la Constitución del Estado Constitucional, la cual, por lo demás, tiene como características la de ser una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, constituyendo así un derecho directamente aplicable"

Existe una necesidad de interpretar la Ley con arreglo a la Constitución, siendo esto una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental. Así, no sólo se exige el derecho se aplique siempre en armonía con la Ley Fundamental, sino también, "(...) como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado".

El ejercicio del control difuso no podría darse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues “(...) los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes”. Por lo tanto, tampoco lo podrían aplicar órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

Así, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse en los casos en que la validez de la norma que se cuestiona sea relevante al caso concreto que el juez pretende resolver. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que no debe entenderse como exclusivamente avocado a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la Ley.

Así también, el Tribunal Constitucional establece que “es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional también ha regulado las excepciones del mencionado límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, a saber:

208. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02707-2004-AA%20Resolucion.html>

EXP. N° 2707-2004-AA/TC

SUNAT

FALLO:

Declarar IMPROCEDENTE la demanda.

MOTIVO:

Se plantea la cuestión de si, todavía es válido el precedente sentado por este Tribunal en la STC 0200-2002-AA/TC. Esto es, si es procedente o no el amparo contra amparo.

En relación a este último tópico, ha de advertirse que, a diferencia de lo que sucedía con la legislación procesal constitucional hoy derogada, en la actual sí se ha regulado el tema. El inciso 6) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional establece que “*No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 6.- Se cuestione una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia*”. Con dicha disposición, a juicio de los autores de lo que después sancionaría el Congreso de la República como Código Procesal Constitucional, “(...) se trata de evitar el polémico empleo del amparo contra resoluciones recaídas en otros proceso de amparo” (Samuel Abad et alt., Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de motivos, Dictámenes e índice analítico, Editorial Palestra, Lima 2004, p. 45).

No obstante, el Tribunal Constitucional considera que la posibilidad del denominado “amparo contra amparo” no es un problema cuya solución dependa exclusivamente del legislador, pues al tener su fuente directa en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200° de la propia Constitución, según el cual el amparo, “(...) *No procede (...) contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*”, el debate en torno a su procedencia debe realizarse en función de lo que pudiera entenderse por “*procedimiento regular*” (resuelto en forma enunciativa por el mismo legislador a través del artículo 4° del mismo Código Procesal Constitucional).

La Constitución ha previsto que el amparo contra resoluciones judiciales (problemática en cuyo seno se sitúa el “amparo contra amparo”) procede sólo en aquellos casos en los que al tramitarse y resolverse una causa judicial no se haya respetado el derecho a la tutela procesal efectiva, en cualesquiera de sus contenidos. No es, por tanto, el legislador el órgano competente para establecer que, tratándose de una resolución judicial dictada en un proceso de amparo, por ese sólo hecho, las lesiones que pudiera sufrir el derecho a la tutela procesal efectiva queden exentas de cualquier tipo de control. Así, las resoluciones firmes dictadas en el seno de un amparo no gozan, por la simple circunstancia de que hayan sido emitidas por un juez constitucional, de inmunidad alguna.

El Tribunal considera necesario precisar que también la aplicación del Código Procesal Constitucional debe ser interpretada conforme a la Constitución, de modo que cuando se refiere, en su artículo 5°, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, tal disposición debe entenderse como que efectivamente no procede el “amparo contra amparo” si es que en el proceso se han respetado de modo escrupuloso los derechos fundamentales de orden procesal a los que se refiere el artículo 4° del mismo Código Procesal Constitucional.

209. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.html>

EXP. N.° 4853-2004-PA/TC

DIRECCIÓN REGIONAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de autos.

Establecer como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los presupuestos para la procedencia del “amparo contra amparo” expuestos en el fundamento N.° 39, así como las reglas indicadas para la admisión del recurso de agravio a favor del precedente a que se refiere el fundamento N.° 40 de la presente sentencia.

MOTIVO:

- Las nuevas reglas del “amparo contra amparo”:

Resulta necesario establecer las reglas procesales y sustantivas del precedente vinculante para la procedencia, tanto del “amparo contra amparo” como también respecto del recurso de agravio constitucional a favor del precedente. Estas reglas deben ser interpretadas siempre atendiendo a los principios constitucionales pro homine y pro actione, a fin de que el proceso constitucional cumpla su finalidad de tutelar la supremacía jurídica de la Constitución y los derechos fundamentales.

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 201 y 202.2 de la Constitución así como de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren el carácter de cosa juzgada, un precedente vinculante. En virtud de ello la presente sentencia, en tanto constituye cosa juzgada, se establece como precedente vinculante y sus efectos normativos se precisan en la siguiente regla sustancial.

B) Regla sustancial: Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

(1) Objeto.– Constituirá objeto del “amparo contra amparo”:

a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) La resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido

constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

(2) Pretensión.– El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el “amparo contra amparo” por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia.

(3) Sujetos legitimados.– Las personas legitimadas para interponer una demanda de “amparo contra amparo” son las siguientes:

a) Frente a la resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional; podrán interponer una demanda de “amparo contra amparo” los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.

b) Frente a la resolución denegatoria de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de “amparo contra amparo” el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, conforme a lo señalado supra, sólo se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

(4) Juez competente.– A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior justicia y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo.

§8. La reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente

40. A partir de lo desarrollado supra, este Colegiado procede a precisar las reglas aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido a través de esta sentencia, para la procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado.

A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su

incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.

Por lo tanto las reglas desarrolladas en la presente sentencia y declaradas en el fallo como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, deberán ser aplicadas por los jueces constitucionales, incluso a los procesos en trámite, por mandato de la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo, una vez que la misma haya sido publicada conforme a Ley.

En el presente caso la resolución judicial impugnada es precisamente una resolución estimatoria en un proceso de amparo. El Tribunal Constitucional considera no obstante que la aplicación de las nuevas reglas al presente caso no alterarán sustancialmente la respuesta que deba dar este Colegiado al caso planteado, permitiendo, por otro lado, ingresar a analizar el fondo de la pretensión a fin de que se establezca como precedente vinculante, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Se aprecia de autos el recurrente denunció en su oportunidad las presuntas violaciones de sus derechos constitucionales, dicha falencia puede suplirse en este caso, en la medida en que según manifiesta dicha afectación habría ocurrido precisamente al tramitarse la apelación, donde según menciona, “de manera totalmente irregular, arbitraria e ilícita, no se da trámite al recurso de apelación que se interpuso, contra la sentencia, el Gobierno Regional de la Libertad, corriendo en autos únicamente el recurso de apelación interpuesto por José Teutico León Colonia, abogado de la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad”.

La presunta afectación que reclama en este caso no se habría perpetrado en contra del recurrente de este segundo proceso de amparo, sino, en el mejor de los casos, en contra del Gobierno Regional de La Libertad, puesto que, según su propia afirmación, el recurrente no habría recibido respuesta respecto de su recurso de apelación en el proceso de amparo cuestionado. Sin embargo, a fojas 3 del expediente obra la respuesta que da el órgano jurisdiccional a un pedido de nulidad de la Sentencia del primer amparo, de donde se desprende que incluso el Gobierno Regional de La Libertad habría formulado no sólo un recurso de apelación sino que la mencionada resolución constituye la respuesta a un pedido de nulidad del mencionado Gobierno Regional, rechazándolo por intentar cuestionar la decisión de fondo de la sentencia. En consecuencia, no se aprecia violación alguna del contenido constitucionalmente protegido de los derechos que invoca el recurrente.

210. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03908-2007-AA.html>

EXP. N.º 03908-2007-PA/TC

Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional)

FALLO:

1. Declarar INFUNDADA la demanda.
2. DEJAR SIN EFECTO el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-PA/TC, que estableció las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente.
3. Establecer las siguientes reglas procesales:
 - a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al juzgado o sala de origen para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.
 - b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del precedente.
 - c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.
4. Remitir copia de la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, a la Presidencia del Poder Judicial, a efectos de que se adopten las medidas necesarias para su fiel cumplimiento.

MOTIVO:

De acuerdo con la STC 0024-2003-AI/TC, los cinco presupuestos básicos que deben observar las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el fondo para la aprobación de un precedente vinculante, son:

- a La existencia de interpretaciones contradictorias.
- b La comprobación de interpretaciones erróneas de alguna norma perteneciente al bloque de constitucionalidad.
- c La necesidad de llenar un vacío legislativo.
- d La corroboración de normas que sea susceptibles de ser interpretadas de manera diversa.
- e La necesidad de cambiar un precedente vinculante.

Teniendo en cuenta que los cinco presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante pueden ser cumplidos de manera alternativa, **este Tribunal Constitucional constata que el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumple con ninguno de estos presupuestos básicos para haber sido aprobado como precedente vinculante, por las siguientes razones:**

a. En la praxis judicial no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución, ni del artículo 18.º del Código Procesal Constitucional, pues de manera clara y legítima el constituyente y el legislador determinaron que la expresión “resoluciones denegatorias” hace referencia a las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda sea de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento. Por ello, la interpretación pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional sólo conoce las resoluciones denegatorias de segundo grado.

b. Asimismo, tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, pues en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC nunca se señala ello. Además, en la praxis del Tribunal Constitucional tampoco se ha constatado algún caso en que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad y que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión “resoluciones denegatorias”.

Prueba de ello es que en los fundamentos de la STC 4853-2004-PA/TC no se menciona ni a modo de ejemplo un caso en que se haga evidente que los operadores jurisdiccionales o administrativos hubiesen hecho una indebida aplicación de alguna norma que conforme el bloque de constitucionalidad que tenga relación directa con el recurso de agravio constitucional y la expresión “resoluciones denegatorias”.

c. Tampoco existía ningún vacío legislativo, ya que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Constitucional tienen contemplados de manera precisa los casos en los que es posible interponer un recurso de agravio constitucional. Ello quiere decir que un precedente vinculante no puede reformar el texto expreso de la Constitución, pues ésta únicamente puede ser reformada siguiendo el procedimiento previsto en su artículo 206º. Además, de acuerdo al principio de interpretación conforme a la Constitución, el recurso de agravio constitucional sólo procede contra resoluciones denegatorias de segundo grado y no contra resoluciones estimatorias de segundo grado, pues para éste supuesto procede en todo caso el inicio de un nuevo proceso constitucional.

d. No se constata tampoco interpretaciones diversas del inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución o del artículo 18.º del Código Procesal Constitucional. Muy por el contrario, lo que se advierte es que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC ha sido concebido en abierta contradicción con la Constitución, el Código Procesal Constitucional y los presupuestos básicos para la aprobación de un precedente vinculante establecidos en la STC 0024-2003-AI/TC.

e. Por último, el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC tampoco se estableció con la finalidad de cambiar algún precedente vinculante preexistente.

Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC omitió lo precisado por este Tribunal en el fundamento 46 de la STC 3741-2004-AA/TC, en el que señala que *“la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones”,* pues *“el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal*

situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos”.

Teniendo presente ello, este Tribunal considera que mediante el precedente vinculante del fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC se impuso una determinada posición doctrinaria sobre el significado de la expresión “resoluciones denegatorias” para que el Tribunal Constitucional asumiera competencia vía recurso de agravio constitucional, a pesar de que el constituyente y el legislador como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión sólo comprendía las resoluciones denegatorias de segundo grado y no resoluciones estimatorias de segundo grado. Además, debe resaltarse que la expresión “resoluciones denegatorias” había adquirido consenso en el constituyente y en el legislador, pues tanto en el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución como en el artículo 18.º del Código Procesal Constitucional se especifica de manera clara el significado de la expresión “resoluciones denegatorias”, al señalarse que contra las resoluciones de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento procede el recurso de agravio constitucional.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional, en virtud de la facultad conferida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, decide dejar sin efecto las reglas vinculantes del recurso de agravio constitucional a favor del precedente establecidas en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC.

211. (También señalada como 169.)

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00009-2001-AI.html>

EXP. N.º 009-2001-AI/TC

CINCO MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS CIUDADANOS

FALLO:

Declarando FUNDADA, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27153, y en consecuencia, inconstitucionales los artículos 38.1, 39, Segunda y Primera Disposición Transitoria de la Ley N.º 27153, ésta última disposición en la parte que señala un "máximo de (120) ciento veinte días calendario"; y, por conexión, el artículo 1 de la ley 27232, en la parte que establece "(60) sesenta días calendario", debiendo interpretarse ambas disposiciones según lo expresado en el fundamento jurídico N.º 18; Integrándose a la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N.º 7 y 16; e INFUNDADA en lo demás que contiene.

MOTIVO:

Se alega que el artículo 5º de la Ley N.º 27153 vulnera el artículo 191º de la Constitución Política del Estado, en concreto la autonomía administrativa de los gobiernos locales, pues su artículo 5.1 establece que la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas sólo se podrá realizar en "...establecimientos ubicados en los distritos autorizados mediante Resolución Suprema...", en tanto que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece que es competencia de los gobiernos locales la regulación de los planos de zonificación. El Tribunal Constitucional no comparte este criterio interpretativo, pues como se ha sostenido en la contestación de la demanda, tal disposición no tiene por propósito sustituir o alterar los planes de zonificación que cada gobierno local pueda establecer, sino únicamente identificar a los distritos en cuya jurisdicción se puede autorizar la explotación de los juegos de casinos, quedando a salvo, por tanto, la facultad de los gobiernos locales para establecer sus planes de zonificación de acuerdo a ley.

A su vez, se alega que el artículo 6º de la Ley N.º 27153 afecta los artículos 2º, inciso 2º, 58º y 59º de la Constitución, ya que tal disposición obligaría a los titulares de la autorización a incursionar en el sector hotelero o de restaurantes, vulnerándose de ese modo la libre iniciativa privada y el derecho de igualdad ante la ley. No considera el Tribunal Constitucional que tal

disposición afecte la libre iniciativa privada. Como lo ha sostenido el Congreso de la República en su contestación de la demanda, criterio que el Tribunal hace suyo, tal disposición "no obliga ni impide que cualquier particular participe en la explotación de juegos de azar, lo único que hace es establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir todos aquellos que en ejercicio de su libre iniciativa privada desean intervenir en esta actividad". Tampoco obliga al titular de la autorización a ser propietario de un hotel o restaurante, pues no está prohibido que el titular de la autorización pueda alquilar un ambiente en cualquiera de estos establecimientos.

Tampoco comparte el Tribunal el criterio según el cual el artículo 6° de la Ley N°. 27153 afecta el principio de igualdad. El tratamiento que ella realiza es uniforme para todos aquellos que se dediquen a la explotación de estas actividades económicas. Por otro lado, no considera el Tribunal que sea un término de comparación válido, en orden a alegar un eventual tratamiento arbitrario de la Ley N°. 27153, que se sostenga que en otros sectores de la economía no se impone condiciones y restricciones como las previstas en el artículo 6°. Las restricciones a la libertad de empresa en un sector incentivado por el Estado no son, ni pueden ser, los mismos de aquellas que el Estado legítimamente ha decidido desalentar, como sucede con la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

A la vista de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, el Tribunal Constitucional tampoco considera que las exigencias señaladas en los numerales 7.1 y 7.2 del artículo 7° de la Ley N°. 27153 sean inconstitucionales por afectar los artículos 59°, 61° y 72° de la Constitución Política del Estado, pues se trata de condiciones perfectamente legítimas que tienen por finalidad garantizar la seguridad de los usuarios, a la vez, que la transparencia del juego.

Asimismo, tampoco considera este Colegiado que el artículo 7° de la Ley N°. 27153 se haya expedido en contradicción con el artículo 72° de la Constitución. En efecto, mediante este precepto constitucional se autoriza que el legislador, en casos de seguridad nacional, con carácter temporal, pueda establecer restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. Pero de él no se desprende una prohibición general a que el legislador establezca límites al derecho de propiedad o a la explotación de los bienes, como se deduce de su interpretación con el artículo 70° de la Constitución y la necesidad de armonizar su ejercicio con el bien común.

Se sostiene que los incisos b) y c) del artículo 10° de la Ley N°. 27153 vulnerarían el artículo 59° y 62° de la Constitución, ya que exige compulsivamente contratar el servicio denominado de "homologación" (ahora llamado "Examen técnico previo") a fin de obtener autorización para operar determinados modelos y programas de juego. El Tribunal Constitucional considera que los incisos b) y c) del artículo 10 se encuentra dentro de las condiciones razonables que debe exigirse a las personas jurídicas que se dedican a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, pues es una de las formas cómo las autoridades administrativas competentes controlar la transparencia de los juegos, al tiempo de garantizar que las legítimas expectativas de los consumidores no queden defraudadas, cumpliendo, así, los fines establecidos en el artículo 3 de la misma Ley N°. 27153. Mutatis mutandis, por estas mismas razones no es inconstitucional el artículo 15 de la Ley N°. 27153.

Adicionalmente, no considera el Tribunal que se afecte la libertad de contratación por el hecho que los tipos de modelos y programas de los juegos de las máquinas tragamonedas deban contar con autorización de la autoridad competente y encontrarse inscritos en el Registro correspondiente, pues el inciso b) del artículo 10 de la Ley N°. 27153 regula las exigencias que tal modelo y programas de juego deberán de contar, esto es, estar autorizados e inscritos en el registro correspondiente, a fin de que puedan explotarse las máquinas tragamonedas, sin que se haga referencia alguna a los proveedores de dichas máquinas.

Se considera en la demanda que el artículo 11.2 de la Ley N° 27153 es incompatible con el artículo 103 de la Constitución, y concretamente, con la disposición según la cual la ley no ampara el abuso del derecho. Asimismo, se ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad de este precepto, pues se entiende que el fin perseguido por el legislador, bien pudo ser alcanzado si, en vez de exigir el requisito de homologación ante una entidad nacional facultada por la autoridad competente, se hubiese previsto que la homologación de dichos modelos y

programas se realice en el país de origen. En lo que toca a este último aspecto, el Tribunal debe indicar que tal impugnación no es un tema que pueda ser residenciable en el ámbito de la acción de inconstitucionalidad, pues la naturaleza jurisdiccional del Tribunal no es compatible con la evaluación de medidas adoptadas bajo criterios de conveniencia o inconveniencia por los órganos de representación política. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal juzga si una norma con rango de ley es o no incompatible con la Constitución, y no si el legislador, al regular una materia dada, lo hizo de la manera más conveniente. Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar; en tanto que al Tribunal Constitucional, velar porque esa opción no rebase el ordenamiento constitucional. De ahí que si el artículo 11.2 de la Ley 27153 optó por establecer que el "examen técnico previo" se realice por una entidad nacional autorizada por autoridad competente, no se puede concluir de ello que tal precepto sea inconstitucional.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional no considera que el artículo 12 de la Ley N.º 27153 suponga una infracción del principio de irretroactividad de las leyes como consecuencia de que allí no se prevé la obligación de "registrar las modalidades de juegos de casino, así como de los modelos y programas de máquinas tragamonedas, prohibidos en su país de origen, y que han sido adquiridas antes de que entre en vigencia la Ley N.º 27153".

En ese sentido, considera el Tribunal que del artículo 12 de la Ley N.º 27153 no se deduce un mandato destinado a regular situaciones que se produjeron antes que ella entrara en vigencia. Sólo regula la responsabilidad de la autoridad competente para mantener actualizado el registro de todas las modalidades de juegos de casinos y de los modelos y programas de máquinas tragamonedas autorizadas para su explotación en el país.

Interpretado en el sentido de que, una vez satisfechas las condiciones y requisitos respectivos, el quantum de la extensión de los plazos de vigencia de la autorización correspondiente, tendrá que basarse en consideraciones objetivas y técnicas, y no en meras apreciaciones subjetivas o discrecionales, tampoco es inconstitucional, per se, este dispositivo. La hipotética afectación de los respectivos derechos constitucionales (en especial el de la "seguridad jurídica"), ha de depender, en efecto, de la naturaleza de los nuevos requisitos, situación futura e impredecible. La renovación de la autorización, no implica una continuación de la autorización original, ni una simple prórroga del plazo inicial, sino que constituye una autorización nueva, con un nuevo plazo, y que, por lo mismo, tendrá que someterse a la legislación vigente al momento de la presentación de la solicitud.

Tampoco es inconstitucional, por vulneración del principio de presunción de inocencia, que el artículo 19 de la Ley N.º 27153 disponga que, en respaldo de las obligaciones y sanciones derivadas de la aplicación de la ley así como en resguardo de los derechos de los usuarios y el Estado, se tenga que constituir una garantía a favor del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. El establecimiento de tal garantía con el objeto de iniciar ciertas actividades económicas que suponen riesgo o que requieren de un tratamiento especial por su incidencia sobre el patrimonio de terceros, no constituye ninguna anticipación de sanción alguna o presunción de responsabilidad sobre eventuales faltas que no aún no han sido juzgadas. Por el contrario, es una garantía razonable que la ley establece con el objeto de proteger a terceros y al mismo Estado, frente a contingencias que en la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas se pudieran suscitar.

Por ello, tampoco considera el Tribunal que sea inconstitucional el artículo 20 de la Ley N.º 27153, pues si como lo han entendido los recurrentes, su invalidez se encuentra supeditada a que se declare la ilegitimidad del artículo 19, al haberse desestimado tal impugnación, aquella tampoco resulta incompatible con el Texto Fundamental.

Los demandantes consideran inconstitucional el artículo 21.2 de la Ley N.º 27153, ya que al establecer el monto de la garantía para poder obtener una autorización, calculada sobre un número de máquinas tragamonedas a las que corresponde cierta cantidad de Unidades Impositivas Tributarias, se violaría la libertad de empresa y comercio, el derecho a progresar y poder explotar un mayor número de máquinas de tragamonedas, así como el derecho a no ser discriminado por razones económicas. Ya antes se ha sostenido que la exigencia de establecer

una garantía no es inconstitucional per se. Tampoco se vulnera la libertad de empresa por el hecho de que para su ejercicio se haya establecido ciertas condiciones o exigencias. De lo que se trata ahora es de analizar si el establecimiento de los montos de aquella garantía, previstos en el artículo 21.2 y 21.3 de la Ley N°. 27153, son irrazonables y en esa medida incompatibles con la Constitución.

La ley ha previsto que aquellos establecimientos que cuentan con ochenta máquinas tragamonedas establezcan como garantía una media de una Unidad Impositiva Tributaria por cada máquina. A juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de aquella media no es irrazonable, si es que se tiene en consideración el monto al que asciende la unidad impositiva tributaria en referencia, y la naturaleza de los juegos que se explotarán. Tampoco considera que al reducirse por contarse con más máquinas, realice un tratamiento discriminatorio, pues es obvio que el número de las unidades impositivas tributarias no tiene por finalidad garantizar las obligaciones de cada una de las máquinas, sino la del titular del establecimiento autorizado a explotar estos juegos de azar.

Se alega que el inciso d) del artículo 25 de la Ley N°. 27153 afecta el derecho a la reserva tributaria. No comparte tal criterio el Tribunal Constitucional. La reserva tributaria constituye un límite a la utilización de los datos e informaciones por parte de la Administración Tributaria, y garantiza que en dicho ámbito, esos datos e informaciones de los contribuyentes, relativos a la situación económica y fiscal, sean conservadas en reserva y confidencialidad, no brindándosele otro uso que el que no sea para el cumplimiento estricto de sus fines, salvo en los casos señalados en el último párrafo del inciso 5) del artículo 2° de la Constitución y con respeto del principio de proporcionalidad.

Si bien en las actuales circunstancias la administración del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas ha sido modificado por el Decreto de Urgencia N°. 075-2001, y ahora ésta es competencia de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, de ello no se deduce que el inciso d) del artículo 25° de la Ley N°. 27153 haya quedado derogado implícitamente, pues allí no sólo se autoriza el acceso a la información tributaria, sino también a otras de naturaleza distinta. Tampoco que la facultad de acceso a la información tributaria quede excluida de la competencia de la Dirección Nacional de Turismo, en tanto que a este órgano administrativo le corresponde la atribución de velar porque se cumpla la obligación prevista en el inciso i) del artículo 31 de la Ley N°. 27153, además de ejercer las facultades que le señala el artículo 24 de la misma Ley. El Tribunal Constitucional, por tanto, no considera que se afecte la reserva tributaria pues para el caso concreto del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, se ha previsto también que la Dirección Nacional de Turismo, guardando, bajo responsabilidad, reserva de su contenido, pueda fiscalizar el pago del impuesto. Dicha competencia deberá ser ejercida, por tanto, bajo los alcances del artículo 85, inciso 3°, del Código Tributario.

No es inconstitucional el artículo 29 de la Ley N°. 27153 porque si bien implícitamente impide que quienes inviertan en la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas se puedan constituir como "Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada", se trata de una restricción que no afecta el contenido esencial de la libertad de empresa. Tampoco viola el principio de igualdad pues como lo ha expresado el Tribunal en el fundamento N°. 2, no es un término de comparación válido la normativa societaria conforme a la cual se rigen las actividades económicas y comerciales que cuentan con la promoción del Estado, con la que se impone con aquellas que busca desalentar, y comportan riesgos patrimoniales y sociales de alta consideración.

Se cuestiona, por otro lado, que el inciso a) del artículo 31 de la Ley N° 27153 vulnera el artículo 2, inciso 14), y 62 de la Constitución Política del Estado, pues impide que los titulares de la autorización puedan contratar con terceros, en la medida que se establece que la conducción de los establecimientos tengan que hacerlo de manera directa. Considera el Tribunal que se trata de una exigencia compatible con los requisitos objetivos y subjetivos que la ley N°. 27153 exige del titular de la autorización, por lo que no es inconstitucional.

Tampoco considera este Tribunal que la prohibición prevista en el inciso a) del artículo 32 de la Ley N.º 27153 viole la libertad de empresa, comercio y trabajo. La limitación, en efecto, no es una prohibición para que los titulares de autorización expresa puedan dedicarse a otras actividades económicas. La limitación allí prevista sólo alcanza a actividades distintas que se puedan realizar dentro de las salas de juegos, y no en otros ambientes del mismo establecimiento, justificándose tal restricción en la finalidad de la Ley N.º 27153 expresada en su artículo 1º.

La propia naturaleza de los juegos regulados, impide que pueda estimarse inconstitucional la prohibición contenida en el inciso b) del mismo artículo 32 de la Ley N.º 27153, según el cual está prohibido que los socios, directores, gerentes, apoderados, personas con funciones ejecutivas o facultades de decisión y personal del titular de la autorización puedan "participar directa o indirectamente en los juegos que explota en su establecimiento". Como expresa el Congreso de la República en su contestación, criterio que este Tribunal comparte, tal restricción se justifica constitucionalmente en la naturaleza de los juegos cuya explotación se autoriza, y en especial su transparencia y en la necesidad de defender los intereses de los usuarios.

212. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04227-2005-AA.html>

EXP. N.º 4227-2005-PA/TC

ROYAL GAMING S.A.C.

FALLO:

Declarar INFUNDADA la demanda de amparo.

Declarar que la presente sentencia constituye precedente vinculante, de conformidad con lo expuesto en el Fundamento N.º 43, supra. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

MOTIVO:

42. El Tribunal Constitucional no puede dejar de expresar su preocupación por el hecho de que, según se advierte de los recaudos anexados al escrito presentado con fecha 11 de agosto de 2005 por la propia recurrente, **en sede judicial se vienen dictando sentencias –que han adquirido la calidad de firmes– en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringen el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de este Tribunal, en virtud de los cuales los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.**

43. En tal sentido, y de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal declara que la presente sentencia, que adquiere la autoridad de cosa juzgada, constituye precedente vinculante. **En**

consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17°, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional –que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad–, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

213. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC.html>

EXP. 006-2006-PC/TC

PROCESO COMPETENCIAL

Poder Ejecutivo (demandante) c. Poder Judicial (demandado)

FALLO:

Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 24 de enero de 2003, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de declaración de certidumbre (Exp. N.º 066-2002) seguido por Sociedad Exportadora Santa Isabel S.A.C., Harumi Company S.A.C., Sun Nippon Company S.A.C., Pacific Entertainments S.A.C., Famh E.I.R.L, Inversiones CMM S.A.C. y MCM Recreativos S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Primera Sala Mixta de Junín, mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2004, y fue elevada en casación, siendo declarada improcedente por la Sala Civil Suprema mediante resolución de fecha 9 de agosto de 2005; por conceder, a favor de las empresas demandantes, plazos irrazonables y manifiestamente excesivos de adecuación a la Ley 27153 (entre 15 y 20 años); apartándose de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 009-2001-AI/TC, en el extremo en que este Tribunal se pronunció sobre la necesidad de establecer un plazo razonable de adecuación, acorde con el principio de proporcionalidad (fundamento 17).
- La resolución de fecha 18 de junio de 2006, emitida por Juzgado Especializado en lo Civil de Tarapoto, en el proceso de amparo (Exp. N.º 125-2004) seguido por Vaclau S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo; por otorgar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 7 de enero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.º 179-2004) seguido por Nevada Entretenimientos S.A.C., Juegos Recreativos Huascarán S.A.C., Inversiones Las Siete Tinajas S.A.C., Tourist Entretenimientos S.A.C., Alpamayo Inversiones S.A.C., Entretenimientos del Centro S.A.C., Oroya Turística S.A.C., Sierra Machines S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Mixta de Junín, mediante resolución de fecha 26 de mayo de 2005; por contradecir los fundamentos 3, 4 y 8, entre otros, de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.

- La resolución de fecha 4 de febrero de 2005, emitida por el Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.° 804-2004) seguido por la Empresa Raymi & Games S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Segunda Sala Civil de Cajamarca, mediante sentencia de fecha 6 de julio de 2005; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 13 de mayo de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Maynas, en el proceso de amparo (Exp. N.° 018-2004) seguido por Inversiones Malok S.A.C., Driza Holding S.A.C., Corporación Kodra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Maynas, mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2005; por contradecir lo dispuesto en el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, esto es, que los requisitos previstos en la Ley 27153 no afectan el derecho a la libre iniciativa privada ni el principio de igualdad.
- La resolución de fecha 9 de diciembre de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 149-2005) seguido por J.W. Corporation S.A.C., JD General Investment S.A., Merchant Investment Corporation, Red One S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 8 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 30 de enero de 2006, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 180-2005) seguido por Inversiones Andean del Centro S.A.C., Slots Zeta Games S.A.C., Slots Omega Investments S.A.C., Recreativos Slots del Pacífico S.A.C., La Máquina de la Suerte Investment S.A.C., Juego y Aventura Real S.A.C., Inversiones Palacio del Juego S.A.C., International Juegos Huari S.A.C., Gaming Services Investment, Corporation Machines & Entertainment S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4 y 5 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de noviembre de 2004, emitida por el Juzgado Mixto de Casma, en el proceso de amparo (Exp. N.° 364-2004) seguido por Z & Z Interset S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Chimbote, mediante sentencia de fecha 12 de agosto de 2005; por disponer aplicar el plazo de adecuación a que se refiere el fundamento 17 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional, a una empresa que carece de autorización expresa.
- La resolución de fecha 31 de agosto de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Yauli-La Oroya, en el proceso de amparo (Exp. N.° 097-2005) seguido por Camacho Games S.R.L., Saltadistas de la Suerte S.A.C., Machines Los Antes Slots S.A.C., Juegos Slots Multinacionales S.A.C., Sun Inversiones S.A.C., Metropolis Games S.A.C., Andean Slots S.A.C., Diversiones JR. S.A.C., Mak's International S.R.L. y Mundo Electrónico S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 2, 4, 5 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 22 de agosto de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Yanahuanca-Cerro de Pasco, en el proceso de amparo (Exp. N.° 014-2005) seguido por Mex Lim S.R.L. e Inversiones Vizcarra S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir el fundamento 2 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 2 de setiembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Mixto de Cutervo, en el proceso de amparo (Exp. N.° 043-2005) seguido por Estrella de la Suerte S.A.C., Inversiones Balora S.A.C., Inversiones Bambamarca S.A.C. y Juegos y Diversiones Las Tullpas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por contradecir los fundamentos 4 y 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC del Tribunal Constitucional.
- La resolución de fecha 19 de mayo de 2006, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.° 275-2006) seguido por la Empresa Los Faraones S.A.C. y Willians Gaming S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo;

por contradecir el fundamento 9 de la sentencia 009-2001-AI/TC y el FJ 40 de la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional.

- Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional.

2. Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:

- La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de amparo (Exp. N.° 408-1997) seguido por Compañía Hotelera Lima S.A., Compañía Hotelera Talara S.A., Consorcio de Inversiones Santa Fe S.A., Corporación Aventura S.A., Crystal Palace S.A., Diversiones y Entretenimientos del Perú S.A., Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., Fantasy Club del Perú S.A., Flamingo Games S.A., Inversiones Las Vegas S.A., Inversiones Hobby S.A., Inversiones Yeniva S.A., La Silueta S.A., Machine Games S.A., Poker S.R.L., Promotora El Dorado S.R.L., Suttner & Visser S.A., The Palace Fortune S.A., Tourist Investment S.A. y Xanthus S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

- La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, emitida por el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado de Derecho Público, en el proceso de cumplimiento (Exp. N.° 1265-1997) seguido por Corporación de Inversiones Santa Fe S.A., La Silueta S.A., Textilco S.A., Diversiones y Entretenimiento del Perú S.A., Fantasy Club del Perú S.A., y Empresa de Entretenimiento Grupo Andina S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.

- La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Andahuaylas, en el proceso de amparo (Exp. N.° 0302-2001) seguido por el Consorcio de Inversiones Cathay S.A., Recreativos Fargo S.A., Balslem Gaming S.A. y Zlata Actividades Recreativas S.A., contra el Ministerio de Comercio Exterior y de Turismo.

- La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N.° 2153-2004) seguido por Inversiones KNN S.A. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.

- La resolución de fecha 17 de enero de 2005, emitida por el Juzgado Mixto de Tingo María, en el proceso de amparo (Exp. N.° 174-2004) seguida por Siglo XXI S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha resolución fue confirmada por la Sala Civil de Huánuco, mediante sentencia de fecha 9 de agosto de 2005.

- La resolución de fecha 24 de febrero de 2005, emitida por el Primer Juzgado Mixto de Moquegua, en el proceso de amparo (Exp. N.° 060-2005) seguido por Magic Center S.C.R.L. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

- La resolución de fecha 4 de noviembre de 2005, emitida por el Segundo Juzgado Civil de Cajamarca, en el proceso de amparo (Exp. N.° 585-2005) seguido por Apex Corporation S.A.C. y 9 Reynas S.A.C., contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

3. Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de abril de 2006.

VOTO SINGULAR DEL VOCAL BARDELLI LARTIRIGOYEN

No cabe duda que el reparto de competencias establecido por la Constitución no puede conspirar contra el orden constitucional y provocar, en vez de la armonía y el balance de poderes una situación de conflicto permanente y lagunas exentas de control que desautoricen al Estado como componente esencial de la democracia. Es en este sentido que conforme a una lectura de unidad de la Constitución, se impone como menester conjugar las diversas atribuciones otorgadas a los órganos constitucionales; y, en ello, qué duda cabe es el propio Tribunal Constitucional quien tiene que definir el ámbito de sus propias competencias y atribuciones.

Este Tribunal, por ello, debe destacar su labor de pacificación, pues le compete solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y su labor de ordenación, en la medida que sus decisiones tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante; en este sentido es que este Colegiado, sin transgredir las competencias que le atribuye por la Constitución y desarrolladas por el Código Procesal Constitucional y por su Ley Orgánica, debe procurar la solución de los conflictos y propugnar el adecuado balance de los poderes de manera que sus precedentes y sus juicios de constitucionalidad encuentren real eficacia, lo que, sin duda, contribuirá a que la participación de los demás poderes del Estado en el ordenamiento social se realice sin el sometimiento absoluto de un poder respecto de otro, todo ello en la búsqueda de la paz social.

Por ello, soy de la opinión que se deben efectuar las modificaciones constitucionales y legales dirigidas a consolidar el stare decisis y la cosa juzgada constitucional lo que permitirá que el Tribunal Constitucional sea efectivamente competente para conocer en consulta del ejercicio del control difuso llevado a cabo por el Poder Judicial en los procesos constitucionales; es en esta línea que, a partir de una lectura de unidad de la Constitución, este Colegiado ha optado por declarar, en primer lugar, nulas las sentencias dictadas en abierta contravención de las sentencias del Tribunal Constitucional (0009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC) siendo estos precedentes de obligatorio cumplimiento por lo que, aunque puedan generar controversia los fundamentos esgrimidos en el punto 8 de la sentencia de autos, estos tienen eficacia tanto vertical como horizontal y es en este sentido que los reitero, del mismo modo en que debieron ser de observancia por los jueces del poder judicial; y en segundo lugar ha dejado en manos de la Corte Suprema la decisión final y responsable sobre aquellas causas resueltas antes del dictado de las sentencias aludidas

MOTIVO:

§4. Atribuciones constitucionales y ejercicio de la función jurisdiccional

12. La determinación de los elementos objetivo y subjetivo en el presente proceso competencial no significa, de por sí, que exista una afectación de las atribuciones reconocidas al Poder Ejecutivo por el citado artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución. Necesario es, primero, determinar, de manera general, si el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, puede afectar las atribuciones de otros poderes del Estado u órganos constitucionales; y, en el supuesto afirmativo, esclarecer si, en el presente caso, el ejercicio de la función jurisdiccional, por parte del Poder Judicial, afecta las atribuciones del Poder Ejecutivo –más específicamente, del MINCETUR-.

13. En cuanto a lo primero cabe señalar que la Constitución prevé que “[l]a potestad de administrar justicia emana del Pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes” (artículo 138° de la Constitución). Esta disposición concuerda con lo establecido en el artículo 45° de la Norma Suprema; y ello es así porque uno de los principios fundantes de todo Estado Constitucional de Derecho es aquél según el cual el poder del Estado emana del Pueblo, aunque es bueno siempre reiterar que el ejercicio de ese poder se realiza dentro de las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

14. La potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aun cuando los jueces no sean elegidos directamente por

medio de sufragio directo –salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular (artículo 152° de la Constitución)–. Sin embargo el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y plenario respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.

15. Uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo Poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de separación del poder, reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –checks and balances of powers– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos. Esto explica el hecho de que si bien la Constitución establece que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (artículo 138° inciso 2), dimana de ella también la prescripción de que el Poder Judicial no ha de turbar, ilegítimamente, el ejercicio de las atribuciones de otros poderes del Estado.

5.1. Afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes

29. Es cierto, como ya se ha señalado supra, que la Constitución (artículo 138°) reconoce al Poder Judicial la atribución de ejercer la función jurisdiccional. Pero no se puede negar que dicho ejercicio, para que sea constitucionalmente legítimo, debe estar dentro del marco constitucional establecido. Dicho esto cabe precisar que el Congreso de la República había dictado la Ley 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

30. Esta Ley fue cuestionada en su conformidad con la Ley Fundamental a través de una demanda de inconstitucionalidad[15]. El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda y, con ello, la inconstitucionalidad de los artículos 38°, inciso 1, 39°, Primera y Segunda Disposición Transitoria y, por conexidad, el artículo 1° de la Ley 27232, refrendando la constitucionalidad de sus demás disposiciones. Esta sentencia, posteriormente, mereció la intervención del legislador a través de la Ley 27796, a fin de proveerla de la conformidad reclamada.

32. Siendo así, al Poder Ejecutivo le corresponde ejercer su atribución constitucional de hacer cumplir, efectivamente, la Ley 27153, modificada por la Ley 27796. Es verdad que la Constitución ha establecido que todos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 38°), pero es igualmente cierto que la atribución constitucional de hacer cumplir las leyes es una facultad que la Constitución le ha reservado de manera exclusiva, pero no excluyente, al Poder Ejecutivo. Por lo que ningún poder del Estado, órgano constitucional o particular puede afectar esta atribución constitucional.

33. La potestad del Poder Ejecutivo de exigir el cumplimiento de la ley antes mencionada es indiscutible, no sólo porque tal atribución le viene dada, inequívocamente, por la Constitución, sino también porque la comentada es una norma vinculada con aspectos tributarios cuyo ámbito de regulación desborda el plano de mera legalidad y repercute en diversos aspectos fijados por el orden constitucional, tales como la salud pública, la moral y la seguridad pública. En efecto, la finalidad de la Ley 27153 (artículo 1°) es “regular la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas a fin de proteger a la ciudadanía de posibles perjuicios o daños que afecten la moral, la salud y seguridad pública; así como promover el turismo receptivo; y establecer el impuesto a los juegos de casino y de máquinas tragamonedas”.

5.2. La afectación de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales

35. En cuanto a la atribución constitucional de cumplir y hacer cumplir la sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales, en el Poder Ejecutivo reposa la obligación de hacer cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, tal como expresamente lo prevé el artículo 118º, inciso 9 de la Constitución. Sin embargo, esta atribución, al igual que la prevista en el artículo 118º, inciso 1, se ha visto menguada por la inconstitucional tutela de determinadas demandas de amparo y de cumplimiento por parte de algunos jueces del Poder Judicial, en abierto desconocimiento de la eficacia normativa de las sentencias constitucionales emitidas.

36. Así, respecto a la sentencia 009-2001-AI/TC, es de provecho resaltar que si la Constitución reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes (artículo 201º) y le ha reservado la posición de ser, en algunos procesos constitucionales, instancia final de fallo y, en otros, instancia única (artículo 202º), entonces sus sentencias no pueden ser desconocidas por los demás poderes u órganos constitucionales del Estado e, incluso, por los particulares.

37. Particularmente, las sentencias que recaen en los procesos de inconstitucionalidad tienen efectos erga omnes, fuerza vinculante y calidad de cosa juzgada. Por ello, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución.

38. De otro lado, el control constitucional de las leyes, más allá del examen de compatibilidad, formal o material, de una ley con la Constitución, cumple también otras funciones trascendentales para un Estado constitucional de Derecho. Particularmente es pertinente poner de relieve la función pacificadora y ordenadora del Tribunal Constitucional, según la cual, las sentencias que éste expida y queden firmes, considerando su posición de instancia única en el control abstracto de constitucionalidad, son irrecurribles

39. Debe puntualizarse, asimismo, que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia.

40. Esto quiere decir que el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no sólo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones -ratio decidendi-.

41. Es necesario precisar, por ello, que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no sólo respecto al decimum o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos -ratio decidendi- que constituyen su fundamentación[20]. Y es que, a diferencia de los obiter dicta -que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios-, la ratio decidendi constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el decimum, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima[21].

42. Es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que "(...) Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. 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.”

De igual modo, el artículo VII precisa que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

44. Es importante enfatizar que, frente a la fuerza vinculante de las sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138° de la Constitución) y a la independencia (artículo 139°, inciso 2) que la Constitución les reconoce para desenlazarse de ella. Porque si bien es verdad que la Constitución reconoce al Poder Judicial autonomía e independencia, esto no significa que le haya conferido condición de autarquía. Autonomía no es autarquía[22]. Y es que, en un Estado Constitucional Democrático, los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella.

45. Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. Es también importante recordar, respecto a la pretextada independencia, que, como toda atribución constitucional, está sujeta a límites o, lo que es lo mismo, no puede interpretarse en términos absolutos.

46. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución. Ello pone en evidencia, además, los límites constitucionales de la facultad de ejercer el control difuso que reconoce el artículo 138° de la Constitución. En definitiva, uno de los límites del ejercicio del control difuso judicial lo constituyen las sentencias y los precedentes vinculantes de este Colegiado, pues tal como se ha señalado anteriormente.

47. De ahí que sea necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto, resultaría claramente inadmisibles y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de última ratio de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución.

48. De otro lado, en cuanto al incumplimiento del precedente vinculante dictado en la sentencia 4227-2005-AA/TC, es menester indicar que también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, tal como lo señala la Constitución en su artículo 118°, inciso 1. En este caso, la ilegitimidad constitucional de la estimación de las demandas de amparo y de cumplimiento por parte del Poder Judicial, en detrimento del Poder Ejecutivo, es aún más notoria.

49. En efecto, el Tribunal Constitucional, tal como lo señala en el propio precedente, ya había advertido que **“en sede judicial se vienen dictando sentencias –que han adquirido la calidad de firmes– en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas, que infringen el segundo párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica de este Tribunal, en virtud de los cuales los jueces y tribunales tienen la obligación de interpretar y aplicar las leyes y toda norma con rango de ley, y los reglamentos respectivos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por este Colegiado en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad[24] (subrayado agregado).”**

52. Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo “de control de la Constitución” (artículo 201º), entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo. De ahí que “(...) puesto que prácticamente toda cuestión jurídico-constitucional puede ser planteada de alguna manera al Tribunal Constitucional (...) su interpretación tiene, como consecuencia de la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional para todos los órganos del estado,, tribunales y poderes públicos (...) una importancia extraordinaria. Los Tribunales Constitucionales deciden sobre el derecho constitucional de manera vinculante en última instancia y por tanto con autoridad. Esto es diferente en estados sin justicia constitucional. En estos la clarificación determinante de las normas constitucionales es practicada por otros órganos constitucionales (Parlamento, Jefe de Estado)[25].”

D53. El respeto por el precedente establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC del Tribunal Constitucional, en relación con el Poder Judicial, se concretó en la Resolución de Jefatura N.º 021-2006-J-OCMA/PJ, de fecha 13 de marzo de 2006[26], en la cual se dispuso que: *todos los órganos jurisdiccionales de la República, bajo responsabilidad funcional, den cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias dictadas en los Expedientes (...) N.º 4227-2005-AA/TC (...)*

Aunque, poco después el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de un Comunicado de fecha 4 de abril de 2006, que por cierto no tiene carácter jurídico y carece de efectos legales, pretendió desconocer los efectos normativos de dicho precedente (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), recurriendo a una inconstitucional interpretación de la independencia jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial (artículo 146º, inciso 1 de la Constitución).

54. Todo ello muestra que la estimación de las demandas de amparo y de las demandas de cumplimiento por parte Poder Judicial desconociendo los efectos normativos de las sentencias aludidas supra, menoscaba la atribución constitucional que la Constitución (artículo 118º, inciso 9) le reconoce al Poder Ejecutivo; en otros términos, se ha configurado una mengua en las atribuciones constitucionales del primero con respecto a las atribuciones constitucionales de este último, por lo que es necesario, ahora, que se determine, para el presente caso, los efectos de la sentencia atendiendo a la particularidad de este tipo de conflicto de atribuciones.

§6. Los efectos de la sentencia del presente proceso competencial

57. Sin embargo, en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones constitucionales por menoscabo; por ende, es necesario que este Tribunal determine los efectos de éste conflicto. La doctrina señala que *esta decisión va, en principio, unida a la declaración sobre la competencia, de forma que si el órgano que emanó el acto o disposición impugnados carecía de competencia, o si aún teniéndola la ejerció de forma tal que lesionó la competencia de otro órgano, el Tribunal Constitucional debe necesariamente declarar su nulidad[27] (subrayado agregado).*

58. Es evidente, entonces, que la sentencia en este caso no tiene como contenido principal determinar la titularidad de las atribuciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial, pues ambos entes han actuado en el marco de sus atribuciones constitucionales; antes bien, lo que hará será declarar la nulidad de aquellos actos -en este caso jurisdiccionales- viciados de ilegitimidad constitucional por haber sido dictados desconociendo las sentencias del Tribunal Constitucional 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC, y que causan un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo. En esta forma de decisión, los efectos de la sentencia trascienden a las partes legitimadas en el proceso competencial.

59. Más aún, dichos actos jurisdiccionales se han dictado, como señala el demandante, al margen de lo que prescrito por el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial[28], el cual establece que *“cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”*.

60. Este vicio de ilegitimidad se produce porque las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo resoluciones que ponen fin a una controversia constitucional, sino son también fuente de Derecho, tal como lo ha precisado este Colegiado: *(...) así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.º de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional*

Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente[29].

61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado[30]. Y ello es así porque **la norma fundamental básica [la Constitución] es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen[31].**

62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. **Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie, su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra.**

63. Por ende, en aplicación del artículo 113° del Código Procesal Constitucional, el cual establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional anula las disposiciones o actos viciados de incompetencia, debe

declararse la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que han estimado sendas demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las sentencias 009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC y que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 118°, inciso 9, tenía la atribución constitucional de cumplir y hacerlas cumplir.

§7. Sobre las solicitudes presentadas por la Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas y otros

64. La Cámara de Operadores de Máquinas de Juego Tragamonedas, con fecha 2 de noviembre de 2006, Sun Inversiones S.A.C., con fecha 16 de noviembre de 2006, así como Los Faraones S.A.C., Import & Export Golden S.A.C., Exactum Game S.A.C., Abraxsa S.A.C., Sagitario S.A.C., El AZ Ganador S.A.C., Apex Corporation S.A.C., de fecha 2 de noviembre de 2006, presentaron solicitudes a fin de que el Tribunal Constitucional permita su intervención en este proceso.

65. Debe precisarse al respecto que, si bien el proceso competencial, como todo proceso constitucional, tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva, es evidente que, principalmente, está vinculado a la garantía del orden objetivo constitucional; además, el Tribunal Constitucional resuelve, en este tipo de conflictos de atribuciones por menoscabo, más que por lo que puedan argumentar las partes o los que quisieran intervenir en el proceso, por el contraste del acto o disposición con el conjunto del ordenamiento constitucional.

66. Debe puntualizarse que en el proceso competencial se resuelven las controversias jurídicas de los sujetos legitimados por la Constitución (artículo 202°, inciso 3) y el Código Procesal Constitucional (artículo 109°). Ciertamente, sus efectos -como todo acto legislativo, judicial o administrativo- pueden incidir, directa o indirectamente, sobre la esfera jurídica de terceros, pero no puede decirse que de ahí se derive, necesariamente, una afectación del derecho al debido proceso; más aún si se considera que los derechos fundamentales no son absolutos, sino susceptibles de afectaciones legítimas por parte del Estado.

67. No obstante ello, mediante decreto de fecha 1 de enero de 2007, este Tribunal ha dispuesto que se tenga en consideración, en lo que sea constitucionalmente relevante, para la resolución de la presente controversia constitucional, las apreciaciones de los solicitantes. Siendo ello así, de los escritos presentados se puede extraer que la cuestión esencial que se plantea es que se estaría afectando, en caso se declare fundada la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo, la garantía de la cosa juzgada reconocida por el artículo 139°, inciso 2 de la Constitución[32].

§8. Sobre la cosa juzgada constitucional

68. El Tribunal Constitucional no comparte este argumento de los solicitantes. En efecto, para que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6° del Código Procesal Constitucional. Al efecto conviene recordar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201°), y que, en determinados procesos constitucionales -hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento-, es instancia final de fallo (artículo 202°, inciso 2 de la Constitución) de las resoluciones del Poder Judicial; en otros -proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial- es instancia única (artículo 202° inciso 1); de ahí que sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 1° de la LOTC).

69. Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal

Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.

70. Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139°, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

71. Bajo estas consideraciones, es evidente que en el presente caso las resoluciones judiciales que se dictaron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y los efectos normativos de la sentencia 009-2001-AI/TC y del precedente vinculante sentado a través de la sentencia 4227-2005-AA/TC, nunca adquirieron la calidad de cosa juzgada constitucional y, por ende, no puede afirmarse que su nulidad constituya una afectación de la garantía de la cosa juzgada y del derecho fundamental al debido proceso, ambos principios reconocidos en el artículo 138°, incisos 2 y 3 de la Constitución, respectivamente. Y es que de la relación que existe entre la Constitución y el proceso se deriva que éste no puede ser concebido como un instrumento de resolución de conflictos aséptico y neutral de cara la realización de determinados valores constitucionales, pues esta es una práctica propia del positivismo y relativismo procesalista; antes bien, debe entenderse como un instrumento jurídico comprometido con la realización de valores democráticos y con el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales.

9. ORDENAMIENTO Y ANÁLISIS DE LOS DATOS.-

9.1. Unidad de análisis.-

202 Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de control de la constitucionalidad de normas tributarias. (1 – 202)

04 Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de control de la constitucionalidad de Tratados. (203 – 206)

07 Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de las facultades del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial. (207 – 213)

La presente tesis doctoral analiza los fundamentos señalados en las mencionadas Sentencias del Tribunal Constitucional, con relación a la problemática de la presente tesis, relacionada con el ámbito procesal constitucional, así como la oportunidad de efectuar el control de la constitucionalidad de las normas y del ordenamiento Sistema de Control de

Constitucionalidad. La recopilación de las sentencias se efectuó mediante consultas en la página web del Tribunal Constitucional.

El objetivo de analizar dichas sentencias fue determinar el fundamento del Tribunal para resolver diversas demandas, vía de acción de inconstitucionalidad o de amparo, a efecto de identificar la existencia de la problemática planteada en la presente tesis. En ese sentido no se tendrá en cuenta el fundamento legal material que sustenta las decisiones del tribunal -en materia tributaria, sobre la constitucionalidad de los Tratados o de las facultades del Tribunal respecto al ejercicio del control difuso- sino las implicancias procesales constitucionales de dichas sentencias, con relación a la oportunidad del control de constitucionalidad, a los efectos del actual sistema de control de constitucionalidad y a los mecanismos procesales que se pueden perfeccionar.

En ese sentido, a manera referencial y para una correcta presentación académica, se ha señalado un resumen de la fundamentación de las sentencias antes mencionadas, de las cuales se analizará y examinará la información necesaria para la presente tesis.

Por ende, se analizaran dichas sentencias, teniendo en cuenta los siguientes de criterios:

En materia Tributaria:

- El número de demandas en las cuales se declaró fundado el pedido de inconstitucionalidad de la norma tributaria, en comparación con el número de demandas interpuestas con ese fin.
- Las medidas tomadas respecto a los efectos de la norma tributaria en el tiempo.
- El carácter abstracto o concreto de los fundamentos utilizados por el tribunal para declarar fundadas las demandas en mención.
- El alcance de los beneficios de las sentencias que declaran fundadas las demandas.

En materia de constitucionalidad de Tratados:

- La evolución del fundamento relativo a la necesidad de un sistema de control de constitucionalidad que evite incurrir en responsabilidad internacional al país en caso se declarase la inconstitucionalidad de un Tratado.

En materia del control que realiza el Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial:

- Los requisitos para la procedencia de una acción de amparo contra amparo.
- Los criterios para el acceso al Tribunal vía Recurso de Agravio constitucional.

9.2. Análisis de los datos.-

Seguidamente se analizarán los fundamentos jurídicos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en las materias relacionadas a las problemática de este trabajo de investigación:

9.2.1. De las sentencias del Tribunal en materia de control de la constitucionalidad de normas tributarias.-

- A) Del trabajo de campo realizado, se aprecia que de las 202 sentencias emitidas por el Tribunal en el período del 2001-2011, correspondientes a acciones de amparo o de inconstitucionalidad que buscan la inaplicación o la derogatoria de diversas normas tributarias, 46 sentencias han sido declaradas Fundadas, es decir, aproximadamente un 22.8% de las demandas han sido amparadas.
- B) Se aprecia que en las sentencias declaradas fundadas, principalmente en materia de inconstitucionalidad de ordenanzas que establecen arbitrios y tributos municipales, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no ha sido retroactivos, sino con efectos “*a posteriori*” de dicha declaración.

- C) El Tribunal fundamenta dicha decisión señalando que no procede ni la devolución, ni la compensación de lo recaudado con anterioridad a dichas sentencias, pese a ser pagos indebidos; puesto que, por la antigüedad de las normas impugnadas y la vigencia de sus efectos, considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional, de tener efectos retroactivos dicha inconstitucionalidad, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar.
- D) En ese sentido el Tribunal “valida” dichos pagos indebidos efectuados por los contribuyentes, salvo para los demandantes, y para quienes hubieren interpuesto una demanda con igual pretensión, antes de la declaratoria de inconstitucionalidad
- E) Dicha situación conlleva a una situación de flagrante inequidad e injusticia, pues un grupo mayoritario de contribuyentes debe pagar tributos inconstitucionales o ilegales, sin derecho a devolución y/o compensación, de ser el caso; y otro grupo minoritario, si accede a una tutela jurisdiccional respecto a un cobro efectuado en virtud de criterios indebidos, ordenándosele a los Municipios efectuarles el cobro de acuerdo a Ley.
- F) Independientemente a lo antes mencionado, tanto en el caso de las inconstitucionalidad del Impuesto a la explotación de Máquinas Tragamonedas, del Anticipo Adicional o del Impuesto Mínimo a la Renta, se aprecia que: Si bien en dichos casos los efectos de la sentencia del Tribunal han sido retroactivos a la dación de las normas, o se han establecido mecanismos de compensación respecto al impuesto pagado indebidamente y el que se debe pagar; en dichos casos también existen un daño al patrimonial al contribuyente, pues sin importar el monto que debe ser pagado al fisco, se ha efectuado un cobro indebido y por ende, se ha ocasionado un perjuicio al contribuyente.

G) Del texto de las sentencias que declaran inconstitucional o inaplicable una norma tributaria, se aprecia que siempre atienden al carácter abstracto de la norma, no a las circunstancias especiales de las personas naturales o jurídicas que interponen la demanda. Ello se aprecia en las sentencias relativas a las ordenanzas que imponen tributos municipales, la sentencia referidas al Impuesto Adicional o Mínimo a la renta, al Impuesto a la explotación de Maquinas Tragamonedas, entre otras.

En ese sentido, las personas naturales o jurídicas deben asumir los daños patrimoniales o perjuicios que ocasionan normas tributarias ilegales o inconstitucionales, mientras estas tuvieron efectos sobre el patrimonio de dichas personas, sin otorgárseles reparación alguna, ni derecho a devolución o compensación de los tributos que hubiesen sido cobrados indebidamente. En ese sentido, se legitima la norma inconstitucional y el daño causado a la sociedad, mientras tuvo efectos, comprobándose la existencia del problema planteado en la presente tesis.

9.2.2. De las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de control de la constitucionalidad de Tratados.-

Al respecto, debe tenerse en consideración las 04 sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de constitucionalidad de Tratados, en ese sentido debe tenerse en cuenta la evolución del fundamento relativo a la necesidad de un sistema de control de constitucionalidad que evite que el país incurra en Responsabilidad Internacional, en caso se declarase la inconstitucionalidad de un Tratado:

A) En el caso del ALC con Chile, el Tribunal estableció que si bien las regulaciones establecidas por un Tratado se presumen válidas constitucionalmente, esto no quiere decir que un Tratado *“no pueda derivar en inconstitucional por su aplicación contraria a las disposiciones constitucionales”*. A su vez, apela al Poder Ejecutivo, que en el desarrollo del ALC se garantice *“su aplicación con lealtad al*

ordenamiento jurídico constitucional”; de lo contrario, “podría sobrevenir una inconstitucionalidad en su ejecución, o si en su ejecución se vulnera una potestad del Congreso de la República.”

B) En dicha sentencia, también consta el voto singular del vocal Eto Cruz, quien señala: *“...quiero llamar la atención en torno a la conveniencia de reformar nuestra Constitución a efectos de establecer un procedimiento de control constitucional de los Tratados internacionales más racional y coherente...La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, establece en su artículo 42º que la validez de un Tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención. Ello quiere decir que el parámetro que sirve para evaluar la validez de un Tratado (entendiendo aquí por validez la pertenencia de una norma jurídica a un concreto sistema jurídico, lo cual es un asunto distinto a la evaluación sobre su aplicabilidad), es la propia Convención y no alguna Constitución nacional... la sentencia del Tribunal Constitucional, generará la imposibilidad de aplicar total o parcialmente el Tratado a nivel interno, pero, a su vez, generará responsabilidades internacionales para el Estado peruano en razón de su no ejecución... Esta problemática resultaría superada si el control constitucional de los Tratados internacionales dejase de ser un control ex post, para convertirse en un control ex ante....”*

C) En la demanda de inconstitucionalidad contra el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos de América, uno de los principales argumentos de los demandantes, fue el que *“sería absurdo esperar que se apruebe todo el TLC para que el Congreso de la República y el Tribunal Constitucional del Perú recién pudieran abocarse a su análisis constitucional..... no hacerlo ahora convertiría en casi imposible un análisis constitucional objetivo e imparcial por parte del TC del Perú ya que muchos de los negocios basados en el actual sistema de subsidios agrarios de EEUU o de las ventajas monopólicas de algunas ramas se echarían a andar y comprometería empleo,*

inversiones y medidas que por sí mismas bloquearían todo cuestionamiento...”, es decir, los Congresistas exigían que de plano se aplicara un control previo sobre la constitucionalidad del Tratado, pues al entrar en vigor, ello no tendría mayor sentido.

- D) En la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, con el voto unánime de todos los miembros de Tribunal, la sentencia que resuelve la demanda, señala lo siguiente: *“Que la doctrina constitucional reconoce dos tipos de control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales: uno previo o preventivo y otro posterior o represivo. El control previo supone la realización de un examen de constitucionalidad del Tratado por un órgano ad hoc, especializado y autónomo antes de su aprobación, ratificación o entrada en vigor, mientras que el control posterior supone la realización de dicho examen de constitucionalidad una vez producida la incorporación del Tratado en el derecho interno. Ahora bien, no obstante que la tendencia del derecho constitucional comparado se inclina por el control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, la Constitución del Perú ha optado por el denominado control posterior. Asimismo, cabe precisar que lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 57º de la Constitución – referido a que si un Tratado afecta disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República –, no constituye en estricto un control previo de constitucionalidad de los Tratados en tanto que el examen de constitucionalidad no está a cargo de un órgano ad hoc y especializado....”*

“...la diferencia sustancial entre los dos sistemas radica en que el control previo busca prevenir precisamente las eventuales contradicciones que pudieran surgir luego de la entrada en vigor o incorporación del Tratado en el ordenamiento jurídico; ello afirmarí la coherencia normativa y lógica del sistema de fuentes y evitaría la inseguridad jurídica y la

potencial responsabilidad internacional del Estado, además de fortalecer la supremacía constitucional, lo cual no sería posible con un control posterior de constitucionalidad de los Tratados; es por tanto conveniente la implementación en estricto de un sistema de control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales (Tratados), previa reforma constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 206° de la Constitución...”

En ese sentido, de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional, se aprecia que habiéndose interpuesto cuatro (04) demandas de inconstitucionalidad de Tratados internacionales entre el 201 y el 2011, tres de ellas han sido declaradas Improcedentes por temas de forma; sin embargo, la evaluación que realiza el Tribunal sobre el Sistema de Control de Constitucionalidad en materia de Tratados, evoluciona de un primer voto singular exigiendo un mecanismo de control previo (sentencia sobre la inconstitucionalidad del ALC con Chile), a una exigencia de todos los miembros del Tribunal sobre la necesaria implementación de este mecanismo (sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad).

Lo antes mencionado comprueba la existencia del problema planteado en la presente tesis.

9.2.3.- De las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de las facultades del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial.

A) Al respecto, debe tenerse presente que los requisitos para la procedencia de una acción de “amparo contra amparo” son:

- Regla procesal: El Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 201 y 202.2 de la Constitución así como de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren el carácter de cosa juzgada, un precedente vinculante. En virtud de ello la presente sentencia, en tanto

constituye cosa juzgada, se establece como precedente vinculante y sus efectos normativos se precisan en la siguiente regla sustancial.

- Regla sustancial: Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

(1) Objeto.– Constituirá objeto del “amparo contra amparo”:

a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) La resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

(2) Pretensión.– El nuevo amparo podrá incluir como pretensión lo que ha sido objeto del primer amparo sólo si la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental es de tal intensidad que desnaturaliza la decisión misma y la convierte en inconstitucional; caso contrario, no procederá el “amparo contra amparo” por haberse configurado la cosa juzgada constitucional. También puede invocarse como pretensión en el nuevo amparo el desacato manifiesto de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, conforme a los supuestos establecidos en el fundamento 17 de esta sentencia.

(3) Sujetos legitimados.– Las personas legitimadas para interponer una demanda de “amparo contra amparo” son las siguientes:

a) Frente a la resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, donde se haya producido la violación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o se haya desconocido la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en

inconstitucional; podrán interponer una demanda de “amparo contra amparo” los directamente afectados, siempre que tal afectación haya sido debidamente denunciada al interior del primer proceso de amparo y no haya sido respondida por el órgano judicial o lo haya sido de forma insuficiente. También están legitimados los terceros afectados por lo resuelto en el primer amparo que no hayan sido emplazados o no se les haya permitido ejercer su derecho de defensa al interior del primer amparo.

b) Frente a la resolución denegatoria de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial, y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podrá interponer una demanda de “amparo contra amparo” el tercero legitimado que, pese a haber solicitado su intervención en el primer amparo, no haya sido admitido o, teniendo la calidad de litisconsorte necesario, no haya sido notificado con la demanda. Asimismo lo podrá interponer el interesado que, por razones probadas, se hubiera encontrado imposibilitado de presentar el recurso de agravio constitucional oportunamente. En estos supuestos, será indispensable que, en el primer proceso de amparo, no exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, sin importar quién lo haya interpuesto. Finalmente, conforme a lo señalado supra, sólo se ha de admitir por una única vez, sea que lo plantee el agraviado directamente o terceros.

(4) Juez competente.– A efectos de obtener un pronunciamiento de conformidad con el valor superior justicia y con el derecho fundamental a un juez imparcial, el juez de primer y segundo grado no deberá haber conocido la primera demanda de amparo.

B) Sobre los criterios para el acceso al Tribunal vía Recurso de Agravio constitucional. Las reglas vinculantes del recurso de agravio a favor del precedente, fueron:

- Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.
- Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a

consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados.

Por lo tanto las reglas desarrolladas en la presente sentencia y declaradas en el fallo como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, deberán ser aplicadas por los jueces constitucionales, incluso a los procesos en trámite, por mandato de la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo, una vez que la misma haya sido publicada conforme a Ley.

- C) El propio Tribunal DEJO SIN EFECTO el mencionado precedente vinculante, que estableció las reglas del recurso de agravio constitucional “a favor del precedente”. A su vez, estableció las siguientes reglas procesales:
- a. El auto que concede el recurso de agravio constitucional a favor del precedente que se encuentre en trámite, será revocado y declarado improcedente y se ordenará la devolución de lo actuado al Juzgado o Sala de origen, para la ejecución de la sentencia estimatoria de segundo grado.
 - b. El cómputo del plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución estimatoria de segundo grado, que supuestamente contraviene un precedente vinculante se computa a partir de la fecha de notificación de la resolución que revoca la concesión del recurso de agravio constitucional interpuesto a favor del precedente.
 - c. Los recursos de agravio constitucional interpuestos a favor del precedente que ya fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, constituyen cosa juzgada, razón por la cual los que interpusieron el recurso referido no les queda habilitado el proceso de amparo contra amparo, amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, o amparo contra cumplimiento.
- D) Considerado que el Recurso de Agravio constitucional, único acceso al Tribunal Constitucional en un proceso constitucional al que puede acceder cualquier ciudadano –proceso de amparo y habeas corpus-, solo es accesible cuando se produce una sentencia “desestimatoria” a favor del accionante, para cumplir con la citada regulación

constitucional, sobre la cual “no existe controversia” según señala el Tribunal, se deja abierta la posibilidad que una sentencia emitida por el Poder Judicial, que no respete los criterios de interpretación establecidos por el Supremo Intérprete de la Constitución, no pueda ser impugnada ante el Tribunal, al no existir la figura del recurso de agravio constitucional “contra el precedente”, al que pueda recurrir la parte demandada.

- E) En ese sentido, la parte demandada en un proceso constitucional, en el cual la sentencia emitida por el Poder Judicial sea contraria a un precedente, no podrá acceder al Tribunal Constitucional; salvo que interponga un “amparo contra amparo”, a efecto de ocupar el lugar de demandante, y que la problemática llegue a la competencia del máximo intérprete de la Constitución, vía Recurso de Agravio Constitucional.
- F) A su vez, otro efecto de la regulación en materia constitucional antes mencionada, es que el Poder Judicial emita sentencias que no puedan ser controladas por el Tribunal Constitucional, Supremo Intérprete de la Constitución, al no haber contra ellas recurso de agravio constitucional, por ser favorables a la parte demandante. En ese sentido, consideramos que basta una sentencia judicial firme que demuestre este hecho, confirma en la realidad la existencia de esta problemática.
- G) En ese sentido, la sentencia emitida por el Tribunal dentro de un proceso competencial entre el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en el cual la parte demandante exige la Nulidad de sentencias judiciales emitidas contra pronunciamientos vinculantes del Tribunal, el Supremo Intérprete de la Constitución, declara lo siguiente:
- NULAS diversas sentencias emitidas por el Poder Judicial con la calidad de cosa juzgada, que efectivamente contravienen un

precedente vinculante, pero sin ningún tipo de facultad o potestad legal para declarar dicha Nulidad.

- SUSPENDE efectos de sentencias judiciales ejecutoriadas, ordenando que sean remitidas en consulta a la Corte Suprema, según lo establece el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a las sentencias emitidas antes de la emisión del mencionado precedente vinculante, pero sin ningún tipo de facultad o potestad legal para declarar dicha Suspensión. En ese sentido, la Corte Suprema, deberá fallar en virtud al precedente vinculante antes mencionado, el cual como reitera el tribunal varias veces en su sentencia, es obligatorio para todos los poderes públicos.

H) Consideramos que dicha sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no se ajusta a las facultades de las que esta investido, sustentándose en la existencia de la “cosa juzgada constitucional”, definida por primera vez en dicha sentencia, como una situación diferente a la cosa juzgada judicial y que sería la única “cosa juzgada” protegida por la Constitución Política.

I) En sentido, el Tribunal vía un “proceso competencial” ha declarado la nulidad de diversas resoluciones judiciales emitidas dentro de procesos de amparo, las cuales tenían calidad de cosa juzgada, y en los cuales NO cabía la posibilidad de interponer Recursos de Agravio Constitucional, al haberse emitido dichas sentencias a favor del demandante. En ese sentido, según lo señalado por el propio Tribunal en la sentencia que deja Sin Efecto la posibilidad del Recurso de Agravio Constitucional contra un precedente, no debería “existir controversia” respecto a la imposibilidad del Tribunal de haberse pronunciado sobre la validez de dichas resoluciones judiciales.

- J) Independientemente a la validez de dicho argumento, consideramos que la sentencia en mención se produce como consecuencia de un Sistema de Control de Constitucionalidad, en el cual el control difuso ejercido por los jueces ordinarios, es “paralelo” al control ejercido por el Tribunal. Dicho peculiar sistema “dual” genera inseguridad jurídica en el país, pues no corresponde a un ordenamiento en el cual el Tribunal Constitucional es el Supremo Intérprete de la Constitución. Por ello, se aprecia que el Tribunal carece de facultades y/o potestades legales para ejercer un debido control del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las normas por parte del Poder Judicial.
- K) Al margen de la motivación, incluso política de dicha sentencia del Tribunal, se puede rescatar el voto singular del magistrado del Tribunal Bardelli Lartirigoyen, quien señala: “Por ello, soy de la opinión que se deben efectuar las modificaciones constitucionales y legales dirigidas a consolidar el stare decisis y la cosa juzgada constitucional lo que permitirá que el Tribunal Constitucional sea efectivamente competente para conocer en consulta del ejercicio del control difuso llevado a cabo por el Poder Judicial en los procesos constitucionales”

En virtud de lo antes mencionado, se comprueba la existencia de un problema en las potestades o funciones del Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la Constitución, planteados en la presente investigación.

9.3. Interpretación de la información recabada.-

En virtud al análisis de los fundamentos de las sentencias del Tribunal Constitucional antes mencionadas, se tendrá en cuenta otras fuentes para la presente investigación como la doctrina, y la legislación extranjera, para efectuar una adecuada interpretación de la información recabada.

En ese sentido, se procederá a contrastar las hipótesis materia de investigación en la presente tesis:

Hipótesis general.-

- La Hipótesis General para resolver el problema materia de investigación es que: Si se implementa un mecanismo de control previo de la constitucionalidad de normas tributarias y de Tratados por parte del Tribunal Constitucional, y si se establece que el Tribunal sea instancia casatoria para todo proceso en los que se ejerza el control difuso; se evitará que el sistema de control de constitucionalidad vigente en el Perú, contravenga el Derecho Internacional y además, se logrará que el sistema cumpla con sus objetivos.

Hipótesis Específicas.-

- Si se implementa el control previo de la Constitucionalidad de las normas tributarias por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, impedirá que se afecten derechos constitucionales de la Sociedad Civil y evitará situaciones de inequidad, pues no permitirá la entrada en vigor de dichas normas auto-aplicativas y cuyos efectos son inmediatos. El actual “control previo” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyecto de normas tributarias.
- Si se implementa el control previo de la Constitucionalidad de los Tratados por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, impedirá que sea declarada la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor, y por ende, la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional. El actual “control previo” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyecto de los Tratados internacionales a ser ratificados por el Perú.

- Si se implementa un Sistema de Control de Constitucionalidad previo de normas tributarias y de Tratados por parte del Tribunal Constitucional, no se contravendrá el actual sistema de control de constitucionalidad vigente, de seguirse las formalidades establecidas en la Ley.
- La actual regulación del Sistema de Control Constitucional en el Perú, calificado como dual o paralelo, no otorga al Tribunal Constitucional las facultades necesarias para desempeñar su rol de Supremo Intérprete de la Constitución, al no poder hacer efectivo el cumplimiento de sus criterios ante el Poder Judicial, cuando este ejerce el control difuso sin seguir los criterios antes mencionados.
- Si se otorgaran funciones casatorias al Tribunal Constitucional, Supremo Intérprete de la Constitución, en cualquier tipo de procesos constitucionales y/o ordinarios, en los cuales los jueces ejerzan el control difuso, le permitirá al Tribunal hacer efectivo y obligatorio el cumplimiento de sus criterios.
- Si se otorgaran funciones casatorias al Tribunal Constitucional en cualquier tipo de proceso constitucionales y/o ordinarios, en los cuales los jueces ejerzan el control difuso, la Sociedad Civil tendrá la posibilidad de exigir ante dicha instancia, el efectivo cumplimiento de sus criterios e interpretaciones, sin necesidad de la figura jurídica del “amparo contra amparo”.

En ese sentido, al haber varias afirmaciones contenidas en la hipótesis general, se procederá a separar cada afirmación, en virtud a la temática que le corresponde. A su vez, dentro de dicha temática se incorporará cada una de las hipótesis específicas, para el presente análisis.

9.3.1. En lo relacionado a la materia Tributaria:

“Hipótesis General: Si se implementa un mecanismo de control previo de la constitucionalidad de normas tributarias, se logrará que el sistema cumpla con sus objetivos.”

Considerando la problemática descrita relativa a la dación de normas tributarias auto-aplicativas inconstitucionales, que al surtir efectos hasta la declaratoria efectuada por el Tribunal, afectaron los derechos de la Sociedad Civil; se pasará a analizar si la implementación de un mecanismo de control previo de constitucionalidad de dichas normas constituye una solución real a la problemática planteada.

Para ello, se tendrá en consideración las investigaciones realizadas sobre la institución del control previo, así como las críticas a la implementación de dicho sistema, para luego establecer una conclusión sobre dicha interrogante.

En ese sentido, en México, Mario Alberto Becerra Becerril, investigador de la UNAM, señala en su artículo *“El Control de Constitucionalidad Previo o Preventivo de las leyes tributarias como medio complementario al juicio de amparo fiscal.”*; que, como complemento a la posibilidad de un ciudadano de interponer un juicio o proceso de amparo contra la aplicación en su caso concreto de una norma tributaria, y con la finalidad de cumplir con los objetivos de un sistema de control de constitucionalidad, debe existir un control preventivo o previo de la constitucionalidad de las normas en materia tributaria, a efectos de no ocasionar daños patrimoniales en los ciudadanos mientras estuvieron vigentes dichas normas.

El citado investigador, propone que se sujeten al control previo de constitucionalidad “las normas que como consecuencia del procedimiento legislativo, reformen, modifiquen, alteren, adicionen y/o derroquen, cualquiera de los elementos esenciales del tributo, esto es, el sujeto, el objeto, la base, la tasa o tarifa, y la época de pago de impuesto.” Asimismo, deberían pasar por dicho control previo “las normas que reformen, modifiquen, alteren y/o derroquen las facultades de comprobación, el procedimiento administrativo de ejecución, las infracciones y en general cualquier otro tipo de procedimiento

que pueda resultar en una afectación hacia el contribuyente o bien en una privación de los activos y/o bienes del mismo.”

Por otro, lado respecto a la institución del control previo de la constitucionalidad de la normas con rango de Ley, existen diversas posiciones de la doctrina y legislación internacional, en España, Miguel Alegre Martínez en su artículo “*El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: Experiencias y Perspectivas*”, señala que si bien en España existió hasta el año 1985, el control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional respecto a los Estatutos de Autonomía y demás Leyes Orgánicas, resulta cuestionable dicha derogación, dadas las ventajas de un sistema de control previo para el análisis de la constitucionalidad de ese tipo de normas, lo cual se aprecia incluso de la opinión de los miembros del Tribunal Constitucional español.

La polémica cobra mayor validez en la medida que, el Tribunal Constitucional español estaría declarando la inconstitucionalidad de un Estatuto Autonómico varios años después que este ha surtido efectos. Asimismo, el citado autor refuta las críticas que conllevaron a la desaparición del sistema de control de constitucionalidad en España, como el hecho que no puede declararse la inconstitucionalidad de un proyecto de Ley, pues al no tener efectos jurídicos no existe; al respecto, señala que tanto el control de constitucionalidad ex ante o previo y el ex post o posterior, evalúan la constitucionalidad de un precepto legal sea en el fondo o en la forma, en abstracto, es decir no es el análisis de su aplicación a casos concretos, que es lo que la práctica realiza nuestro Tribunal pero en forma posterior a la dación de la norma. De allí que resulte importante someter a este tipo de control, los proyectos finales de Leyes, pero antes de su entrada en vigencia.

Respecto a las críticas a la implementación del sistema de control previo de constitucionalidad de las leyes, también en España, el investigador Ángel José Gómez Montoro, en su artículo “*El Control Previo de Constitucionalidad de Proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas.*”; considera que la institución del control previo de estatutos de autonomía y otras leyes

orgánicas en España resultó problemático, situación que se agravó por lo “escueto” de su regulación. En ese sentido, el citado autor señala que en los cuatro años en que tuvo vigor el sistema de control previo de leyes orgánicas en España, se recurrieron por esa vía las Leyes Orgánicas más importantes.

Dicho autor español, señala también que el control previo de constitucionalidad se puede dar sólo en Sistemas de Control de Constitucionalidad político, como en Francia y no en Sistemas de Control de Constitucionalidad jurisdiccional, como en España, puesto que en la mayoría de países donde existe dicho control “jurisdiccional” generalmente el control es “a posteriori”, salvo el caso de países donde el Ejecutivo tiene capacidad de vetar las normas aprobadas por el Congreso, a su vez, señala que es propio de la función jurisdiccional “reparar” daños, no evitarlos. Por ello, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley no tiene efectos reparadores, además dicho proyecto no ha “vulnerado aún ninguna norma constitucional”.

Asimismo, cuando el Tribunal se pronuncia previamente sobre un proyecto de Ley, no examina una pretensión judicial que un sujeto realiza frente a otro, sino realiza una actividad consultiva, de allí que su juicio fuese una opinión, no una sentencia. Asimismo, el Tribunal a realizar este tipo de control previo se vuelve una “tercera cámara”, es decir, asume funciones legislativas al poder vetar la promulgación de una norma.

Otra crítica a la implementación de dicho sistema de control previo de constitucionalidad se da para el caso de Chile, donde se encuentra instituido el control previo de diversos tipos de proyectos de ley por parte del Tribunal Constitucional. Al respecto, Eduardo Aldunate Lizana señala en su artículo *“Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes”*, que resulta problemática la utilización del mecanismo de control previo de constitucionalidad de los proyectos de Ley; tanto por, la naturaleza abstracta del control preventivo, que favorece una extensión “ad infinitum” de las materias que el órgano de control jurisdiccional puede estimarse legitimado para conocer, lo cual no ocurre al aplicarse el control al caso concreto; como por, la “dificultad procesal insalvable”, consistente en que en casos de control

de leyes orgánicas constitucionales, o una Ley que interpretativa la Constitución, al ser obligatorio en Chile, genera que el propio órgano constitucional identifique un eventual vicio de inconstitucionalidad, que es también resuelto por el propio órgano, siendo cuestionable en dicho caso, la imparcialidad que debe regir la función jurisdiccional del Tribunal.

Al respecto, consideramos que dichos argumentos son rebatibles y no se sustentan en apreciaciones correctas de la naturaleza del control de constitucionalidad.

En ese sentido, debe tenerse presente que el control abstracto -la naturaleza de la norma-, y el control concreto –al caso específico- son dos mecanismos de control de constitucionalidad que persiguen el mismo fin, defender al ciudadano de los posibles actos de abuso y violación de sus derechos, principalmente por parte del Estado.

La función legislativa, exclusiva del Congreso de la República, está supeditada al control de constitucionalidad por los órganos jurisdiccionales de la República, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, los cuales ejercen el control de dicha constitucionalidad. Por ello, la función legislativa se encuentra supeditada a los criterios que establezca el Supremo Intérprete de la Constitución, solamente que actualmente dicho control sólo se realiza en forma “*a posteriori*”. Por ello, consideramos que el argumento que dicho control interfiere con las funciones del Congreso de la República, carece de sustento.

Respecto a que es propio de la función jurisdiccional “*reparar daños*” y no preverlos, bajo dicha perspectiva sólo cabría el control difuso, y no tendría sentido el control abstracto de la norma legal, pues la norma inconstitucional aún no causó un daño concreto, que deba ser reparado. Dicha función es propia de los procesos de amparo, a cargo del Poder Judicial, cuya finalidad en efecto es reparar la situación al estado anterior a la violación; más no del control abstracto.

En ese sentido el control previo de la normativa debe efectuarse respecto a proyectos finales de ley, y es de naturaleza abstracta no concreta. A su vez, debe tenerse presente que la finalidad de un control abstracto, que es la de resguardar la superioridad de la Constitución como norma fundamental, sobre el fondo y la forma de las normas legales que entran en vigor.

Respecto a que dicho sistema de control previo, solo se realiza en países con sistemas de control político, como se da en Francia siendo común que en los demás sistemas el control sea posterior, como señala la autora mexicana Aurora Basterra Díaz en su artículo *“El Control Previo de Instrumentos Internacionales como Proceso Constitucional”*, el control de constitucionalidad que realiza el tribunal Constitucional de Francia, es similar al que se realiza en los demás Tribunales Constitucionales “técnico-jurídicos”, puesto que: A) Los realiza un Tribunal especializado. B) Independientemente la forma de elección de los miembros o su formación académica, la razones para sustentar el control de constitucionalidad de la normas en el Tribunal Constitucional francés son de carácter legal.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional francés, no dilucida sobre la constitucionalidad de las normas en un debate político, sino que es un órgano colegiado, especializado, que sustenta sus decisiones en virtud de los principios constitucionales franceses. En ese sentido, en Francia al igual que en el Perú y en varios otros países, la elección de los miembros de la Tribunal Constitucional, es a consecuencia de una decisión política, lo cual no significa que por ello, no sea un Tribunal especializado, que fundamenta sus decisiones en argumentos jurídicos. Por ende consideramos, que dicha crítica carece de sustento.

Respecto a la *“dificultad procesal insalvable”*, consistente en que en casos de control de leyes orgánicas constitucionales, o una Ley que interpretativa la Constitución, al ser obligatorio en Chile el control previo de constitucionalidad, genera que el propio órgano constitucional: 1º Identifique un eventual vicio de inconstitucionalidad; 2º El vicio sea resuelto por el propio órgano, siendo

cuestionable en dicho caso, la imparcialidad que debe regir la función jurisdiccional del Tribunal.

Al respecto, consideramos que esa es la función del Tribunal cuando realiza el control abstracto de constitucionalidad, es decir, no es necesario que un demandante alegue o exija determinados vicios relativos a la inconstitucionalidad de la norma, debiendo el Tribunal pronuncie expresamente sobre dichos vicios en forma taxativa. En ese sentido, el Tribunal al ejercer el control abstracto de la norma, se puede pronunciar sobre vicios que el propio Tribunal observa, hayan sido o no señalados por la parte demandante, o incluso pronunciarse sobre una interpretación de acuerdo a la constitucionalidad de la norma, o también establecer criterios obligatorios para la emisión de actos administrativos posteriores, en la medida que las reglas procesales y la competencia del Tribunal para conocer sobre determinadas causas, conforme la jurisprudencia de esa instancia, la establece el propio Tribunal al interpretar la Constitución.

Sobre la crítica que dicho control previo constituye una demora innecesaria y engorrosa, que demoraría el proceso de aprobación de normas, consideramos que dicha propuesta más bien haría menos engorroso y más rápido este tipo de trámites puesto que evitaría discusiones en el Congreso sobre la “inconstitucionalidad” de determinadas normas tributarias o sobre la delegación a ser efectuada, limitándose dicho ente a pronunciarse en forma política sobre la conveniencia de la norma, como le corresponde. Se evitaría una discusión sobre la inconstitucionalidad, de fondo o forma del proyecto de Ley, pues ya habría un pronunciamiento definitivo al respecto.

En ese sentido, se ha comprobado la validez de la hipótesis general antes mencionada.

Hipótesis Específicas:

H.E. 1: “Si se implementa el control previo de la Constitucionalidad de las normas tributarias por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos

vinculantes, impedirá que se afecten derechos constitucionales de la Sociedad Civil y evitará situaciones de inequidad, pues no permitirá la entrada en vigor de dichas normas auto-aplicativas, cuyos efectos son inmediatos. El actual “control político” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyecto de normas tributarias.”

De todas las sentencias materia de análisis, se aprecia que el Tribunal ha mantenido el criterio que el amparo contra normas tributarias, por ser de carácter auto-aplicativas, no requieren de un agotamiento previo de la vía administrativa por parte del accionante para el acceso a la vía jurisdiccional. Sin embargo, consideramos que la adecuada protección al carácter auto-aplicativo de las normas tributarias, no solo es un rápido acceso a la vía judicial, puesto que, justamente la naturaleza de dicho tipo de norma implica que tenga efectos inmediatos sobre el administrado, con su sola publicación; motivo por el cual, la sola interposición de una acción judicial no detiene los efectos de la norma tributaria y por ende, la obligación de pago al fisco.

Consideramos que, de ejercerse un control la constitucionalidad de este tipo de normas auto-aplicativas, con anterioridad a la vigencia de dichas normas, no se ocasionarían dichos perjuicios o daños a la Sociedad Civil.

Respecto al supuesto “control previo” de constitucionalidad de las normas tributarias o de las potestades materia de delegación, que realiza el Congreso de la República en el Perú antes de aprobar una Ley o al otorgar una Ley autoritativa; motivo por el cual, de efectivizarse un “control previo” por parte del Tribunal Constitucional, se estaría interfiriendo en una función de carácter exclusiva y excluyente del Congreso de la República.

Sobre dicho “control previo” de Constitucionalidad de las normas tributarias que realiza el Congreso en el Perú, en primer término adolece de efectividad pues no resulta ser de carácter vinculante, es decir, ninguna Comisión, ni el Pleno del Congreso, emiten fallos que tengan el máximo nivel de jurisdiccionalidad o de irrevocabilidad en el país, es más, ninguna norma que emite dicho Poder del

Estado pasa por un control de constitucionalidad vinculante. Dicha potestad recae sólo en el Tribunal Constitucional, que en única y definitiva instancia realiza “*a posteriori*” el control de constitucionalidad de las leyes.

En ese sentido el “control previo” a cargo del Congreso, en realidad no es tal, pues según la doctrina señalada en la presente investigación, dicho “control previo” de constitucionalidad, para ser vinculante, debe ser ejercido por un ente técnico o por lo menos especializado, y en virtud a criterios técnico-jurídicos; más no por los parlamentos nacionales, órganos eminentemente políticos, los cuales se deben someter al control jurisdiccional.

Por ello, resulta necesario un control previo “vinculante” por parte del Tribunal Constitucional, Supremo Intérprete de la Constitución; caso contrario, la problemática se encontraría en exactamente igual situación, pues luego del control previo de un ente político, sin efectos vinculantes, el Tribunal Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad de la norma tributaria luego que esta surtió efectos.

En ese sentido, se ha comprobado la validez de la hipótesis específica antes mencionada.

H.E.2: “Si se implementa un sistema de control de Constitucionalidad previo de normas tributarias por parte del Tribunal Constitucional, no se contravendrá el actual sistema de control de constitucionalidad vigente, de seguirse las formalidades establecidas en la Ley.”

Debe tenerse presente que el artículo 74º de la Constitución Política del Perú, establece que:

“Artículo 74.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción,

y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo."

Asimismo, el artículo 40° de la Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por Ley N° 27972, establece lo siguiente:

Artículo 40.- Ordenanzas

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.

Para efectos de la estabilización de tributos municipales, las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal; dentro del plazo que establece la ley. Los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán resueltos mediante arbitraje.

Por otro lado, el artículo 38° de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, aprobada por Ley N° 27867, establece que:

Artículo 38.- Ordenanzas Regionales

Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia.

Una vez aprobadas por el Consejo Regional son remitidas a la Presidencia Regional para su promulgación en un plazo de 10 días naturales.

Finalmente, el Reglamento del Congreso modificado por Resolución Legislativa N° 017-2003-CR, establece que:

Artículo 73.- El Procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas: a) iniciativa legislativa, b) estudio en comisiones, c) debate en el Pleno; y d) aprobación y promulgación.

Artículo 79.- La autógrafa de la proposición de ley o resolución legislativa aprobada será enviada al Presidente de la República para su promulgación dentro del plazo de quince días útiles.

Si el Presidente de la República tiene observaciones se hacen sobre el todo o una parte de la proposición aprobada, las presenta al Congreso en el mencionado término de quince días útiles.

Las observaciones se tramitan como cualquier proposición, pero correrán en el expediente que dio origen a la Ley observada y su reconsideración por el Congreso, requiere el voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Artículo 80.- Si no tiene observaciones, el Presidente de la República promulga la ley o resolución legislativa ordenando su publicación.

Si vencido el término de quince días, el Presidente de la República no promulga la proposición de ley enviada, la promulga el Presidente del Congreso.

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición distinta de la misma ley que establezca un mayor período de "vacatio legis" en todo o en parte.

Asimismo, debe considerarse que ni la Constitución Política, ni la Ley N° 28237 que aprueba el Código Procesal Constitucional, establecen como un proceso constitucional el control previo de ningún tipo de normas. Tampoco lo establece

la Ley Orgánica de Municipalidades, ni la de Gobiernos Regionales, como tampoco lo hace el Reglamento del Congreso.

Por lo antes mencionado, a efectos de implementar las modificaciones plateadas en la presente investigación se requeriría la modificación de las normas antes mencionadas, y que tienen distintos rangos en nuestra estructura normativa:

- La Constitución solo puede ser modificada por Ley Constitucional, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución.
- La Ley Orgánica de Municipalidades y la de Gobiernos Regionales, debe ser modificada con la votación requerida para este tipo de normas.
- El Código Procesal Constitucional, al tener rango de Ley Orgánica, debe ser modificada con la votación requerida para este tipo de normas.
- El Reglamento del Congreso, al ser una Resolución Legislativa, debe ser modificada de acuerdo a lo establecido en el propio Reglamento del Congreso

Por lo antes mencionado, el establecer el mencionado proceso constitucional de control previo, realizado dentro de un plazo razonable, puede ser implementado en nuestra normativa, siguiendo los procedimientos legales respectivos.

En ese sentido, se ha comprobado la validez de la hipótesis específica antes mencionada.

9.3.2. En lo relacionado a la materia de Tratados Internacionales:

Hipótesis General: Si se implementa un mecanismo de control previo de la constitucionalidad de Tratados internacionales, se evitará que el sistema de control de constitucionalidad vigente en el Perú, contravenga el Derecho Internacional.

En primer término, debe tenerse en consideración que un Tratado internacional es un acuerdo de voluntades entre Estados, y su entrada en vigor, cumplimiento, modificación, nulidad y terminación se rige por lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la cual el Perú es un Estado parte

Dicha Convención establece en sus artículos 26° y 27° dos principios fundamentales del Derecho Internacional, con relación a la aplicación de los Tratados, y son: A) El principio de Buena Fe.- Por el cual todo Tratado en vigor, obliga a las partes y debe ser cumplido de Buena Fe. (artículo 26°). B) Principio de Primacía del Derecho Internacional y de las obligaciones contraídas en virtud de este, sobre el ordenamiento interno.- Por el cual un Estado parte de la mencionada Convención, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación al incumplimiento de un Tratado.

Al respecto, según lo señala el artículo 42° de la Convención de Viena, sólo puede declararse la Nulidad, Terminación o Suspensión de un Tratado en virtud de las regulaciones establecidas en dicha Convención. Mientras dicha declaratoria no ocurra, el Tratado permanece vigente y debe ser cumplido por todo Estado parte de éste.

Al revisar las causales de Nulidad o Terminación de un Tratado en la Convención de Viena de 1969 (artículo 46°, 47°,48°,49°,50°,51°,52°, 53° y del 54° al 64°) para lograr la desvinculación jurídica de un Estado obligado por un Tratado, **la violación al derecho interno de uno de los Estados partes no se encuentra como una causal válida.** Al respecto, cabe señalar que las causales establecidas son: el error, la corrupción del funcionario, el cambio de las condiciones elementales en las que se celebró el Tratado, el cambio fundamental de las circunstancias, que el consentimiento del Estado para obligarse con el Tratado hubiese sido efectuado en manifiesta violación a su derecho interno, entre otros, más no el incumplimiento de una norma constitucional interna, sea de fondo o forma.

Debe tenerse presente que el artículo 46° de la Convención, **relativo a la contravención de las disposiciones de Derecho Interno concernientes a la competencia para celebrar Tratados, señala que dicha causal únicamente puede ser alegada como vicio del consentimiento, si se infringe una norma de competencia establecida en la Constitución y, dicha violación sea manifiesta, es decir, si es objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme la práctica usual y de buena fe.**

En ese sentido, la Convención antes mencionada establece que no sólo una determinada violación a la Constitución de un Estado parte, puede ser alegada como causal de nulidad de un Tratado que vincule al mencionado Estado, y es el caso que al momento de manifestarse el consentimiento de obligarse a un Tratado (artículos 12° al 18° de la Convención de Viena) se contravenga claramente una norma constitucional que establezca las competencias respectivas.

A su vez, debe tenerse presente que, dicha contravención no puede ser declarada por un Tribunal interno, sino por un Tribunal internacional, en el cual los Estados partes acceden voluntariamente y se someten a su fallo; **por lo que, mientras dicho Tribunal Internacional no declare la supuesta causal de nulidad, el Tratado sigue vigente y debe ser cumplido.**

Pese a dicha regulación establecida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, nuestra normativa interna establece la posibilidad que un Tratado en vigor, sea retirado del ordenamiento nacional luego de su entrada en vigencia.

Pese a lo antes mencionado, y como se ha señalado en el diagnóstico del problema de la presente investigación, la Constitución Política del Perú del año 1993, y el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, establecen la posibilidad de plantear una Acción de Inconstitucionalidad contra un Tratado en vigor para el Perú, **si dicho Tratado infringiera directa o indirecta, de forma**

total o parcial, sea por la forma como el fondo, a la Constitución Política del Perú.

Dicha acción puede proceder **contra todo tipo de Tratados, requieran o no de la aprobación del Congreso.** Por otro lado, **la sentencia que declarara fundada la demanda de inconstitucionalidad contra un Tratado en vigor, dejaría sin efecto dicho Tratado tanto para la Sociedad Civil como para todo órgano estatal, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial. Dicha regulación** otorga el mismo tratamiento a un Tratado y a una norma interna; sin embargo, ambos tienen una naturaleza totalmente diferente.

Al respecto, **se reitera que, según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dicha posible declaración de inconstitucionalidad emitida por un Tribunal interno, no desvincula al Estado peruano de sus obligaciones internacionales establecidas en un Tratado; pues no se puede alegar una norma o declaración interna, para incumplir con lo establecido en un Tratado.**

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de interpretar los alcances de una norma de acuerdo a la Constitución. Por ello, en teoría podría **“interpretar” los alcances de un Tratado, a efectos que se adecue a la Constitución peruana; sin embargo, consideramos que ello tampoco justificaría que el Estado peruano, ni sus órganos, o los demás Estado-partes cumplan con dicha “interpretación” ajena al Tratado en sí, pues cualquier modificación, nueva interpretación o limitación de los alcances de un Tratado deben efectuarse de acuerdo al derecho internacional, en concreto, de acuerdo a lo establecido en el Convenio de Viena de 1969.**

A su vez, debe tenerse presente que si bien la Convención de Viena antes mencionada, establece la posibilidad de formular reservas al momento de celebrarse un Tratado; no resultaría procedente considerar a una sentencia del Tribunal Constitucional como si se tratase de una reserva, pues se trata de una

declaración efectuada luego del consentimiento del Estado peruano y de la entrada en vigor del Tratado.

Por lo antes mencionado, se genera una situación peculiar en el sistema de control de constitucionalidad en el Perú: internamente, un Tratado en vigor puede ser retirado del ordenamiento legal, por decisión del Supremo Interprete de la Constitución, la cual es vinculante para todos los órganos que componen el Estado peruano, así como para toda la Sociedad Civil. Sin embargo, frente al derecho Internacional el Estado peruano, continúa obligado a cumplir con el mencionado Tratado.

En ese orden de ideas, en caso el Tribunal Constitucional emitiese una sentencia que declare la inconstitucionalidad de un Tratado, obviándose los procedimientos establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, ésta retiraría al Tratado del ordenamiento nacional, lo cual debe ser acatado por todas las instituciones públicas del país, así como por la Sociedad Civil.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el concepto de Responsabilidad Internacional, se encuentra definido en los artículos 16° y 17° el Proyecto de Convenio sobre la responsabilidad internacional de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), **los cuales señalan que, la violación o incumplimiento de una obligación internacional, cualquiera fuese su origen conlleva a Responsabilidad Internacional, genere o no un daño en concreto.**

Dicha violación a una obligación internacional, debe ser consecuencia de un “hecho del Estado”, entendido como una acción del Estado obligado, que conlleva al incumplimiento de una obligación internacional; independientemente de los motivos internos que hubiesen generado esa situación, los cuales no pueden ser opuestos como justificación.

Debe tenerse en cuenta también la jurisprudencia emitida por la Corte Internacional de Justicia, la cual define el Principio de Buena Fe como la institución que exige que un Estado cumpla sus obligaciones internacionales

efectivamente, según el normal significado de los términos usados en el Tratado.

Cabe resaltar el fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos de América, en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, de fecha 27 de junio de 1986, el cual establece que la Responsabilidad Internacional es parte del Derecho Consuetudinario entre los Estados, y resulta aplicable cuando un Estado incumple una obligación internacional para con otro. En dicho fallo no sólo se establece que la Responsabilidad Internacional es parte del Derecho Internacional consuetudinario, sino que se estableció distintos niveles de reparación, dependiendo el tipo de obligación internacional quebrantado por los Estados Unidos de América.

En ese sentido, la Responsabilidad Internacional puede materializarse de distintas maneras, no sólo de carácter indemnizatorio monetario o red-aleatorio, sino también puede incluir las excusas del caso u obligaciones de no hacer o abstenerse, que satisfagan al Estado agraviado, o en todo caso, el mecanismo que sea considerado idóneo por una Corte Internacional.

En caso que el Perú incurra en Responsabilidad Internacional, se dañaría la imagen del Perú en la esfera internacional, al mostrarse como un Estado que incumple sus obligaciones internacionales, luego que estas han sido asumidas de acuerdo al Derecho Internacional.

La situación antes descrita atenta contra uno de los objetivos principales de la Política Exterior peruana, el cual es otorgarle al Perú una imagen adecuada ante la Comunidad Internacional, como un Estado respetuoso de las obligaciones internacionales, y del Derecho Internacional. Al respecto debe tenerse en cuenta el siguiente objetivo de Política Exterior del Perú, que consta en la página web de la Cancillería, “2. *El afianzamiento de la gobernabilidad democrática y la defensa y protección internacional de los derechos humanos.- **Nuestra política exterior debe estar orientada a consolidar y preservar la coherencia de una política activa de promoción de la democracia, los derechos humanos y el respeto al***

orden jurídico internacional, con el objeto de transformarla en una renta estratégica, incorporando buenas prácticas de gobernabilidad democrática... “

Dicho objetivo se condice con la Sexta Política del Acuerdo Nacional, la cual establece entre los objetivos básicos vinculados a los principales temas de nuestra política exterior:(2) *promover el respeto de los derechos humanos, la democracia, el Estado de derecho, y la lucha contra las amenazas transnacionales y sus delitos conexos;...*”

Según lo señalado en el análisis del trabajo de campo de esta investigación, debe tenerse en cuenta el voto singular de un miembro del Tribunal en el caso de la inconstitucionalidad del Acuerdo Libre Comercio entre Perú y Chile, la sentencia emitida por el Tribunal en el caso de la demanda de inconstitucionalidad de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra; para inferir que el Supremo Intérprete de la Constitución se ha pronunciado sobre la necesidad de un sistema de control previo de la constitucionalidad de los Tratados y evitar que el Perú incurra en un supuesto de Responsabilidad Internacional, de declararse la inconstitucionalidad de un Tratado, o de una de las obligaciones establecidas en el mismo.

Debe tenerse presente que la posibilidad de incurrir en Responsabilidad Internacional, también ocurriría en el supuesto de declararse la inconstitucionalidad de un norma emitida en incumplimiento de un Tratado; pues cualquier tipo de incumplimiento de una obligación internacional por parte del Perú acarrearía dicho tipo de Responsabilidad, sea de una obligación que puede ser cumplida en forma automática o que dicha obligación requiera una ejecución posterior. Ninguna de las obligaciones antes mencionadas puede ser incumplida por el Estado peruano, el cual no puede oponer su derecho interno para sustentar dicho incumplimiento.

Teniendo en cuenta el hecho que, cada vez nuestro país celebra una mayor cantidad de acuerdos internacionales, que repercuten sobre la ciudadanía y la Sociedad Civil en diferentes ámbitos como derechos humanos, integración, inmigración, protección de inversiones, entre otros; la posibilidad de un

incremento de demandas de inconstitucionalidad de los Tratados suscritos por el Perú en esas materias, por parte de determinados grupos políticos o de interés en las mismas, seguirá necesariamente en aumento.

Por ello, requiere una modificación del Sistema de Control de la Constitucionalidad de Tratados en el Perú, el cual permita un adecuado control de la constitucionalidad de los mismos y, evite que el Perú incurra en supuestos de Responsabilidad Internacional.

En la doctrina nacional relativa a la declaratoria de inconstitucionalidad de Tratados en vigor, el abogado internacionalista Jorge Loayza Juárez en su artículo, *¿Se puede declarar inconstitucional un Tratado internacional como se hace con cualquier otra norma de "rango legal"?*, propuso las siguientes soluciones: A) El control previo de la Constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, antes de su ratificación sea por el Ejecutivo o el Congreso, coexistiendo con la capacidad de un control de constitucionalidad posterior, vía Acción de Inconstitucionalidad; y/o B) La "*vacatio sententiae*" de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un Tratado por parte del Tribunal Constitucional, en caso se mantenga el Sistema de Control de Constitucionalidad de Tratados vigentes, que siempre es posterior a la entrada en vigencia del Tratado.

Consideramos que el sistema de control previo de constitucionalidad de los Tratados, no puede subsistir o coexistir con el sistema de control posterior de Tratados actualmente vigente en nuestra Constitución, puesto que:

- Implicaría que subsista el mismo problema materia de investigación, es decir la posibilidad que un Tratado en que el Perú es parte y se encuentre en vigor, pueda ser declarado inconstitucional, sea retirado del ordenamiento nacional y por ende, pueda generar Responsabilidad Internacional contra el Perú, así como un eventual daño a su imagen ante la Comunidad internacional.

- Como lo señalan los internacionalistas Rafael Oyarte Martínez en su artículo “*El Control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales*” y Aurora Basterra Díaz en su artículo “*El control previo de Instrumentos Internacionales como Proceso Constitucional*”, casi en la totalidad de los países donde se aplica el Sistema de Control Previo de Constitucionalidad de los Tratados, no existe la posibilidad de un control posterior; pues ambos mecanismos, tanto el control previo como el control posteriori, tienen la misma finalidad, proteger la Supremacía normativa de la Constitución.

Sobre la posibilidad de la “*vacatio sententiae*”, esta permitiría que el Tribunal Constitucional se pronuncie “a posteriori” de la entrada en vigencia de un Tratado, sobre la Inconstitucionalidad de éste, sea por la forma o por el fondo.

Sin embargo, dicha declaratoria de inconstitucionalidad no tendría efectos inmediatos, pues la sentencia estaría en “*vacatio sententiae*” mientras el Poder Ejecutivo promueve ante los Tribunales Internacionales competentes una acción para desvincular al Estado peruano de dicho Tratado inconstitucional. La efectividad de la mencionada sentencia, estaría condicionada al pronunciamiento del Tribunal Internacional. Sin embargo, según los considerados que se pasan a exponer, consideramos poco práctica la mencionada posibilidad:

- El Tribunal Constitucional podría pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor, sea por el fondo o la forma es decir, si viola o no derechos constitucionales o normas que desarrollan estos derechos; o si fue emitido respetando las atribuciones de los órganos que expresaron su consentimiento o ratificaron el Tratado. Asimismo, el Tribunal podría dictar sentencias interpretativas sobre el contenido de Tratado, a efectos de adecuar sus alcances a los principios y la normativa constitucional.
- Siguiendo la teoría de la posibilidad de una “*vacatio sententiae*”, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un Tratado, no tendría

efectos hasta que el Ejecutivo planteará ante Cortes Internacionales una causal de Nulidad, o Terminación del Tratado inconstitucional, en virtud del Convenio de Viena de 1969. Sin embargo, la causal que sustente la mencionada solicitud de nulidad no puede referirse a la inconstitucionalidad de fondo o forma del Tratado, que contravenga la Constitución peruana, sino sólo puede sustentarse en alguno de los supuestos de nulidad o la terminación del Tratado de la Convención de Viena, caso contrario no se tendría ninguna argumentación para demandar ante el órgano jurisdiccional internacional.

- En ese sentido debe tenerse presente que resulta muy improbable que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional un Tratado vigente para el Estado peruano, como consecuencia de un error, o por corrupción de sus funcionarios, o bajo la presión de otro Estado, por ejemplo, pues determinar ello no es la finalidad de ningún tipo de proceso constitucional. Sin embargo, las causales antes mencionadas son las que se deben invocar y probar ante una Corte Internacional, para sustentar la nulidad o terminación de un Tratado.
- Un situación posible en la cual el Tribunal Constitucional eventualmente, podría emitir una sentencia cuyo fundamento pueda ser utilizado luego por el Ejecutivo como causal de nulidad establecida en la Convención de Viena sería únicamente, si el Tribunal declara que se ha contravenido la Constitución, y por ende, se ha violentado el consentimiento del Estado peruano, al haberse suscrito un Tratado en evidente contravención a la normativa constitucional que establece competencias para otorgar el consentimiento respectivo.
- Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el artículo 46° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que, puede plantearse la nulidad de un Tratado por vicio del consentimiento en caso la violación a la norma constitucional que establezca competencias sea “objetivamente evidente” para cualquiera de los

Estados parte, de acuerdo al Principio de la Buena Fe, es decir, por el significado normal y usual de los términos.

- No necesariamente una sentencia del Tribunal Constitucional, que establezca una contravención al procedimiento constitucional para aprobar Tratados, significa que dicha contravención resulta objetivamente evidente para cualquier Estado parte.
- En todo caso dicha situación sería determinada por un Tribunal Internacional, el cual eventualmente puede declarar infundada la demanda presentada por el Estado peruano. En ese sentido, si bien la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un Tratado puede encontrarse en “*vacatio sententiae*”, dicha situación no puede permanecer indefinidamente en el tiempo. En el supuesto que el Tribunal Internacional no ampare la causal planteada por el Estado peruano, esta entraría en contradicción con la sentencia de inconstitucionalidad emitida por el Tribunal Constitucional, la cual tampoco puede ser anulada y, tarde o temprano, obligará al Estado peruano a retirar dicho Tratado del ordenamiento nacional, contraviniendo una obligación internacional vigente.
- Al respecto, a manera de antecedentes, debe tenerse en cuenta el caso en el cual el Tribunal Constitucional dispuso la “*vacatio sententiae*” de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley N° 28047 que aumentó la tasa de aportaciones en el Régimen del Decreto Ley N° 20530, hasta que el Congreso expida una nueva tasa conforme a derecho. En dicho caso, dado el paso del tiempo sin pronunciamiento del Congreso, la Corte Superior de Lambayeque aplicó la sentencia que declaró la citada inconstitucionalidad y dispuso dejar sin efecto el aumento de las aportaciones materia de la demanda planteada. La sentencia de la Corte Superior en mención, que confirmó la sentencia emitida en primera instancia, señaló en sus fundamentos que la norma había sido derogada por haber sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitución, y que la “*vacatio sententiae*” debe durar un

período razonable de tiempo, no pudiendo tener eficacia indeterminada. (Expediente N° 2006-8134-0-1710-J-CI-4, Acción de Amparo interpuesta por Santos Pérez Díaz contra el Hospital Regional Docente “Las Mercedes”)

Por lo antes mencionado, dicha propuesta de “vacatio sententiae” se consideran poco práctica y no solucionaría el problema planteado en la presente investigación. Asimismo, consideramos que la propuesta materia de la presente investigación, generaría mayores beneficios en diversos ámbitos, según se pasa a detallar.

En la doctrina y la legislación internacional la solución reiterada al problema planteado es un mecanismo de control previo de la Constitucionalidad de los Tratados, ello se puede apreciar la normativa y la experiencia alemana, austriaca, española, danesa, francesa, y ecuatoriana entre otras, lo cual ha sido señalado por en el voto del miembro del Tribunal, Eto Cruz, en el caso de la inconstitucionalidad del Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Chile.

En ese sentido, el internacionalista y académico mexicano Emmanuel Roa Ortiz, plantea en su artículo *“Tratados Internacionales y Control Previo de Constitucionalidad. Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano.”*, la necesidad de modificar la Constitución mexicana, instaurando un sistema de control previo de la constitucionalidad de los Tratados. Sin embargo, agrega que más allá de una posible Responsabilidad Internacional, el principal problema para su país sería el deterioro de la imagen de México en la Comunidad Internacional, Debe tenerse presente que en México, al igual que en el Perú, el control de la constitucionalidad de los Tratados internacionales es sólo “ex post” o posterior a su entrada en vigencia.

En ese sentido, el autor plantea la necesidad de modificar la Constitución mexicana a efectos de solucionar la problemática antes mencionada, **instaurando para el caso de los Tratados un sistema de control de constitucionalidad previo, concentrado y abstracto.**

Este mecanismo propuesto implica que la Corte Suprema Mexicana, Supremo Intérprete de la Constitución de aquel país, controle la Constitucionalidad de los proyectos de Tratados, antes de expresar el consentimiento del Estado mexicano, **mediante una sentencia con carácter de vinculante, oponible ante toda autoridad, administrativa, o judicial del Estado.**

Dicho control es abstracto, puesto que se pronuncia sobre la constitucionalidad del proyecto de Tratado como tal, y no de su aplicación a un caso en concreto.

Dicho mecanismo garantiza que, luego del pronunciamiento de la Corte Suprema mexicana, no sea debatible en ningún fuero, la constitucionalidad del fondo del Tratado, ni sobre las situaciones formales sobre la celebración o ratificación del mismo.

En virtud de los elementos antes mencionados, y teniendo en consideración la semejanza del Sistema de Control de Constitucionalidad del Perú y México (sólo a posteriori), resulta gráfica la expresión que utiliza Roa Ortiz en su propuesta, señalando que esta implementación del control previo de la constitucionalidad de los Tratados es “necesaria”. Al respecto, consideramos que, también en el Perú dicha implementación es necesaria para evitar supuestos de Responsabilidad Internacional y/o daño a la imagen del país.

Dicha propuesta coincide con la planteada por la internacionalista Aurora Basterra Diaz, quien también se pronuncia sobre la necesidad de reformar el Sistema de Control de Constitucionalidad de los Tratados en los Estados Unidos de México, instaurando un mecanismo de control previo.

A su vez, coincide con la propuesta planteada por el internacionalista Rafael Oyarte Martínez, sobre el problema del control de constitucionalidad de los Tratados Ejecutivos en la República del Ecuador, y de los Tratados que pese a ser considerados como tales en dicho país, deberían pasar por el procedimiento de aprobación por el Congreso; pronunciándose a favor de un control previo de constitucionalidad de los Tratados Ejecutivos en el Ecuador,

pues los Tratados que pasan por la aprobación del Congreso, son materia de dicho tipo de control previo por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, antes de la ratificación del Tratado.

A su vez, la propuesta en mención coincide también con:

1º Las experiencias de control de la constitucionalidad en Francia, Alemania, Austria, examinadas precedentemente.

2º Lo señalado en el voto singular del magistrado del Tribunal Constitucional Eto Cruz, en el cual hace referencia a diversa normativa relativa al control previo de constitucionalidad de los Tratados aplicada en diversos países 3º La sentencia que resuelve la inconstitucionalidad planteada contra el ALC entre Perú y Chile, en el sentido que el control previo, abstracto y vinculante, efectuado por el Supremo Interprete de la Constitución de un país, es la vía idónea para efectuar el referido control; así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00018-2009-PI/TC de fecha 23 de marzo de 2010, que resolvió declarar Improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Callao, contra la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

A su vez, consideramos que el control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, **debe realizarse de oficio, debe estar dirigido a todo tipo de Tratados regulados por nuestra Constitución, sean Tratados Ley o Tratados Ejecutivos,** a efectos de evitar el problema materia de investigación, el que también se presenta en los Estados Unidos Mexicanos, y también, con sus peculiaridades, el que se presenta en la República del Ecuador.

Por otro lado, la implementación mencionado sistema de control previo, no sólo evitaría supuestos de Responsabilidad Internacional contra el Perú y dañarse la imagen del Perú en la Comunidad Internacional; sino que además puede coadyuvar a la mejorara de la Política Exterior, generándose criterios y conceptos a seguirse por la Cancillería al momento de negociar y suscribir Tratados Internacionales, en protección de la Carta Magna, antes que dichos Tratados entren en vigor.

Asimismo, debe tenerse presente que el artículo 19º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o de adherirse al mismo, salvo que el Tratado establezca supuestos distintos o fuere contra su objeto. Por lo antes mencionado, dicho sistema de control previo inclusive podría retroalimentar el procedimiento de aprobación de un Tratado, para que mediante una reserva, se viabilice su aprobación y, posterior entrada en vigor.

En nuestro país, el control previo de los proyectos finales de Tratados evitaría discusiones sobre la validez del trámite al que fue sometido el Tratado para expresar el consentimiento del Estado peruano, sea al establecido como Tratado Ley o como Tratado Ejecutivo, cuya tramitación se encuentra a cargo de la Cancillería.

A su vez, tratándose de Tratados que requieren de la aprobación del Poder Legislativo, dicho control centraría la discusión del Congreso a la aprobación del Tratado en virtud a la conveniencia o no del acuerdo, pues la Constitucionalidad del mismo, sería una materia reservada al Tribunal Constitucional. Lo antes mencionado, permitiría encaminar la tramitación de Tratados que se encuentran paralizados por motivos políticos y de opinión pública, los cuales pueden ser favorables a los intereses del Perú, como la ratificación de la CONVEMAR por el Estado peruano, la cual es considerada “inconstitucional” por algunos sectores del Congreso. Al respecto, se acompaña como anexos de la presente investigación dos artículos periodísticos al respecto, del Diario La República de fechas 01 y 06 de setiembre de 2007.

Sin embargo, dada la falta de implementación de este mecanismo de control previo, el Tribunal Constitucional está impedido de analizar Tratados que no se encuentren en vigor para el Perú como lo es la CONVEMAR, pues no son parte de la normativa nacional, como ya lo ha señalado el Tribunal en el caso de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos de América.

Respecto a la crítica según la cual, pese a la implementación del mecanismo control previo del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial mediante acciones de amparo puede inaplicar cualquier Tratado en casos concretos, debe tenerse en consideración que:

- Al existir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la validez del Tratado como consecuencia de un control previo de constitucionalidad, en principio dicho fallo debe aplicarse obligatoriamente por el Poder Judicial.
- Al existir criterios de valoración e interpretación en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el contenido del Tratado, sus alcances y su compatibilidad con la Constitución, se restringe la discrecionalidad del Juez para otorgar la inaplicación solicitada. De emitirse un fallo judicial contrario a esos criterios del Tribunal Constitucional, se viabiliza la posibilidad de accionar judicialmente con la finalidad de anular la citada decisión judicial.
- Si en algún caso concreto, resultará procedente la inaplicación de un Tratado por la afectación a los derechos constitucionales de una persona natural o jurídica, este supone un caso excepcional, en el cual colisionan derechos fundamentales protegidos por la Constitución y obligaciones contraídas por un compromiso internacional, por lo que siendo la persona el fin supremo de la Sociedad e interpretarse sus derechos fundamentales a la luz de los Tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, la protección de esos derechos suponen una obligación internacional del Estado peruano que prima sobre cualquier otra obligación internacional. Por ende, en dicho caso no se atentaría contra el Derecho Internacional, ni se generaría Responsabilidad Internacional para el Estado peruano.
- A su vez, como es parte de la propuesta planteada en la presente investigación, vía Recurso de Casación el Tribunal debería conocer en

última y definitiva instancia la inaplicación que se efectúa a un caso concreto en sede judicial, de las estipulaciones de Tratados o de una norma emitida en ejecución de un Tratado internacional. Dicha propuesta generaría que el Tribunal finalmente uniformizara los criterios para inaplicar a casos concretos, Tratados o normas de ejecución que lesionan derechos fundamentales.

Asimismo, dicho mecanismo de control previo debe realizarse dentro de un plazo razonable, a efecto que no entorpezca la actividad legislativa. En ese sentido, a manera de referencia, la legislaciones que han establecido un plazo para realizar dicho control como Bolivia o España, han establecido que este sea de 30 días hábiles, el cual coincide con el plazo de un trámite administrativo regular establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Por ello, consideramos dicho plazo como suficiente para que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre la constitucionalidad abstracta de un proyecto final de Tratado internacional.

Debe tenerse presente además los argumentos señalados para la conveniencia de la implementación de la institución del control previo de constitucionalidad, en el caso de normas tributarias.

En ese sentido, se ha comprobado la validez de la hipótesis general antes mencionada.

Hipótesis Específicas:

H.E. 1: “Si se implementa el control previo de la Constitucionalidad de los Tratados por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, impedirá que sea declarada la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor, y por ende, la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional. El actual “control político” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyecto de los Tratados internacionales a ser ratificados por el Perú.”

La sentencia de Tribunal, emitida el 27 de marzo de 2010, respecto a la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la adhesión peruana Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Tratados Internacionales, señala lo siguientes: *“... no obstante que la tendencia del derecho constitucional comparado se inclina por el control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, la Constitución del Perú ha optado por el denominado control posterior. Asimismo, cabe precisar que lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 57° de la Constitución – referido a que si un Tratado afecta disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República –, no constituye en estricto un control previo de constitucionalidad de los Tratados en tanto que el examen de constitucionalidad no está a cargo de un órgano ad hoc y especializado.”*

En ese sentido, según lo señalado por el Tribunal, **el “control previo” que estaría a cargo del Congreso en realidad no es tal**, pues dicho control previo debe ser ejercido por un ente técnico o por lo menos, especializado, en virtud a criterios técnico-jurídicos; no por los Parlamentos Nacionales, órganos eminentemente políticos, los cuales se deben someter al control jurisdiccional.

Por ello, el “control previo” de Constitucionalidad de los Tratados que realiza el Congreso en el Perú, en primer término adolece de efectividad pues no resulta ser de carácter vinculante, es decir, ni la Comisión de Relaciones Exteriores, ni el Pleno del Congreso emiten fallos que tengan el máximo nivel de jurisdiccionalidad o de irrevocabilidad en el país. En ese sentido, ninguna norma que emite el Poder Legislativo pasa por un control que fuese vinculante, pues en todos los casos, el Tribunal Constitucional, Supremo Intérprete de la Constitución en única y definitiva instancia realiza el control “a posteriori” de la Constitucionalidad de las Leyes o Tratados de la República.

A su vez, tal como señala la internacionalista Aurora Basterra Díaz en su artículo *“El Control Previo de Instrumentos Internacionales como Proceso Constitucional”*, el Poder Político debe someterse al control jurisdiccional

Constitucional en un Estado de Derecho moderno. En ese sentido, expone el ejemplo del sistema francés, señalando que desde el punto de vista funcional dicho “control político” francés, responde al modelo europeo continental de control constitucional, con excepción del requisito de cualificación jurídica de los miembros de su Consejo Constitucional. A su vez, la autora señala que el órgano revisor de la Constitucionalidad de los Tratados debe ser preferentemente un órgano técnico-jurídico, que emita sentencias vinculantes.

El actual “control político” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyectos de Tratados a ser ratificados por el Perú.

Debe tenerse presente además, los argumentos señalados sobre la necesidad de un pronunciamiento vinculante, respecto al control previo de normas tributarias.

En ese sentido, se ha comprobado la validez de la hipótesis específica antes mencionada.

H.E.2: “Si se implementa un sistema de control de Constitucionalidad previo de Tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional, no se contravendrá el actual sistema de control de constitucionalidad vigente, de seguirse las formalidades establecidas en la Ley.”

La Constitución Política del Perú en su artículo 200° establece expresamente que, puede declararse la inconstitucionalidad de un Tratado vigente para el país, el cual forma parte del derecho nacional.

“Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

(...)

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, Tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

El Reglamento del Congreso de la República modificado por Resolución Legislativa N° 017-2003-CR, establece en sus artículos 76° y 92° lo siguiente:

*Artículo 76°.- ... “f) Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de Tratados, de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, **un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del Tratado al Poder Legislativo.**”*

*Artículo 92.- “Procedimiento de control sobre los Tratados ejecutivos” **Los Tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan “Tratados Internacionales Ejecutivos” para efectos internos,** aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y sólo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política.*

Los Tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento. Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los Tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos.

Realizado el trámite a que se refiere el párrafo anterior, y a más tardar dentro de los tres (3) días útiles, el Presidente del Congreso remite copia a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso de la República las que estudian y dictaminan los Tratados internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el plazo de treinta (30) días útiles; verificando si ha cumplido con lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Constitución Política y la presente Resolución Legislativa.

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en este artículo, ello no impide el control parlamentario con arreglo a la presente norma.

(...).”

De su lectura se aprecia que la aprobación de los Tratados y su clasificación como Tratados Ejecutivos o Tratados Ley en nuestro país, corresponde al Ejecutivo, en concreto a la Cancillería. Por ello, al igual que el caso expuesto por el internacionalista Rafael Oyarte, sobre el control de constitucionalidad de los Tratados Ejecutivos en la República del Ecuador, el Poder Ejecutivo puede por error o conveniencia, considerar que algún Tratado que debe pasar por el supuesto “control previo” del Congreso, no pase por ese mecanismo, siendo aprobado como Tratado Ejecutivo, eludiéndose el mecanismo de “control” en mención.

Asimismo, ni la Constitución, ni el Código Procesal Constitucional establecen la posibilidad de ejercer un control previo de la constitucionalidad de proyectos de Tratado por parte del Tribunal Constitucional.

Respecto a la forma de implementar un control previo de la Constitucionalidad de los Tratados por parte del Tribunal, consideramos que debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Debe aprobarse, en dos legislaturas ordinarias un proyecto de Ley de Reforma Constitucional, de acuerdo al artículo 206° de la Constitución Política del Perú, el cual modifique el artículo 202° de la Constitución estableciendo que corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse de oficio, en forma vinculante, sobre la Constitucionalidad de los proyectos de Tratados de cualquier tipo, sean Tratados Ley o Tratados Ejecutivos, antes que sea otorgado el consentimiento en obligarse por parte del Estado peruano.
- Debe aprobarse, en dos legislaturas ordinarias un proyecto de Ley de Reforma Constitucional, de acuerdo al artículo 206° de la Constitución Política del Perú, el cual modifique el artículo 200° de la Constitución reformando dicho artículo, excluyendo la posibilidad que el Tribunal

Constitucional pueda declarar, la Inconstitucionalidad de Tratados en los que el Perú sea parte y se encuentre en vigor.

- Debe aprobarse una Ley que modifique el Código Procesal Constitucional, reglamentando el procedimiento de control previo antes mencionado, el cual será además, una consulta en instancia única, con carácter vinculante.
- Debe aprobarse una Resolución Legislativa que modifique los artículos correspondientes del Reglamento del Congreso de la República, a efectos que la tramitación de ratificación y aprobación de cualquier tipo de Tratados a cargo de la Cancillería, pase por un procedimiento de control previo del Tribunal Constitucional, antes de continuar con su tramitación.

En ese sentido, se ha comprobado la validez de la hipótesis específica antes mencionada.

9.3.2. En lo relacionado a la materia de las facultades del Tribunal Constitucional respecto al ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial:

Hipótesis general.-

La Hipótesis General para resolver el problema materia de investigación es que: Si se establece que el Tribunal sea instancia casatoria para todo proceso en los que se ejerza el control difuso; se logrará que el sistema cumpla con sus objetivos.

Como se ha planteado en la problemática de la presente tesis, la normativa nacional ha creado la figura del “*amparo contra amparo*”, mediante la cual, aquella parte procesal que tuvo calidad de demandado en un proceso de amparo, en el cual no se respetó el debido proceso, o no se siguieron los criterios de fondo o forma del Tribunal Constitucional en dos instancias

judiciales; puede interponer otro proceso de amparo contra la sentencia judicial que resuelve el amparo antes mencionado, a efectos que nuevamente el propio Poder Judicial analice los vicios antes señalados, y en todo caso, pueda acceder al Tribunal Constitucional, al tener ahora la calidad de demandante en un proceso de amparo.

Consideramos que dicha posibilidad no solo es engorrosa, sino además insuficiente y contraria a la unificación y uniformidad del sistema de control de constitucionalidad nacional, que es la perspectiva que debe orientar nuestro sistema en mención.

En ese sentido, la sentencia emitida por el Tribunal en el proceso Competencial EXP. 006-2006-PC/TC, establece que debe regularse en forma debida el ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial, pues como se puede apreciar de la sentencia, el Tribunal no ejerce un control del ejercicio de la citada potestad del Poder Judicial al no existir los mecanismos procesales adecuados, pese a ser el Supremo Intérprete de la Constitución.

En ese sentido, teniendo en consideración que la finalidad principal de la casación, es uniformizar las decisiones judiciales, respetando la Ley y el sentido de la jurisprudencia, dicha Institución resulta ser la más adecuada para solucionar el problema materia de investigación. Sin embargo, debe tenerse en cuentas las “peculiares” potestades del Tribunal cuando ejerce como última instancia en materia de procesos constitucionales iniciados ante el Poder Judicial, vía Recurso Extraordinario de Agravio Constitucional, el cual se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú de la siguiente manera:

Artículo 201°.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que

los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Artículo 202°.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

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

Debe tenerse en consideración que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal, dicha instancia es independiente para declarar los alcances de su competencia; sin embargo, resulta importante señalar que el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que los procesos constitucionales tienen como fin esencial garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Debe considerarse también que, el Código Procesal Civil establece como causal para interponer el recurso de casación, la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial; no pudiéndose pronunciar la Corte Suprema sobre situaciones distintas a las antes mencionadas.

A su vez, sobre los efectos de la sentencia casatoria en materia civil, el Código Procesal Civil establece dos tipos de vicios o errores, en materia procesal y en materia sustantiva, estableciéndose que la sentencia casatoria puede revocar la decisión de la Sala Superior o declarar nula la sentencia emitida en primera o segunda instancia, en caso de errores de procedimiento y remitir para una nueva sentencia a la instancia competente.

En el Recurso de Agravio Constitucional, la Constitución sólo establece que el Tribunal conoce en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. En ese sentido, como se aprecia en los fundamentos de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, dicha instancia se pronuncia sobre cualquier tipo de situación que implique el quebrantamiento de la primacía de la Constitución o la violación de derechos constitucionales, los cuales tienen contenido en virtud de las propias resoluciones del Tribunal, sus precedentes, y lo establecido en los Tratados internacionales vigentes para el país.

Por ello, el Tribunal Constitucional tiene la facultad de revocar las sentencias emitidas por el Poder Judicial, ordenando se realicen los actos necesarios con la finalidad de hacer valer el derecho constitucional del accionante, sin importar si se trata de situaciones “de forma o de fondo”, sino que verifica la existencia de un acto atentatorio contra un derecho constitucional o contrario a la Supremacía de la Constitución, y ordena el cese de esa violación y/o se tomen las acciones para que se respete el derecho constitucional vulnerado, o la norma constitucional infringida.

A su vez, para emitir la mencionada decisión, el Tribunal puede realizar cualquier nueva evaluación de los hechos, o de las situaciones materia del proceso, que considere pertinentes.

Por ello, un Recurso de Casación en materia constitucional, que respete la finalidad de los procesos constitucionales, implicaría que el Tribunal pueda: *“Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones en materia hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que impliquen la afectación a un derecho constitucional o a la primacía de la Constitución.”*

Los mencionados derechos constitucionales abarcan derechos de carácter sustantivo y/o procesal en forma indistinta, como lo son el debido proceso o el derecho de defensa, y pueden ser vistos por el Tribunal siempre y cuando tengan un contenido constitucional, pudiendo el Tribunal ordenar cualquier tipo

de acción con la finalidad de respetar el derecho constitucional vulnerado, o la norma constitucional infringida.

En virtud de dicha propuesta, se evitaran situaciones como la ocurrida en el proceso competencial referido a la aplicación de la Ley de Casinos y Tragamonedas, en el cual el Tribunal anuló sentencias con la calidad de cosa juzgada; a su vez, permitirá al Tribunal conocer sobre la debida aplicación de sus criterios de interpretación, al permitir que cualquier de las partes en un proceso constitucional pueda recurrir a esa instancia, vía Recurso de Casación.

Asimismo, permitirá prescindir de la denominada acción de “amparo contra amparo”, pues permitirá que, en caso una sentencia emitida por el Poder Judicial en un proceso constitucional perjudique el derecho al debido proceso o algún derecho constitucional de la parte demandada, ésta pueda acceder directamente ante el Tribunal, sin necesidad de iniciar previamente un proceso constitucional de amparo.

Sin embargo, debe tenerse presente que el ejercicio del control difuso por parte del Poder Judicial, que se pretende uniformizar mediante la “casación constitucional” a cargo del Tribunal, se ejerce en distintos tipos de procesos judiciales.

En ese sentido, debe tenerse en consideración lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, el cual señala que:

Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. (*)

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las

sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

(*) Ver artículo 138 de la Constitución Política de 1993

Artículo 32°.- Competencia.

La Corte Suprema conoce:

(...)

c) De las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso;

(...)

e) De la apelación y la consulta prevista en los artículos 93 y 95 del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

Artículo 35°.- Sala de Derecho Constitucional y Social. Competencia.

La Sala de Derecho Constitucional y Social conoce:

(...).

3. De las consultas conforme al Código Procesal Constitucional.

(...).

5. De la apelación prevista en el artículo 93 del Código

Asimismo, debe tenerse en consideración que el Código Procesal Constitucional señala que:

“Artículo 3°.- 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, resulta 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 éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley."

TÍTULO VII

PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

Artículo 93.- Apelación y trámite

Contra la sentencia procede recurso de apelación el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.

Artículo 95.- Consulta

Si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. La consulta se absolverá sin trámite y en un plazo no mayor de cinco días desde que es recibido el expediente.

Por ello, consideramos que debería establecerse una regulación en el Código Procesal Constitucional que norme el Recurso de Casación Constitucional; pero también de consulta respecto al ejercicio de control difuso y del Recurso de Apelación en una sentencia que resuelve una demanda de Acción Popular tramitada ante el Poder Judicial, estableciéndose que el Tribunal puede:

- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones en materia hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que

impliquen la afectación a un derecho constitucional o a la primacía de la Constitución.

- Conocer, las consultas establecidas en el Código Procesal Constitucional, y de la apelación prevista en el artículo 93º del Código, en materia de Acción Popular.
- Conocer, las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso;
- Ordenar cualquier tipo de acción con la finalidad de respetar el derecho constitucional vulnerado, o la norma constitucional infringida.

Para ello, se deberán efectuar las correspondientes modificaciones en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En ese sentido, consideramos que se encuentra comprobada la hipótesis general antes mencionada.

Hipótesis Específicas.-

H.E.1: “La actual regulación del sistema de control constitucional en el Perú, calificado como dual o paralelo, no otorga al Tribunal Constitucional las facultades necesarias para desempeñar su rol de Supremo Intérprete de la Constitución, al no poder hacer efectivo el cumplimiento de sus criterios ante el Poder Judicial, cuando este ejerce el control difuso sin seguir los criterios antes mencionados.”

Al respecto, el Doctor César Landa Arroyo en su libro *“Tribunal Constitucional y Estado democrático”*, analiza acertadamente la manera en que se configuró el sistema de control de constitucionalidad del el Perú, que inicialmente solo tenía implementado un sistema de control difuso, en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962, que teóricamente realizaba el Poder Judicial, es decir un modelo similar al norteamericano.

Posteriormente, la Constitución Política de 1979, en el contexto de un Estado bajo un Gobierno de Militar que desconfiaba del Poder Judicial y además requería fortalecer el Estado democrático, se importaron leyes e instituciones españolas, creándose un Tribunal de Garantías Constitucionales, más como un ente simbólico, sin compatibilizarlo con el control difuso de los jueces, y con el presidencialismo que ha llevado a la politización de la justicia en el Perú, según señala el autor.

Luego de ello, durante la década de los noventa la nueva Constitución de 1993 crea el Tribunal Constitucional actual, más por la presión pública que por el deseo de la mayoría oficialista de entonces, la cual reiteradamente presentó proyectos de ley para eliminar el Tribunal Constitucional y otorgarle sus facultades a la Corte Suprema del Poder Judicial, siempre más *“dócil al gobierno”*; en ese escenario, el fortalecer la justicia constitucional no fue un objetivo del gobierno durante la década de los noventa, es más, dicha instancia se vio seriamente debilitada como demuestra el citado autor con una serie de ejemplos, que incluyen la denuncia constitucional de los miembros del Tribunal por prevaricato, y la anulación en los hechos de sus decisiones, vía acciones de amparo interpuestas ante el Poder Judicial.

Asimismo, debe tenerse en consideración que recién en julio de 2004, se dictó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28031, la cual establecería por primera vez que el Tribunal es el *“órgano supremo de interpretación y del control de la Constitucionalidad.”*, potestad que resulta fundamental para el desarrollo de la presente investigación.

Si bien el autor no realiza una propuesta específica en su mencionada obra, señala que es necesario elaborar un diagnóstico práctico y teórico, necesario para fortalecer el Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional de los “actos legislativos y judiciales”; en ese sentido también es emitida la sentencia proceso competencial EXP N° 006 -2006-PC/TC, por parte del Tribunal.

De allí que consideramos que está comprobada la hipótesis que la actual regulación del sistema de control constitucional en el Perú, calificado como dual

o paralelo, no otorga al Tribunal Constitucional las facultades necesarias para desempeñar su rol de Supremo Intérprete de la Constitución, al no poder hacer efectivo el cumplimiento de sus criterios ante el Poder Judicial, cuando este ejerce el control difuso sin seguir los criterios antes mencionados.

En ese sentido, consideramos que se encuentra comprobada la hipótesis específica antes mencionada.

H.E.2: “Si se otorgaran funciones casatorias al Tribunal Constitucional, Supremo Intérprete de la Constitución, en cualquier tipo de procesos constitucionales y/o ordinarios, en los cuales los jueces ejerzan el control difuso, le permitirá al Tribunal hacer efectivo y obligatorio el cumplimiento de sus criterios.”

Considerando que en la Hipótesis General se ha señalado que debería establecerse una regulación que permita al Tribunal Constitucional:

- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones en materia hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que impliquen la afectación a un derecho constitucional o a la primacía de la Constitución.
- Conocer, las consultas establecidas en el Código Procesal Constitucional, y de la apelación prevista en el artículo 93° del Código, en materia de Acción Popular.
- Conocer, las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso;
- Ordenar cualquier tipo de acción con la finalidad de respetar el derecho constitucional vulnerado, o la norma constitucional infringida.

Esto permitirá que el Tribunal pueda controlar el cumplimiento de sus criterios por todos los órganos judiciales que ejerzan el control difuso. Con ello se logrará evitar situaciones como la ocurrida en el proceso competencial referido a la aplicación de la Ley de Casinos y Tragamonedas, en el cual el Tribunal anuló sentencias con la calidad de cosa juzgada, que no es una facultad propia

del Tribunal, generando inseguridad jurídica en el país, con todos los efectos nocivos que esto conlleva para la Sociedad Civil.

Permitirá que cualquiera de las partes en un proceso donde se ejerce el control difuso, recurrir a esa instancia a efectos de apelar la interpretación efectuada ante el Poder Judicial. A su vez, retroalimentará al Poder Judicial, que tendrá criterios del Supremo Intérprete para emitir sus resoluciones con una mayor y mejor fundamentación.

Asimismo, al ser instancia casatoria en las resoluciones emitidas en materia hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, generará una jurisprudencia uniforme y vinculante para las instancias judiciales; sin posibilidad que los órganos judiciales obvien el cumplimiento de sus criterios, pues incluso el Tribunal conocería en consulta sobre el ejercicio del control difuso en sentencias que no fueren apeladas.

En ese sentido, consideramos comprobada la hipótesis específica antes mencionada.

H.E.3: “Si se otorgaran funciones casatorias al Tribunal Constitucional en cualquier tipo de proceso constitucionales y/o ordinarios, en los cuales los jueces ejerzan el control difuso, la Sociedad Civil tendrá la posibilidad de exigir ante dicha instancia, el efectivo cumplimiento de sus criterios e interpretaciones, sin necesidad de la figura jurídica del “amparo contra amparo”.

El artículo 4º del Código Procesal Constitucional establece que:

“El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal pena.”

Debe tenerse presente lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en materia de regulación de “amparo contra amparo”:

- Regla sustancial: Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos:

(1) Objeto.– Constituirá objeto del “amparo contra amparo”:

a) La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya producido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional.

b) La resolución desestimatoria de la demanda, emitida en segundo grado por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo, cuando ésta haya quedado firme en el ámbito del Poder Judicial y cuando en su trámite se haya violado, de modo manifiesto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de un tercero legitimado, cuya intervención en el proceso haya sido rechazada o en el que no haya solicitado intervenir por desconocer de dicho trámite; o tratándose del propio interesado, cuando éste, por razones que no le sean imputables, no haya podido interponer oportunamente el respectivo recurso de agravio constitucional.

c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.

Considerando que en la Hipótesis General, se ha señalado que debería establecerse una regulación que permita al Tribunal Constitucional:

- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones en materia hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que impliquen la afectación a un derecho constitucional o a la primacía de la Constitución.
- Conocer, las consultas establecidas en el Código Procesal Constitucional, y de la apelación prevista en el artículo 93º del Código, en materia de Acción Popular.
- Conocer, las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso;
- Ordenar cualquier tipo de acción con la finalidad de respetar el derecho constitucional vulnerado, o la norma constitucional infringida.

Esta nueva regulación permitirá prescindir la acción de “amparo contra amparo”, pues permitirá que en caso una sentencia emitida por el Poder Judicial en un proceso constitucional, que perjudique el derecho al debido proceso de la parte inicialmente demandada (error in procedendo) esta pueda acceder directamente ante el Tribunal, sin necesidad de iniciar previamente un proceso constitucional de amparo.

Por lo antes mencionado, consideramos que se encuentra confirmada la hipótesis específica antes mencionada.

10. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA Y A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA.

El desarrollo realizado hasta este punto nos permite realizar una serie de aportes a la doctrina, la teoría, la legislación y la jurisprudencia.

10.1.- Aporte de la Investigación a la Doctrina y a la Teoría.-

- Las propuestas materia de la presente investigación, permiten revalorar en la doctrina nacional la institución del control previo de constitucionalidad de las normas, con la finalidad de evitar la afectación de los derechos de la Sociedad Civil –en caso de normas tributarias autoaplicativas-; y evitar que el país incurra en responsabilidad internacional –en el caso de la inconstitucionalidad de Tratados internacionales-. Asimismo, se pronuncia sobre la conveniencia o no de otras propuestas efectuadas por investigadores nacionales sobre la materia.
- En materia de otorgamiento de funciones al Tribunal Constitucional, la propuesta adecua la normativa nacional a la regulación que doctrinariamente corresponde a un sistema de control de constitucionalidad moderno, que si bien puede combinar el control concentrado y el control difuso, el sistema tiene como el Superior Jerárquico a un solo Tribunal Especializado (un Tribunal Constitucional o una Sala de la Corte Suprema, por ejemplo), el cual controla el cumplimiento de sus criterios en todas las instancias judiciales a nivel nacional. Es decir, se otorga al Tribunal las capacidades de ejercer su función de Supremo Intérprete de la Constitución.

10.2.- Aporte de la Investigación a la Legislación.-

- La investigación evidencia las falencias de nuestro sistema de control de constitucionalidad, apreciándose que en virtud de las situaciones de inequidad a consecuencia de sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inconstitucionalidad de normas tributarias, lo señalado por los miembros del Tribunal en sus sentencias o votos singulares, tanto en materia de Tratado como del ejercicio del control difuso, y lo señalado por diversos doctrinarios e investigadores nacionales y extranjeros, se requiere una reforma que permita: A) No lesionar los derechos de la Sociedad Civil con la dación de normas tributarias autopolicativas e inconstitucionales. B) Evitar que el Perú incurra en responsabilidad

internacional, en caso se declare la inconstitucionalidad de un Tratado vigente. C) Evitar un ejercicio indebido del control difuso por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios y se otorgue un mayor y necesario acceso a ambas partes de un proceso, al citado Tribunal, el cual a su vez, podrá ejercer un control efectivo del seguimiento de sus criterios como Supremo Intérprete de la Constitución.

- La propuesta materia de la presente investigación, permitirá que el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Congreso de la República tengan criterios para adecuar el trámite de ratificación de los Tratados internacionales (sea mediante aprobación previa del Congreso o trámite directo por el Poder Ejecutivo); puesto que ante el proyecto de Tratado, el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre el cumplimiento o no de la formalidad establecida en la Constitución para la ratificación de ese proyecto de Tratado.
- La investigación evidencia que el control previo realizado por el Congreso de la República, respecto al proyecto de normas tributarias autoaplicativas y de Tratados, no es el idóneo, al no tener efectos vinculantes.

10.3.- Anteproyecto de Ley.-

Sobre la base de los criterios expuestos, se propone los siguientes anteproyectos de Ley de Reforma Constitucional, de Ley Orgánica, de Ley, y de Resolución Legislativa.:

Ley de Reforma Constitucional del Título V, sobre las Garantías Constitucionales

Artículo 1º.- Modificar el artículo 74º de la Constitución Política del Perú, según el siguiente texto:

“Artículo 74.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Los proyectos de Ley, Decreto Legislativo u Ordenanza en materia tributaria deberán ser remitidos al Tribunal Constitucional, el cual deberá emitir pronunciamiento sobre la constitucional de los mismos, antes de su entrada en vigencia.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.”

Artículo 2º.- Modificar el inciso 4º del artículo 200º de la Constitución Política del Perú, según el siguiente texto:

“Artículo 200º.- Son garantías constitucionales:

(...)

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Artículo 3º.- Modificar el inciso 2º del artículo 202º de la Constitución Política del Perú e incorporar el inciso 4º al mencionado artículo, según el siguiente texto:

Artículo 202º.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

(...)

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones en materia hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que impliquen la afectación a un derecho constitucional o a la primacía de la Constitución.

(...)

4. Conocer, vía control previo de constitucionalidad, de los proyectos de normas con rango de ley en materia Tributaria, y de Proyectos de cualquier tipo de Tratados Internacionales.

Ley que modifica y deroga disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado se encuentra aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS:

Artículo 1º.- Modificar el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado se encuentra aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS

Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con lo establecido en el artículo 138º la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Artículo 2º.- Deróguese el inciso c) del artículo 32º, y el inciso 3) del artículo 35º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo Texto Único Ordenado se encuentra aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, y demás normas que se apongán a la presente Ley.

Ley que modifica el artículo 40º de la Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por Ley N° 27972.

Artículo 1º.- Modificar el artículo 40º de la Ley Orgánica de Municipalidades, según el siguiente:

Artículo 40.- Ordenanzas

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser: **A) Remitidas al Tribunal Constitucional, el cual deberá emitir pronunciamiento sobre la constitucional de la Ordenanza. B) Ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.**

Para efectos de la estabilización de tributos municipales, las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal; dentro del plazo que establece la ley. Los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán resueltos mediante arbitraje.

Ley que modifica el artículo 38º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, aprobada por Ley N° 27867.

Artículo 1º.- Modificar el artículo 38º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, según el siguiente:

Artículo 38.- Ordenanzas Regionales

Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia.

Una vez aprobadas por el Consejo Regional son remitidas a la Presidencia Regional para su promulgación en un plazo de 10 días naturales. **De tratarse**

de Ordenanzas en materia tributaria, previamente a su remisión a la Presidencia Regional, deberán ser remitidas al Tribunal Constitucional el cual deberá emitir pronunciamiento sobre la constitucional de la Ordenanza, para continuar con el procedimiento respectivo para su vigencia.

Ley que modifica el Código Procesal Constitucional aprobado por Ley N° 28237.

Artículo 1°.- Modificar el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, según el siguiente:

“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, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta al Tribunal Constitucional, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.

Artículo 93.- Apelación y trámite

Contra la sentencia procede recurso de apelación el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Recibidos los autos, se dará traslado al Tribunal Constitucional del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para la

vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.

Artículo 95.- Consulta

Si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos se elevarán **en consulta a Tribunal Constitucional**. La consulta se absolverá sin trámite y en un plazo no mayor de cinco días desde que es recibido el expediente.

Artículo 2º.- Incorporar el artículo 122º al Código Procesal Constitucional, según el siguiente texto:

Artículo 122.- Recurso de Casación Constitucional, apelación, control previo y de Consulta ante el Tribunal

De acuerdo a lo establecido en el artículo 202º de la Constitución, el Tribunal Constitucional conoce vía Recurso de Casación Constitucional, en última y definitiva instancia, las resoluciones en materia hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que impliquen la afectación a un derecho constitucional o a la primacía de la Constitución.

A su vez, vía control previo de constitucionalidad se pronuncia en instancia única sobre la constitucionalidad de los proyectos de normas con rango de ley en materia Tributaria, y de Proyectos de cualquier tipo de Tratados Internacionales, en un plazo de 30 días hábiles.

La declaratoria de Constitucionalidad de un proyecto de Ley o Tratado, al ser vinculante, impide la interposición de una acción de inconstitucionalidad luego que las respectivas normas o Tratados entran en vigencia. Lo antes mencionado, no impide el ejercicio del control difuso y la inaplicación de normas o Tratados para casos específicos, lo cual debe ser debidamente sustentado.

Asimismo, el Tribunal conoce las consultas establecidas en el artículo 3º y 95º del presente Código, y la apelación señalada en el artículo 93º del mismo.

En cumplimiento de sus funciones de Supremo Intérprete de la Constitución, el Tribunal puede ordenar las acciones necesarias con la finalidad de respetar el derecho constitucional vulnerado, o la norma constitucional infringida, dentro de sus funciones y el ordenamiento legal vigente.

Resolución Legislativa que modifica el Reglamento del Congreso:

Artículo 1º: Modifíquense los artículos 73º, 76º, 78º, 79º y 92º del Reglamento del Congreso, según el siguiente texto:

*Artículo 73.- El Procedimiento legislativo se desarrolla por lo menos en las siguientes etapas: a) iniciativa legislativa, b) estudio en comisiones, c) debate en el Pleno; **d) aprobación e) control previo de constitucionalidad, de corresponder; y f) promulgación.***

Artículo 76º.- ... "f) Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de Tratados, de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del Tratado al Poder Legislativo.

Una vez que sean aprobados por el Congreso, deberán ser remitidos al Tribunal Constitucional, el cual deberá emitir pronunciamiento sobre la constitucional del Proyecto Final de Tratado, antes de continuar con el trámite de ratificación.

De considerar el Tribunal Constitucional que existe un defecto subsanable de forma o de fondo que contravenga la Constitución, este defecto deberá ser subsanado por el Poder Ejecutivo o Legislativo, según corresponda, volviéndose a remitir al Tribunal para el control de constitucionalidad respectivo. En caso la contravención a la Constitución sea de naturaleza insubsanable a criterio del Tribunal, deberá archivar el procedimiento, no pudiendo ratificarse el citado proyecto de Tratado."

"Debate, aprobación y control previo de constitucionalidad, de corresponder

Artículo 78.- No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen, ni ningún dictamen que no haya sido publicado en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano, por lo menos siete (7) días calendario antes de su debate en el Pleno del Congreso,

salvo dispensa de uno de estos requisitos o de ambos, aprobada en la Junta de Portavoces, con el voto que represente no menos de tres quintos de los miembros del Congreso.

Si la proposición de ley o resolución legislativa es rechazada, el Presidente ordenará su archivo. No podrá presentarse la misma proposición u otra que verse sobre idéntica materia hasta el siguiente período anual de sesiones, salvo que lo acuerde la mitad más uno del número legal de Congressistas.

Cuando el Pleno lo estime necesario, podrá acordar, a pedido de un Congressista o un Grupo Parlamentario y por mayoría simple de los presentes, la conformación de una Comisión de Redacción, conformada por tres Congressistas propuestos por el Presidente, a efecto de que revisen la redacción de las proposiciones aprobadas.

Si se plantea y aprueba una cuestión previa de vuelta a Comisiones, el Presidente ordenará el reenvío y consultará el plazo.

De aprobarse la proposición de ley o resolución legislativa, la oficina especializada de la Oficialía Mayor redactará la Autógrafa, la misma que será firmada de inmediato por el Presidente y uno de los Vicepresidentes. No se podrá debatir ninguna proposición que no tenga dictamen de Comisión, salvo excepción señalada en el presente Reglamento.

La segunda votación a que se refiere el inciso e) del artículo 73 deberá efectuarse transcurridos siete (7) días calendario como mínimo. Esta segunda votación será a totalidad y con debate. Sin el requisito de la doble votación, la Mesa Directiva no puede proseguir el trámite de la ley, ni enviarla al Presidente de la República para su promulgación. Sólo se encuentran exoneradas de este requisito las proposiciones de resolución legislativa de aprobación de Tratados, de aprobación del ingreso de tropas extranjeras, de autorización de viajes al exterior al Presidente de la República y las de designación, elección o ratificación de funcionarios, a que se refieren los incisos f), h) y j) del numeral 1 del artículo 76 y el artículo 93 del presente Reglamento.

Asimismo están exoneradas de este requisito la aprobación de la Ley de Presupuesto General de la República y sus leyes conexas, la aprobación de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, y la aprobación de la Cuenta General de la República. También están exceptuados el voto de la cuestión de confianza al Consejo de Ministros así como las

mociones de censura al Consejo de Ministros o contra cualquiera de los ministros de Estado, que están referidos en los artículos 133 y 132 de la Constitución Política del Estado.

Luego del debate y la aprobación, en caso de propuestas de leyes autoaplicativas en materia tributaria, estas deberán ser enviadas al Tribunal Constitucional el cual deberá emitir un pronunciamiento sobre la constitucional de estos Proyectos, antes de continuar con los trámites correspondientes.

De considerar el Tribunal Constitucional que existe un defecto subsanable de forma o de fondo que contravenga la Constitución, este defecto deberá ser subsanado por el Poder Ejecutivo o Legislativo, según corresponda, volviéndose a remitir al Tribunal para el control de constitucionalidad respectivo. En caso la contravención a la Constitución sea de naturaleza insubsanable a criterio del Tribunal, deberá archiversse el procedimiento.”

*Artículo 79.- La autógrafa de la proposición de ley aprobada será enviada al Presidente de la República para su promulgación, **conjuntamente con el pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la proposición**, dentro del plazo de quince días útiles.*

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la proposición aprobada, las presenta al Congreso en el mencionado término de quince días útiles.

Las observaciones se tramitan como cualquier proposición, pero correrán en el expediente que dio origen a la ley observada y su reconsideración por el Congreso requiere del voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Artículo 92.- “Procedimiento de control sobre los Tratados ejecutivos”

Los Tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57° de la Constitución Política se denominan “Tratados Internacionales Ejecutivos” para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se

expresen, y sólo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56° de la Constitución Política.

Antes de la ratificación del Tratado por el Poder Ejecutivo, el texto final del Proyecto de Tratado deberá ser remitido al Tribunal Constitucional, el cual deberá emitir pronunciamiento sobre la constitucional del Proyecto Final de Tratado, antes de continuar con el trámite de ratificación.

De considerar el Tribunal Constitucional que existe un defecto subsanable de forma o de fondo que contravenga la Constitución, este defecto deberá ser subsanado por el Poder Ejecutivo o Legislativo, según corresponda, volviéndose a remitir al Tribunal para el control de constitucionalidad respectivo. En caso la contravención a la Constitución sea de naturaleza insubsanable a criterio del Tribunal, deberá archivar el procedimiento, no pudiendo ratificarse el citado proyecto de Tratado.”

10.4.- Aporte de la Investigación a la Jurisprudencia.-

- La propuesta de la presente tesis, relativa a diseñar un Recurso de Casación Constitucional a cargo del Tribunal Constitucional, como Supremo Intérprete de la Constitución, teniendo como principal finalidad la uniformidad de la jurisprudencia, y por ende, uniformizar y controlar la actuación de los jueces ordinarios cuando ejercen el control difuso de constitucionalidad.

11. ELABORACIÓN DEL INFORME FINAL

La elaboración del informe final se realizará sobre la base de los siguientes ejes:

- **Alcances Generales.**

La presente investigación se adecúa a la categoría de empírico jurídica social, pues trasciende de la sola recopilación de tendencias doctrinarias y jurisprudencia, sino que se fundamenta en un trabajo empírico social, un trabajo de campo mediante el cual se analizan un universo completo de sentencia emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de

constitucionalidad de Tratados, de constitucionalidad de normas tributarias y en materia de “amparo contra amparo”, entre los años 2001 al 2011.

- **Marco del sistema de control de constitucionalidad en el Perú.**

Considerando los alcances del mencionado trabajo empírico social, se ha podido verificar la existencia de diversos problemas en el diseño y regulación del sistema de control de constitucional peruano, calificado como “paralelo”, en el cual el Tribunal Constitucional no ejerce su función de Supremo Intérprete de la Constitución, pues comparte dichas facultades con el Poder Judicial; y que prescinde del control previo de constitucionalidad de todo tipo de normas o proyectos de Tratados, siendo él control de constitucionalidad sólo de carácter posterior a la entrada en vigencia de estos, ocasionándose un daño a la Sociedad Civil o pudiendo generar responsabilidad internacional al país.

En ese sentido, se han verificado las hipótesis relativas a la existencia de esta problemática y a la viabilidad de determinadas modificaciones, que de implementarse, lograrían otorgarle al Tribunal Constitucional las potestades que doctrinariamente y comparativamente con otras legislaciones le corresponde, y a su vez, implementaría un mecanismo de control previo e constitucionalidad de normas tributarias y de proyectos de Tratados, que evitaría que se afecte los derechos de la Sociedad Civil o que se genere responsabilidad internacional al país.

- **Sobre las modificaciones necesarias el mencionado sistema de control de constitucionalidad.**

En ese sentido, se han verificado las hipótesis relativas a la existencia de esta problemática y a la viabilidad de determinadas modificaciones, que de implementarse, lograrían otorgarle al Tribunal Constitucional las potestades que doctrinariamente y comparativamente con otras legislaciones le corresponde, y a su vez, implementaría un mecanismo de control previo e

constitucionalidad de normas tributarias y de proyectos de Tratados, que evitaría que se afecte los derechos de la Sociedad Civil o que se genere responsabilidad internacional al país.

12. CONCLUSIONES.-

1° El actual Sistema de Control de Constitucionalidad en el Perú, no otorga al Tribunal Constitucional las facultades para que ejerza su función de Supremo Intérprete de la Constitución, pues comparte dichas facultades con el Poder Judicial, que ejerce en forma paralela el control difuso.

2° El mencionado sistema prescinde del control previo de constitucionalidad de todo tipo de normas o proyectos de Tratados, motivo por el cual en el caso de normas tributarias autoaplicativas, que han generado efectos en la Sociedad Civil, ocasionando un daño que posteriormente no puede ser reparado por el Tribunal Constitucional, el cual en ocasiones convalida ese daño.

3° A su vez, en el caso de Tratados, el actual sistema de control de constitucionalidad genera la posibilidad que el Perú incurra en responsabilidad internacional en caso se declararse la inconstitucionalidad de un Tratado, y a su vez, impide al Tribunal ejercer en forma adecuada su potestad de control de la constitucionalidad de los Tratados.

4° El “control previo” de la Constitucionalidad de normas tributarias y proyectos de Tratados por parte del Congreso, al carecer de efectos vinculantes no resuelve la problemática antes mencionada.

5° El control previo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, verificaría la constitucionalidad de los proyectos de Tratados y descartaría la posibilidad de declararse posteriormente la inconstitucionalidad de un Tratado, una vez que entre en vigor, y por tanto, descartaría la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional. A su vez, verificaría la constitucionalidad de las normas tributarias antes que generen efectos negativos en la Sociedad Civil.

6° El otorgarle funciones casatorias al Tribunal Constitucional, además de las de consulta, permitirá la uniformidad de la jurisprudencia en materia del ejercicio de control difuso de constitucionalidad por parte del Poder Judicial, y otorgará al Tribunal un control sobre el cumplimiento de sus criterios por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios; permitiéndole ejercer idóneamente sus funciones de Supremo Intérprete de la Constitución, en virtud a la doctrina y la legislación comparada.

7° El otorgamiento de dichas funciones al Tribunal evitará situaciones flagrantes de incumplimiento de los criterios emitidos por el Tribunal para el ejercicio del control difuso, por parte de los órganos judiciales, y hará innecesaria la institución del “amparo contra amparo”, otorgando igualdad en el acceso al citado Tribunal para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución y la supremacía normativa de esta.

8° La implementación en el ordenamiento legal de un sistema de control de previo de la constitucionalidad de normas tributarias y de Tratados por parte del Tribunal Constitucional, puede ser realizada siguiendo las formalidades establecidas en la Ley. De igual manera el otorgamiento de funciones adecuadas al Tribunal Constitucional, para que ejerza su función de Supremo Intérprete de la Constitución.

13. RECOMENDACIONES.-

Las recomendaciones en la presente investigación son las siguientes:

1° Deberán efectuarse las modificaciones normativas propuestas en el punto 10° de la presente investigación, siguiendo las formalidades establecidas en la Constitución Política del Perú y las demás normas correspondientes.

2° El Tribunal Constitucional, mediante voceros debidamente autorizados, debería pronunciarse sobre la problemática materia de la presente investigación y dar su parecer sobre las posibles reformas que son necesarias,

en la medida que la problemática materia de esta investigación se encuentra señalada de manera expresa en las sentencias emitidas por dicho ente, o en los votos singulares de sus miembros.

14. BIBLIOGRAFÍA.-

Fuentes Bibliográficas.-

Abad Yupanqui, Samuel B. "Defensa de la Constitución: garantismo y controles." Buenos Aires: Ediar. 2003. 1232 p.

Alonso Mas, María José. "La fiscalización jurisdiccional de la actividad sin valor de ley de los parlamentos." Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1999. 574 p.

Aldunate Lizana Eduardo, en el artículo "*Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes*". Madrid.

Araújo, Francisco Regis Frota. "Derecho constitucional y control de constitucionalidad en Latinoamérica." Fortaleza: Casa de José de Alencar. Programa Editorial. 2000. 279 p.

Becerra Becerril, Mario Alberto, en su artículo "*El Control de Constitucionalidad Previo o Preventivo de las leyes tributarias como medio complementario al juicio de amparo fiscal*" UNAM. Ciudad de México.

Bernal Cano, Natalia. "El control de constitucionalidad de la ley: Estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional Colombiana." Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003. 237 p.

Bianchi, Alberto B. "Control de constitucionalidad: el proceso y la jurisdicción constitucionales." Buenos Aires: Ábaco de R. Depalma, 1992. 533 p.

Blume Fortini, Ernesto. "El proceso de inconstitucionalidad en el Perú." Arequipa: Adrus, 2009. 431 p.

Brewer-Carías, Allan-Randolph. "Crónica sobre la "in" justicia constitucional: la Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela." Caracas: Jurídica Venezolana. 2007. 702 p.

Bullard González, Alfredo. "La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos : un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional." Lima: Palestra. 2007. 207 p.

Cáceres Arce, Jorge Luis. "El control constitucional en el Perú". Arequipa: Universidad Católica de Santa María / Colegio de Abogados de Arequipa. 2004.221 p.

Cairo Roldán, Omar. "Justicia constitucional y proceso de amparo." Lima. Palestra. 2004. 303 p.

Calderón Cruz, Edmundo P. "La detención preliminar: Ministerio Público y control constitucional: estudio sobre la detención preliminar y el control constitucional para obtener la libertad." Lima: IDEMSA, 2008. 262 p.

Camargo, Pedro Pablo. "Tratado de Derecho Internacional". Editorial Leyer, Tercera edición, Bogotá D.C. 2004.1127 p.

Campos Bernal, Heber Joel. "Críticas y aproximaciones al control de constitucionalidad de las leyes en el Perú o el tribunal como espacio de deliberación pública." Lima, 2007. 206 h. Nota de tesis: Tesis (Lic.) -- PUCP. Facultad de Derecho

Cappelletti, M. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, 1971, 60p.

Carrión Lugo, Jorge. En la revista "Facultad de Derecho UNMSM" *Revista Jurídica Promoción 1973*. 35p.

Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora). "Derecho Procesal Constitucional." *Jurista Editoriales EIRL*. 2000. Lima. 350 p.

Círculo de Juristas del Ecuador/ *Constitución Política de la república del Ecuador*. "Ley de control constitucional en Ecuador Constitución (1998)" [S.I.] : [Círculo de Juristas del Ecuador]. 2001. 110, 16 p.

Corzo Sosa, Edgar. "La cuestión de inconstitucionalidad." Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998. 575 p.

Díaz Zegarra, Walter. "Comentarios al Código Procesal Constitucional. Editorial San Marcos. Lima. 2004. 150. P.

Duverger, Maurice. "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional". Editorial Ariel, 5º Edición, Barcelona 1970. 639 p.

Fernández Rodríguez, José Julio. "La justicia constitucional europea ante el siglo XXI". Madrid: Tecnos. 2002. 164 p.

Fernández Rodríguez, José Julio. "La inconstitucionalidad por omisión: teoría general. Derecho comparado. El caso español." Madrid: Civitas, 1998. 486 p.

Fromont, Michel. *La protección de los derechos del hombre por el Consejo Constitucional*. En: *Pensamiento Constitucional*. PUCP 2006. Año XI N° 11. Pag 276

Gaceta Jurídica. "Control constitucional de las jurisdicciones: el Tribunal Constitucional frente a los procesos." Lima: *Gaceta Jurídica*, 2006. 95 p.

García Belaúnde, Domingo coord. "La jurisdicción constitucional en Iberoamérica." Madrid: Dykinson, 1997. 963 p.

García de Enterría, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1983, 540. P.

García Martínez, María Asunción. "El control de constitucionalidad de las leyes: recurso y cuestión de inconstitucionalidad." Lima: Jurista, 2005. 445 p.

García Merino, Fabiola. "Proceso de inconstitucionalidad". Lima: Grijley, 2009. 171 p.

Gómez Fernández, Itziar. "Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional." Valencia: Tirant lo Blanch. 2005. 486 p.

Gudiño Pelayo, José de Jesús, coord. "Controles constitucionales." Santiago de Querétano: FUNDA. 2005. 308 p.

Jofre Santalucia, Jimena/ Ocampo Seferian, Paula. "Responsabilidad Internacional del Estado por el Incumplimiento de Obligaciones Internacionales". Bogotá. 2001. Tesis para optar por el Título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 310 p.

Herdegen, Matthias/Congreso Internacional (14-17 jun. 2005: Bogotá). "Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad." Bogotá: PUJ. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2005. 599 p.

Herrera Vásquez, Ricardo Javier. "La difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial : ¿guerra de las Cortes?". Tesis de de Maagister -- PUCP. Escuela de Graduados. Mención: Derecho Constitucional. Lima 2009. 119 h.

Landa Arroyo, Cesar . "Tribunal Constitucional y Estado Democrático." Tercera Edición. Palestra Ediciones. Lima. 2007. 250 p.

López Ulla, Juan Manuel. "La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español." Madrid. Marcial Pons. 2000. 395 p.

Lovenstein, Karl. "Teoría de la Constitución". Segunda Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1979. 350p.

Nogueira Alcalá, Humberto *"Tendencias de la jurisdicción y los Tribunales Constitucionales de América del Sur en la alborada del siglo XXI"*. Santiago.

Pizzorusso, Alessandro. "Justicia, constitución y pluralismo." Lima: PUCP. Palestra. 2005. 287 p.

Predieri A. y García de Enterría. "La constitución como norma jurídica", en la obra colectiva " La constitución española de 1978, Estudio sistemático ". 2ed., Madrid, 1981, 340 p.

Quinzio Figueiredo, Jorge Mario. "Justicia constitucional en Chile." México, D.F.: UNAM, 2000. 123 p.

RAINER GROTE. Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit. En: Pensamiento Constitucional. Lima Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII. N°8. 205p.

Reátegui Sánchez, James. "El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal." Lima: Caro & Asociados: Palestra, 2008. 174 p.

Romero Casabona, Milagros Daría. "Justificación de un mecanismo de control de la actividad empresarial del Estado basado en el principio constitucional de subsidiariedad." Lima, 2006. 255 p. Nota de tesis: Tesis (Lic.) --PUCP. Facultad de Derecho

Roura Gómez, Santiago A. "La defensa de la Constitución en la historia constitucional española : rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español." Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998. 348 p.

Rousseau, Charles. "Derecho Internacional Público". Barcelona. Ariel. 1966. 1430 p.

Rousseau, Dominique. "La justicia constitucional en Europa 2002". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002. 110 p.

Sager, Lawrence G. "Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana." Madrid: Marcial Pons. 2007. 226 p.

Santiago, Alfonso. "La Corte Suprema y el control político: función política y posibles modelos institucionales." Buenos Aires: Ábaco de R. Depalma. 1999. 453 p.

Tirado Barrera, José Antonio. "El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional." Lima: Grijley. 2008. 159 p.

Tirado Barrera, José Antonio. "El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: un estudio sobre los límites constitucionales de la actividad parlamentaria no legislativa." Lima, 1998. 195 h. Nota de tesis: Tesis (Lic.) -- PUCP. Facultad de Derecho

Vila, Cynthia, "El control difuso y el control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: eficacia de la judicial review a dos siglos de su creación". 1370 p

Fuentes Electrónicas.-

- Basterra Diaz, Aurora, en su ensayo "El Control Previo de Instrumentos Internacionales como Proceso Constitucional", publicado en la página web de

la Suprema Corte de Justicia de México, sección de investigación jurídica realizada por becarios de Universidades Extranjeras.

<http://www.scjn.gob.mx/RecJur/Becarios/Paginas/PublicacionesBecarios.aspx>

- Loayza Juárez, Jorge en su artículo ¿Se puede declarar inconstitucional un Tratado internacional como se hace con cualquier otra norma de “rango legal”?, Revista Jurídica de Derecho Público Tomo 2 año 2009-II, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=category§ionid=13&id=105&Itemid=116

- Oyarte Martínez, Rafael, en su artículo “*El Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales*”, en un ensayo publicado en página Web de investigación jurídica de la Universidad San Francisco de Quito.

<http://www.usfq.edu.ec/Tributarium/Documents/IurisDictio7/El-control-de-constitucionalidad%20de%20los%20tratados%20internaciona.PDF>

- Roa Ortiz, Emmanuel en su artículo “*Tratados Internacionales y Control Previo de Constitucionalidad. Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano.*”, in Diego Valdés and Rodrigo Gutiérrez Rivas, (eds.), Justicia, Memoria del VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional I, Serie Doctrina Jurídica, 62, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (2001): 175-207

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/92/10.pdf>

15. ANEXOS.-

- A) Anexo 01 – Matriz de Consistencia
- B) Anexo 02 – Artículo periodístico sobre la CONVEMAR de fecha 06 de setiembre de 2009
- C) Anexo 03 - Artículo periodístico sobre la CONVEMAR de fecha 01 de setiembre de 2009
- D) Anexo 4 - Artículo periodístico del Vocal Supremo Sánchez-Palacios Paiva, Manuel. “Comentarios a las modificaciones de la Ley N° 29364”. En “Jurídica” Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Lima, 30 de junio de 2009.

ANEXO 01
MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS
<p>1. Problema principal ¿Cuáles son las modificaciones necesarias para que el actual sistema de control de constitucionalidad de normas y tratados existente en el Perú, sea acorde con los objetivos de dicho sistema y con el derecho internacional?</p> <p>2. Problemas Secundarios a. ¿Qué efectos genera la aplicación del sistema de control de constitucionalidad en el Perú, y si estos son contrarios al derecho internacional o a los objetivos de dicho sistema? b. ¿Qué efectos genera un sistema que solo controla “ex post” o luego de su</p>	<p>1. Objetivo general Determinar cuáles son las modificaciones necesarias para que el actual sistema de control de constitucionalidad de normas y tratados existente en el Perú, sea acorde con los objetivos de dicho sistema y con el derecho internacional.</p> <p>2. Objetivos Específicos a. Determinar los efectos que genera la aplicación del sistema de control de constitucionalidad en el Perú, y si estos son contrarios al derecho internacional o a los objetivos de dicho sistema. b. Determinar los efectos que genera un sistema que solo controla “ex post” o</p>	<p>1. Hipótesis general Si se implementa un mecanismo de control previo de la constitucionalidad de normas tributarias y de tratados por parte del Tribunal Constitucional, y si se establece que el Tribunal sea instancia casatoria para todo proceso en los que se ejerza el control difuso; se evitará que el sistema de control de constitucionalidad vigente en el Perú, contravenga el Derecho Internacional y además, se logrará que el sistema cumpla con sus objetivos.</p> <p>2. Hipótesis Específicas a. La actual regulación del sistema de control constitucional en el Perú, calificado como dual o paralelo, no otorga al Tribunal Constitucional las facultades necesarias para desempeñar su rol de Supremo Intérprete de la Constitución, al no poder hacer efectivo el cumplimiento de sus criterios ante el Poder Judicial, cuando este ejerce el control difuso sin seguir los criterios antes mencionados. Si se implementa un sistema de control de Constitucionalidad previo de normas tributarias y</p>

<p>entrada en vigencia, la constitucionalidad de los tratados y de las normas de toda jerarquía?</p> <p>c. ¿Qué efectos tiene la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado en vigor por parte del Tribunal Constitucional?</p> <p>d. ¿Qué efectos tiene el ejercicio del denominado control difuso de los órganos jurisdiccionales ordinarios en el Perú, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional es el Supremo Intérprete de la Constitución?</p> <p>e. ¿Qué efectos tiene el actual control previo de los Tratados y normas tributarias que realiza el Congreso de la República?</p> <p>f. ¿Qué efectos</p>	<p>luego de su entrada en vigencia, la constitucionalidad de los tratados y de las normas de toda jerarquía.</p> <p>c. Determinar los efectos que tiene la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado en vigor por parte del Tribunal Constitucional.</p> <p>d. Determinar los efectos que tiene el ejercicio del denominado control difuso de los órganos jurisdiccionales ordinarios en el Perú, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional es el Supremo Intérprete de la Constitución.</p> <p>e. Determinar los efectos que tiene el actual control previo de los Tratados y normas tributarias que realiza el Congreso de la República.</p> <p>f. Determinar los</p>	<p>de tratados por parte del Tribunal Constitucional, no se contravendrá el actual sistema de control de constitucionalidad vigente, de seguirse las formalidades establecidas en la Ley.</p> <p>b. El actual “control previo” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyectos de los tratados internacionales a ser ratificados por el Perú. El actual “control previo” que realiza el Congreso de la República, al no tener efectos vinculantes, no es un mecanismo adecuado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los proyectos de normas tributarias</p> <p>c. Si se implementa el control</p>
--	--	--

<p>tendría la implementación de un sistema de control de Constitucionalidad previo, respecto a determinadas normas cuya aplicación puedan generar un daño irreparable o de difícil reparación a la Sociedad Civil?</p>	<p>efectos que tendría la implementación de un sistema de control de Constitucionalidad previo, respecto a determinadas normas cuya aplicación puedan generar un daño irreparable o de difícil reparación a la Sociedad Civil.</p>	<p>previo de la Constitucionalidad de las normas tributarias por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, impedirá que se afecten derechos constitucionales de la Sociedad Civil y evitará situaciones de inequidad, pues no permitirá la entrada en vigor de dichas normas auto-aplicativas y cuyos efectos son inmediatos.</p>
<p>g. ¿Qué efectos tendría la implementación de un sistema de control de Constitucionalidad previo de los Tratados, por parte del Tribunal Constitucional?</p>	<p>g. Determinar los efectos que tendría la implementación de un sistema de control de Constitucionalidad previo de los Tratados, por parte del Tribunal Constitucional.</p>	<p>d. Si se implementa el control previo de la Constitucionalidad de los Tratados por parte del Tribunal Constitucional, al tener efectos vinculantes, impedirá que sea declarada la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor, y por ende, la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional.</p>
<p>h. ¿Qué efectos tendría el establecer que el Tribunal Constitucional sea la instancia competente para conocer en última y definitiva instancia, los procesos en los cuales se ejerza el denominado control difuso por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios?</p>	<p>h. Determinar los efectos que tendría el establecer que el Tribunal Constitucional sea la instancia competente para conocer en última y definitiva instancia, los procesos en los cuales se ejerza el denominado control difuso por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios.</p>	<p>e. Si se otorgaran funciones casatorias al Tribunal Constitucional, Supremo Interprete de la Constitución, en cualquier tipo de procesos constitucionales y/o ordinarios, en los cuales los jueces ejerzan el control difuso, le permitirá al Tribunal hacer efectivo y obligatorio el cumplimiento de sus criterios. A su vez, la Sociedad Civil tendrá la posibilidad de exigir ante dicha instancia, el efectivo cumplimiento de sus criterios e interpretaciones, sin necesidad de la figura jurídica del “amparo contra amparo”.</p>

ANEXO 2

¿Adiós Convemar?

Page 1 of 2

LaRepublica.pe

Publicado en (<http://www.larepublica.pe>)

¿Adiós Convemar?

Por *admin*
Creado el 06/09/2007 - 01:30

En un reciente análisis editorial recordamos que se han cumplido dos años desde que Torre Tagle envió al Congreso un proyecto de ley para que nuestro país se adhiera a la Convención del Mar (Convemar) sin que fuera necesaria una reforma constitucional. Pese a la importancia del tema, la iniciativa permaneció bloqueada durante el toledismo debido a que un puñado de congresistas exigió que para que esta aprobación procediera era necesario ir a una consulta popular.

Se reiteraba así una historia que se remonta a más de dos decenios y que dilata nuestra adhesión a este imprescindible tratado, fundamental en materia de derecho internacional marítimo, el mismo que ha sido suscrito ya por 155 de los 191 países que integran la ONU, Chile entre ellos. Esta demora resulta tanto más inexplicable por cuanto parece haberse superado ya aquella falsa oposición que se trató de establecer entre la Convemar y la defensa de las 200 millas como frontera marítima.

Como supo sustentarlo en su momento la Comisión Consultiva de RREE que presidía el embajador Javier Pérez de Cuéllar, el retardo en la ratificación de Convemar perjudica el interés nacional, pues el Perú se mantiene aparte de las negociaciones entre Estados sobre pesca en alta mar y tampoco participa de aquella en curso sobre explotación de los recursos minerales existentes en los fondos marinos. También sostuvimos que ratificar Convemar fortalecería nuestra posición en el diferendo que nos opone a Chile por la delimitación de la frontera marítima.

Sin embargo, en la reciente presentación del canciller García Belaunde ante el Congreso para exponer la estrategia peruana frente a Chile, el jefe de la diplomacia peruana dijo que "no era imprescindible que el Perú ratificara la Convemar antes de acudir a La Haya porque este alto tribunal deberá referirse a Convemar al momento de decidir sobre el diferendo, sea nuestro país adherente o no a este documento". Esta iniciativa significa un cambio radical en la tradicional posición de Torre Tagle, favorable a Convemar. El ex canciller Eduardo Ferrero lamentó el viraje, que en su opinión nos coloca en desventaja, pero el ex canciller y titular de Defensa Allan Wagner coincidió con García Belaunde.

En esta materia, que es opinable, coincidimos con el ex canciller Eduardo Ferrero y otros internacionalistas y creemos que el Perú hubiera blindado mejor su posición ratificando de una vez la Convemar. Sin embargo, al haberse allanado el Congreso a la tesis del Ejecutivo no viene al caso insistir sobre el punto, aunque sí cabe lamentar que se haya perdido –acaso definitivamente– una magnífica oportunidad para la creación de un consenso en torno a un tratado del que nos mantenemos absurdamente aparte.

En un reciente análisis editorial recordamos que se han cumplido dos años desde que Torre Tagle envió al Congreso un proyecto de ley para que nuestro país se adhiera a la Convención del Mar (Convemar) sin que fuera necesaria una reforma constitucional. Pese a la importancia del tema, la iniciativa permaneció bloqueada durante el toledismo debido a que un puñado de congresistas exigió que para que esta aprobación procediera era necesario ir a una consulta popular.

Se reiteraba así una historia que se remonta a más de dos decenios y que dilata nuestra adhesión a este

imprescindible tratado, fundamental en materia de derecho internacional marítimo, el mismo que ha sido suscrito ya por 155 de los 191 países que integran la ONU, Chile entre ellos. Esta demora resulta tanto más inexplicable por cuanto parece haberse superado ya aquella falsa oposición que se trató de establecer entre la Convemar y la defensa de las 200 millas como frontera marítima.

Como supo sustentarlo en su momento la Comisión Consultiva de RREE que presidía el embajador Javier Pérez de Cuéllar, el retardo en la ratificación de Convemar perjudica el interés nacional, pues el Perú se mantiene aparte de las negociaciones entre Estados sobre pesca en alta mar y tampoco participa de aquella en curso sobre explotación de los recursos minerales existentes en los fondos marinos. También sostuvimos que ratificar Convemar fortalecería nuestra posición en el diferendo que nos opone a Chile por la delimitación de la frontera marítima.

Sin embargo, en la reciente presentación del canciller García Belaunde ante el Congreso para exponer la estrategia peruana frente a Chile, el jefe de la diplomacia peruana dijo que "no era imprescindible que el Perú ratificara la Convemar antes de acudir a La Haya porque este alto tribunal deberá referirse a Convemar al momento de decidir sobre el diferendo, sea nuestro país adherente o no a este documento". Esta iniciativa significa un cambio radical en la tradicional posición de Torre Tagle, favorable a Convemar. El ex canciller Eduardo Ferrero lamentó el viraje, que en su opinión nos coloca en desventaja, pero el ex canciller y titular de Defensa Allan Wagner coincidió con García Belaunde.

En esta materia, que es opinable, coincidimos con el ex canciller Eduardo Ferrero y otros internacionalistas y creemos que el Perú hubiera blindado mejor su posición ratificando de una vez la Convemar. Sin embargo, al haberse allanado el Congreso a la tesis del Ejecutivo no viene al caso insistir sobre el punto, aunque sí cabe lamentar que se haya perdido –acaso definitivamente– una magnífica oportunidad para la creación de un consenso en torno a un tratado del que nos mantenemos absurdamente aparte.

Opinión

URL Origen (Obtenido el 11/07/2011 - 18:00): <http://www.larepublica.pe/06-09-2007/adios-convemar>

ANEXO 3

Ratificar Convemar

Page 1 of 2

LaRepublica.pe

Publicado en (<http://www.larepublica.pe>)

Ratificar Convemar

Por *admin*
Creado el 01/09/2007 - 01:30

Hace por lo menos dos años que la Cancillería ha enviado al Congreso un proyecto de ley para que nuestro país se adhiera a la Convención del Mar, sin que este hecho requiera de una reforma constitucional. Pese a su importancia, la iniciativa permaneció bloqueada durante el toledismo debido a que un puñado de congresistas sostuvo que para que esta aprobación procediera era necesario ir a una consulta popular.

En su momento sostuvimos que así se reiteraba una historia que se remonta a más de dos decenios y que dilata nuestra adhesión a este imprescindible tratado fundamental en materia de derecho internacional marítimo, el mismo que ha sido suscrito ya por 154 de los 191 países que integran la ONU, Chile entre ellos. Nadie se explica las razones por las cuales esta demora persiste, pese a la superación –porque no se sostiene– de aquella falsa oposición que se trató de establecer entre la Convemar y la defensa de las 200 millas marítimas.

Tal como supo sustentarlo entonces la Comisión Consultiva de RREE que presidía ese peruano ilustre que es Javier Pérez de Cuéllar, el retardo en la ratificación de Convemar perjudica gravemente el interés nacional, pues el Perú no participa en las negociaciones entre Estados sobre pesca en alta mar ni tampoco en aquella en curso sobre explotación de los recursos minerales existentes en los fondos marinos. Además, se debilita una posibilidad de cautelar nuestros derechos en el diferendo que nos opone a Chile sobre la delimitación de la frontera marítima.

Torre Tagle ha fijado posición en reiteradas oportunidades en favor de Convemar, demandando al Congreso su aprobación, la cual debe realizarse –como ocurre con cualquier otro convenio internacional– en una legislatura ordinaria y por mayoría simple. Al no tratarse de una reforma constitucional, tampoco se requiere de dos votaciones en dos legislaturas ordinarias consecutivas y de la coincidencia de dos tercios de los congresistas.

Se afirma que el Congreso estaría dispuesto a ratificar Convemar en esta legislatura. Ojalá sea así, pues no puede seguir evadiendo su responsabilidad. Es sabido que esta Convención recomienda la bisectriz como línea divisoria (coincide en esto con la posición peruana) en casos como el que opone a nuestro país y Chile. Por tanto, aprobarla es un hecho que nos conviene, pues además sería una buena oportunidad para dotar de mayores argumentos a nuestra política internacional. Argumentar que como el tema ha demorado ya dos decenios bien puede esperar uno o dos años más es un grueso error, el mismo que nos parece cargado de ominosas consecuencias.

Hace por lo menos dos años que la Cancillería ha enviado al Congreso un proyecto de ley para que nuestro país se adhiera a la Convención del Mar, sin que este hecho requiera de una reforma constitucional. Pese a su importancia, la iniciativa permaneció bloqueada durante el toledismo debido a que un puñado de congresistas sostuvo que para que esta aprobación procediera era necesario ir a una consulta popular.

En su momento sostuvimos que así se reiteraba una historia que se remonta a más de dos decenios y que dilata nuestra adhesión a este imprescindible tratado fundamental en materia de derecho internacional

marítimo, el mismo que ha sido suscrito ya por 154 de los 191 países que integran la ONU, Chile entre ellos. Nadie se explica las razones por las cuales esta demora persiste, pese a la superación –porque no se sostiene– de aquella falsa oposición que se trató de establecer entre la Convemar y la defensa de las 200 millas marítimas.

Tal como supo sustentarlo entonces la Comisión Consultiva de RREE que presidía ese peruano ilustre que es Javier Pérez de Cuéllar, el retardo en la ratificación de Convemar perjudica gravemente el interés nacional, pues el Perú no participa en las negociaciones entre Estados sobre pesca en alta mar ni tampoco en aquella en curso sobre explotación de los recursos minerales existentes en los fondos marinos. Además, se debilita una posibilidad de cautelar nuestros derechos en el diferendo que nos opone a Chile sobre la delimitación de la frontera marítima.

Torre Tagle ha fijado posición en reiteradas oportunidades en favor de Convemar, demandando al Congreso su aprobación, la cual debe realizarse –como ocurre con cualquier otro convenio internacional– en una legislatura ordinaria y por mayoría simple. Al no tratarse de una reforma constitucional, tampoco se requiere de dos votaciones en dos legislaturas ordinarias consecutivas y de la coincidencia de dos tercios de los congresistas.

Se afirma que el Congreso estaría dispuesto a ratificar Convemar en esta legislatura. Ojalá sea así, pues no puede seguir evadiendo su responsabilidad. Es sabido que esta Convención recomienda la bisectriz como línea divisoria (coincide en esto con la posición peruana) en casos como el que opone a nuestro país y Chile. Por tanto, aprobarla es un hecho que nos conviene, pues además sería una buena oportunidad para dotar de mayores argumentos a nuestra política internacional. Argumentar que como el tema ha demorado ya dos decenios bien puede esperar uno o dos años más es un grueso error, el mismo que nos parece cargado de ominosas consecuencias.

Opinión

URL Origen (Obtenido el 11/07/2011 - 17:59): <http://www.larepublica.pe/01-09-2007/ratificar-convemar>

Comentarios a modificaciones de la Ley N° 29364 (Recurso de casación civil)



Vocal supremo titular

La doctrina señala, de manera uniforme, que el recurso de casación civil es de naturaleza extraordinaria. Se interpone exclusivamente por los motivos tasados en la ley, y solo contra las resoluciones expresamente previstas en ella.

El recurso de casación busca la protección de la norma jurídica, que es lo que en doctrina se denomina la función "nomofiláctica", porque el objeto fundamental de la casación tiende a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y de las doctrinas jurídicas, de tal manera que la casación va más allá de los intereses particulares, tiene fines más amplios y trascendentes. En concreto, busca determinar si efectivamente se infringió una norma jurídica, cómo es que se produjo la infracción y cuál debe ser la correcta aplicación. Todo ello, en conjunto, corresponde al carácter público de la casación, que prima sobre los intereses particulares de las partes, o aspecto privado. La casación protege la igualdad ante la ley, la seguridad y certidumbre jurídicas. En ese sentido, se pronuncian Calamandrei, en su magistral obra *La Casación Civil*, traducción de Sentis Melendo (p. 230 y ss.), y una larga relación de juristas que no es del caso enumerar



Piero Calamandrei.

El modelo iberoamericano del Código Procesal Civil (CPC), que sirvió de base para el nuestro, diseñó el recurso de casación en concordancia con esos principios procesales. Por eso, el Art. 384 del CPC, en su texto original, señala como fines esenciales del recurso, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional.

De acuerdo con la modificación de la Ley N° 29364, esa ya no es la finalidad del recurso de casación, sino que ahora debe buscar "la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional".

"Adecuado", significa lo apropiado o acomodado a las condiciones, circunstancias u objeto de alguna cosa, esto es, lo que se acomoda, y se presenta como opuesto al concepto de "la correcta aplicación" que significa libre de errores o defectos y conforme con las reglas. El primer término refleja elasticidad, el segundo firmeza. A nuestro juicio, se trata de una reforma en peor, que desnaturaliza el recurso.

La inclusión del recurso de casación en nuestra legislación nos incorporó a la corriente doctrinaria imperante en la legislación comparada y suprimió la tercera instancia, esto es el denominado Recurso de Nulidad previsto en el derogado Código de Procedimientos Civiles, que permitía a la Corte Suprema revisar el fondo del asunto, aplicar el derecho que estimara pertinente e introducir en el proceso nuevos argu-

CORTE DE CASACIÓN

Lo que debe quedar muy claro es que la Corte de Casación, definitivamente, no es una tercera instancia, esto es, no

hace un tercer examen judicial de la relación sustancial o de fondo debatida en el proceso. En casación se juzga la sentencia de vista y no el proceso.

mentos, no debatidos en la etapa probatoria, y aún declarar una nulidad que nadie había pedido, con las consecuentes indefensión para una de las partes.

GARANTÍA DE LA CASACIÓN

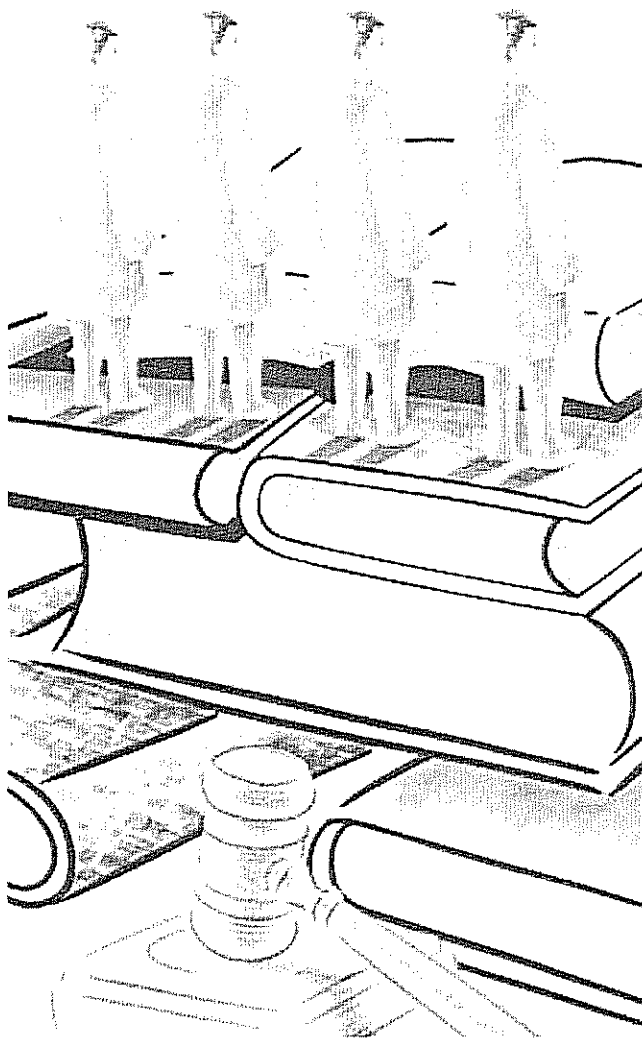
La Casación da garantía a las partes en el proceso, de que el pronunciamiento se limitará a lo que es materia del recurso, y, en ningún modo, será una revisión del fondo del asunto, pues, eso se ha examinado y debatido en las dos instancias de mérito.

El Art. 386 original enumera en forma taxativa las causales por las cuales se puede recurrir en casación, y claramente distingue las causales que se refieren a la aplicación del derecho sustantivo, de las que se refieren a la observancia de las reglas procesales o adjetivas: la infracción del debido proceso.

El nuevo texto refunde todas las causales en una sola: "la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada".

La reforma utiliza el término "infracción" que es genérico. Entonces, como segunda observación hay que señalar que el recurrente ya no tiene la obligación de distinguir lo que es sustantivo, de lo que es procesal, lo que no parece compatible con la exigencia de claridad y precisión en el planteamiento.

La modificación del Art. 387 trae como novedad que el recurso de casación se puede interponer directamente ante la Corte Suprema, acompañando copias simples de la resolución impugnada y de la expedida en primer grado. De tal manera, se obvia el "concesorio del recurso", que es un primer filtro, y trae como consecuencia que la parte contraria solo se enterará de su interposición cuando se le notifique que se ha ocurrido directamente a la Corte Suprema. Si bien el Art. 393 establece responsabilidad para el recurrente que omite el aviso, no se establece cómo es que esta se hace efectiva, con el peligro de que, en caso no se cumpla con el aviso, el proceso sea devuelto a la instancia de ejecución del fallo, y que solo se pida si el recurso es calificado como procedente. Con esta modificación se equipara el recurso de casación al de queja por su denegatoria, se afec-



ta el principio de bilateralidad y el ordenamiento del proceso, que se sigue por etapas preclusivas. No se advierte el beneficio que pueda traer

CASAR = ANULAR

"Casar" quiere decir anular, y la voz proviene del latín "cassare y cassus", que significa nulo. Es por eso, que cuando la Corte Suprema declara que el recurso es fundado por una causal sustantiva, la redacción propia es "Casaron la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia" revo-

caron o confirmaron la sentencia de primera instancia, según corresponda. Esto significa que la Corte de Casación se ubica en el mismo plano que la Sala Superior (actuando en sede de instancia), y con relación a la sentencia de primera instancia bien la confirma o bien la revoca.

Cuando se trata de causal procesal, y es fundado el recurso, igualmente "casar", y, según corresponda, anula la sentencia de vista, y en ciertos casos también la de primera instancia o todo el proceso.

El nuevo texto del Art. 388, en su inciso 4, exige que el recurrente indique si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Es impropio referirse a un pedido "revocatorio" en casación, pues la Corte de Casación no revoca, esa es potestad solo de la segunda instancia.

El nuevo Art. 396 establece que "también se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal", mandato legal que contradice todo principio procesal, pues cuando se establece una infracción procesal, la lógica consecuencia es que se anule; y resulta contradictorio también con su tercer párrafo, el que establece, que si la infracción de la norma procesal "produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o al debido proceso del impugnante, la Corte casa la resolución impugnada" y resuelve con los alcances que se indica. Por interpretación, contrario sensu, se deduce que habría alguna infracción procesal que no afecta el debido proceso.

En el curso del proceso se pueden dar infracciones procesales que si no son acusadas oportunamente quedan convalidadas. Una infracción procesal en la sentencia superior, no podría estar en esa situación, y de ser acusada e identificada, necesariamente tendría que llevar a una declaración de nulidad, y no de revocación.

El Art. 392-A dispone: "Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el Art. 388, la Corte puede concederlo, excepcionalmente, motivando sus razones. Hay un error material, pues el Art. 388 se refiere a los requisitos del recurso de casación, y no a una resolución. Si se ha querido escribir "recurso" esto importa que la Sala de Casación puede sustituirse a una de las partes en desventaja para la otra, y que el requisito de "claridad y precisión" es relativo y dispensable.

Seguramente que la reforma se ha originado en una buena intención, pero estimo que esta se ha perdido en la redacción final, porque en general no se advierte que las modificaciones al recurso de casación civil, afectan conlugar a la certeza del derecho que es la finalidad de todo proceso, y aumentará la carga procesal. ♦