



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

“El rol del tribunal constitucional en la constitucionalidad de la política peruana”

TESIS

Para optar el título profesional de Abogado

AUTOR

Carlos Alberto Fernández Velez (0000-0003-4082-3856)

ASESOR

Aníbal Quiroga León (0000-0002-3710-815X)

Lima, 30 de enero de 2022

Al bicentenario del constitucionalismo peruano, sostén de la República desde sus inicios

“No reconozco otro caudillo que la Constitución enarbolando el estandarte de la ley.”

Miguel Grau Seminario, 1872

“Y ahora, Israel, escucha las normas y los mandamientos que
yo te enseñé, para que los pongas en práctica.”

Deuteronomio 4:1

“La justicia sin misericordia es crueldad; la misericordia sin
justicia es la madre de la disolución”

Santo Tomás de Aquino, Catena Aurea

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quisiera agradecer a mis padres, Juan Carlos y Nilda Mery, por la formación y sostén moral que han forjado mi afinidad por la consecución de la justicia y el diálogo. Sin mi familia y ni sus cimientos, los pasos que he dado en la vida hubieran sido más que difíciles.

A continuación, quiero dar reconocimiento a Norma y a todos quienes lucharon, luchan y lucharán creyendo en la justicia de sus derechos. Su ímpetu por el bien es digno de inspiración para construir una sociedad mejor.

Finalmente, quiero agradecer al Dr. Aníbal Quiroga y a la Srta. Heyca Quiroz, por sus contribuciones, aportes y críticas en el proceso de conformación del presente trabajo. Cada nueva charla fue inspiración para seguir indagando y profundizando en el problema que es abordado.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el rol y funcionamiento del Tribunal Constitucional peruano en el marco del control del Estado Constitucional de Derecho. Para ello se tendrán en cuenta los principales modelos de control constitucional: difuso, preventivo y concentrado. Se considerará la historia constitucional que da lugar a la necesidad de contar con una entidad de tal magnitud; pese a que en la teoría clásica de la conformación del Estado se configura al Poder Judicial como sede jurisdiccional original. Este trabajo será contextualizado en torno al caso que dio pie a la destitución del Presidente Martín Vizcarra en 2020 y sobre por qué no se llegó a un fallo conclusivo en el fondo.

Palabras clave: Constitución; Tribunal Constitucional; Política; Democracia

THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE CONSTITUTIONALITY OF PERUVIAN POLITICS

ABSTRACT

This work intends to analyze the role and functions of the Peruvian Constitutional Court within the framework of the control of the Constitutional Rule of Law. For this objective, the main models of constitutional control will be considered: diffusive, preventive, and concentrated. The constitutional history that staged the need to have such an entity will be considered as well; even though in the classical theory of the conformation of the State the Judiciary is configured as the original jurisdictional seat. This work will be contextualized around the case which led to the removal of President Martín Vizcarra in 2020 and why a conclusive ruling on the matter was not reached.

Keywords: Constitution; Constitutional Court; Politics; Democracy

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	9
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
2.1 DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA	11
2.2 OBJETIVOS	12
2.2.1 Objetivos generales	12
2.2.2 Objetivos específicos	12
2.2.3 Preguntas de investigación	12
2.3 RELEVANCIA Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	12
2.4 METODOLOGÍA	14
3. MARCO TEÓRICO:	15
3.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	15
3.2 BASES TEÓRICAS	17
3.2.1 El control constitucional	17
3.2.2 Los modelos de control de la Constitución	22
4. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL PERUANO	39
4.1 GERMEN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL PERUANO	39
4.2 EL CONTROL DIFUSO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1856	42
4.3 EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES – CONSTITUCIÓN DE 1979 45	
4.4 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1993	49
5. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	58
5.1 COMO ÓRGANO CONSTITUCIONALMENTE AUTÓNOMO	58
5.2 COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL	62
5.3 COMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN	68
5.3.1 Principios de interpretación constitucional	71
5.3.2 Las sentencias del Tribunal Constitucional	79
6. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL DE 2020	91
6.1 ¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ACTOR POLÍTICO?	93

6.1.1	El clima político como molde del sistema de control constitucional	93
6.1.2	El constitucionalismo político: una crítica al rol del contralor	95
6.1.3	Evolución del control constitucional: del plano político a la jurisdiccionalidad	97
6.2	EL CASO DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL - 2020.....	101
6.2.1	El asambleísmo como causa de los conflictos de poderes.....	101
6.2.2	La difícil cohabitación del Ejecutivo y el Congreso (2018-2020)	103
6.2.3	El rol del Tribunal Constitucional en el caso de la vacancia presidencial - 2020	108
7.	CONCLUSIONES	112
8.	REFERENCIAS	114

1. INTRODUCCIÓN

La institucionalidad de un Tribunal Constitucional como el máximo órgano de control de la Constitución resulta novedosa dentro de la configuración del poder y competencias jurisdiccionales sobre la interpretación de tal texto fundacional. Si bien el origen de nuestra experiencia con una entidad de este tipo se remonta en el Tribunal de Garantías Constitucionales, la vida institucional de este fue efímera y sus fallos, intrascendentes en sus efectos para la configuración del Estado Constitucional de Derecho.

Históricamente, la función de ser intérprete o contralor de la constitucionalidad en el Perú había recaído en el Senado o en la Corte Suprema de la República, siguiendo los principales modelos de control: el americano (control difuso) o; el europeo (control concentrado) (Blume Fortini, 1996, págs. 130-169). Entonces, resulta adecuado considerar la función que ocupa el Tribunal Constitucional en el sistema jurídico peruano de forma que, a través de sus fallos, ha mantenido vigencia y vigor en sus más de 25 años de funcionamiento institucional. En el presente trabajo se tendrá presente, por supuesto, la existencia y funcionamiento del Poder Judicial dentro del marco de la defensa de la Constitución, el cual será comparado frente al Tribunal Constitucional.

Este trabajo se motiva en el análisis del sistema de justicia constitucional y cómo el Tribunal Constitucional ha llegado a tener un rol preponderante en nuestros días para garantizar la plena vigencia de la norma fundamental de la Nación, al punto de ser el eje dirimente en problemas de relevancia constitucional y social como lo es la conflictividad entre poderes del Estado. Puntualmente, se considerará para efectos de esta investigación su actuación en la resolución del Expediente No. 002-2020-CC/TC, que vio enfrentado al Poder Ejecutivo contra el Legislativo en el marco de la interpretación de la causal de vacancia de funciones del Presidente de la República¹, y en el cual sus magistrados tomaron dos posturas marcadas sobre el rol del Tribunal Constitucional: sea como órgano jurisdiccional con competencia constitucional o; como órgano de control político de la Constitución.

El caso mencionado ha tenido una relevancia verdaderamente social en la percepción de la ciudadanía sobre la configuración del Poder constituido y sus competencias². Si bien cada

¹ En adelante: “*Caso de la vacancia presidencial de 2020*”

² IPSOS. *La Crisis Política en el Perú*. Noviembre de 2020. El 44% de los encuestados considera que la decisión del Congreso fue incorrecta; 32%, excesiva; 14% cuestionable y; 10% correcta. Base de encuesta: 1,207 personas mayores de 18 años.

ciudadano en particular puede crearse cierta noción de justicia de forma subjetiva en función a su escala de valores, el Estado, a través de sus instituciones, debe formar una postura y análisis formal sobre la resolución de los conflictos que surgen en su seno. Los distintos órganos de poder pueden tener diferencias cuando creen que sus competencias y facultades se encuentran ante un impase por otros órganos, todos estos no dejan de ser parte del mismo Estado. En ese sentido, procesalmente se puede hablar de la heterocomposición de un conflicto mediante la intervención de un tercero dirimente; desde la perspectiva de funcionamiento de la Nación se produce una autocomposición donde un órgano estatal resuelve los problemas de propio Estado para el mejor funcionamiento del conjunto (Goldoni, 2015). Por ello debe llamar la atención sobre qué organismo, que funciones y qué límites tiene para el ejercicio de ese rol resolutor de conflictos. Al tratarse los conflictos en torno a una materia tan sensible como lo es el ejercicio del poder delegado por la Constitución y la conservación de sus valores e instituciones, tal entidad deberá tener características particulares que la diferencien de otros jueces cuya materia de competencia para conocimiento de conflictos sea otra.

Sabemos que el *Caso de la vacancia presidencial de 2020* tuvo 2 posiciones marcadas y que la mayoritaria fue la que terminó siendo la que definió el sentido del fallo hacia una abstención en la emisión del pronunciamiento. Por una parte, se tiene que los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón optaron por aproximar el problema desde una óptica netamente procesal acorde con el derecho adjetivo, lo cual es, por supuesto, acorde para esquematizar el desarrollo de la solución de una controversia. El motivo de su fallo se sustentó en la figura procesal de la sustracción de la materia. Ello fue razón para dar fin al proceso y resalta el rol del Tribunal Constitucional peruano como órgano jurisdiccional acorde con el artículo 202° de la Constitución. Por otro lado, la posición minoritaria de los magistrados Ledesma, Ramos y Espinosa-Saldaña fue la de optar por darle solución material al problema en base a una interpretación de los artículos 112° y 113° del entonces vigente Código Procesal Constitucional y 201° de la Constitución. Este último grupo de magistrados consideraba que el Tribunal Constitucional debe supervisar de forma abstracta la plena vigencia de la Constitución en su calidad de *norma máxima*. Puede verse, entonces que existen en nuestro Tribunal Constitucional dos posiciones con sustentos igualmente válidos sobre cuál es el rol de este organismo autónomo. Por ello el propósito del trabajo es realizar

Consulta: <https://bit.ly/3rYQL60>

una aproximación sobre el rol del Tribunal Constitucional y su relación con el poder que le otorga la Constitución.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 Descripción de la problemática

Esta tesis propone exponer el sistema de justicia constitucional existente en el Perú y cómo ese incide en el mantenimiento del Estado de Derecho Constitucional en nuestros tiempos. Al respecto, cabe señalar que dentro de la teoría clásica de división del poder se cuenta con la existencia primitiva del Poder Judicial como órgano de resolución de conflictos e intérprete de la ley que emite y motiva sus sentencias como medio de control de la *iuris dictio* que le es otorgada (Atieza Rodriguez, 2008, págs. 210-212). A pesar de que a lo largo de la historia han existido órganos con competencia de intérprete constitucional, ello no ha abrogado las funciones del Poder Judicial sobre aquella norma. Este ha sido un órgano perenne para esta labor; por lo que sería inadecuado pasar su presencia por alto.

Mi hipótesis consiste en que mientras el Poder Judicial tiene un rol de intérprete con jurisdicción constitucional en virtud de sus funciones para con la administración de justicia; el Tribunal actúa como contralor jurisdiccional para el cumplimiento de los principios y valores consagrados en la Constitución. Ello permite que no se creen conflictos en torno a los procesos constitucionales de conocimiento del Poder Judicial pese a que sean derivados al Tribunal Constitucional. Esto explica su posición dirimente como restaurador de la configuración del poder en el seno del Estado. Para ello será necesario exponer la evolución y características de estas instituciones como intérpretes.

Para poder explicar la relación del sistema de justicia constitucional habrá que abordar las características de los principales sistemas que desarrollan la competencia de tal materia: sea mediante el sistema americano de control difuso o; el sistema europeo de control concentrado. Adicionalmente se reconocerá la existencia de un sistema de control político. La existencia simultánea de un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional dan visos sobre la coexistencia de ambos sistemas, por lo que se considera que en el Perú se encuentra vigente un sistema paralelo de justicia constitucional. La dinámica de su funcionamiento es de interés de este trabajo.

2.2 Objetivos

2.2.1 Objetivos generales

- Analizar el sistema de control de la Constitución peruana
- Verificar si el Tribunal Constitucional peruano puede actuar como mediador político

2.2.2 Objetivos específicos

- Identificar la necesidad de contar con un sistema de control constitucionales
- Estudiar el rol del Contralor Judicial
- Verificar la posibilidad de la constitucionalización de la política
- Determinar el alcance de la revisión jurisdiccional ante cuestiones políticas
- Definir los límites del alcance del juez como creador de derecho

2.2.3 Preguntas de investigación

- ¿De qué manera el Tribunal Constitucional peruano constituye una entidad distinta al Poder Judicial sin duplicar su rol?
- ¿Cuál es el rol que asume un intérprete de la Constitución?
- ¿Debe influir la interpretación del Tribunal Constitucional en la superación de las diferencias de los órganos del Estado más allá de su rol de intérprete? ¿Por qué debería o no debería?

2.3 Relevancia y justificación del tema

Sin necesidad de contextualizar en un momento particular de la Historia del Perú, entender la influencia de aquellos que tienen la facultad de emitir una voz en búsqueda de controlar y limitar el poder para subordinarlo a la norma, sea esta la ley o la propia Constitución, ha sido una constante en la construcción de la Nación (Blume Fortini, 1996, págs. 138-139). Desde el nacimiento de esta existe la noción subconsciente de respeto hacia una norma jurídica de la cual emana el poder. Por ejemplo, en el Estatuto Provisional publicado el 08 de octubre de 1821, el Libertador San Martín limitó sus propios poderes porque no podía imponer unilateralmente una norma suprema que gobernase a los peruanos, reconociéndose como extranjero. Sin embargo, para no revestir de arbitrariedad a sus actos y a los de sus ministros para gobernar los departamentos libres, emitió una norma que limite los poderes del naciente Estado. No será hasta 1823 que el Congreso Constituyente, órgano constituido por la naciente voluntad popular, emitiría de manera más formal una

Constitución para la República Peruana. Incluso en momentos en los que se podría considerar que hubo un vacío constitucional por la toma abrupta del poder hubo un cuerpo de normas y principios que aun regían la administración de justicia y enmarcaban los actos de gobiernos *de facto* (Espinosa-Saldaña Barrera, 2003, págs. 152-154). Sin embargo, la positivización de una norma es insuficiente si esta no es puesta en práctica o interpretada para que esta se considere cumplida u observada. Es entonces que el papel del intérprete es trascendente.

La designación y la configuración del órgano encargado de tener la interpretación final de la Constitución no deja de ser un aspecto que sea ajeno a la controversia y el análisis. Como se expuso anteriormente, para demostrar la justicia e imparcialidad a los actos de los gobernantes debe existir un intérprete de las normas a los que estos, la sociedad y el Estado en su conjunto se sujetan (Álvarez Ugarte, 2012, págs. 75-83). Por ello, el intérprete adquiere, de la misma forma, un poder en sí mismo. Para el ejercicio y satisfacción de la delegación de tal poder se requiere de la legitimidad de aquellos que van a ser gobernados por tales leyes. Es entonces que se configuran los sistemas de interpretación constitucional que BLUME (1996) brevemente ilustra. En primer lugar, tenemos al sistema americano, mediante el cual la legitimidad de tal obra recae en los jueces que componen el Poder Judicial debido a su calidad de poder apolítico y ajeno a la actividad partidaria (págs. 130-131). Por otra orilla se encuentra el sistema europeo o concentrado mediante el cual una corte especializada toma la voz de la norma constitucional orientando el quehacer del resto de organismos que administran justicia en base a su jurisprudencia (págs. 132-133).. Finalmente, el sistema parlamentario, considera que el Poder Legislativo, como representante de la voluntad popular cuenta con credenciales suficientes para asumir el papel de intérprete final a nombre de sus constituyentes (págs. 133-134). A partir de los dos primeros pueden surgir distintos tipos de relación entre el Poder Judicial y la corte constitucional especializada (págs. 134-135).

El *Caso de la vacancia presidencial de 2020* presenta una situación idónea para reflexionar y postular una posición acerca del rol del Tribunal Constitucional peruano frente a la Constitución de 1993, no solamente por el mero hecho de que esta última crea aquella entidad; sino porque el primero recibe competencias especiales de esta que no son otorgadas al Poder Judicial ¿La Constitución se mantiene “viva” gracias al Tribunal Constitucional o es el Tribunal Constitucional quien debe su vida a la Constitución? ¿Cuál es la posición que

aquel tribunal debe asumir en el Estado de Derecho Constitucional cuando el poder se enfrenta al poder?

2.4 Metodología

Para el presente trabajo se realizará dentro de un estudio doctrinario con un enfoque funcional debido a que no solamente se propone exponer la teoría de la justicia constitucional en general; sino que se pretende exponer el funcionamiento institucional del Tribunal Constitucional peruano en particular. Para ello, se intentará dar un diagnóstico sobre cómo tal entidad impacta en la configuración del Estado Constitucional de Derecho. Este enfoque aportaría a mejorar el entendimiento que se tiene sobre la presencia del Tribunal Constitucional en nuestros días y cómo este compatibilizaría sus funciones con la existencia del Poder Judicial.

3. MARCO TEÓRICO:

En el presente capítulo se propone rastrear los antecedentes pertinentes sobre los modelos de justicia constitucional que han servido de ejes para determinar aquel que es aplicado en el Derecho Peruano y cómo estos han moldeado su configuración.

3.1 Antecedentes de la investigación

Es cierto que la teoría sobre el papel material del desarrollo constitucional es rica y abundante. Después de todo, hace más de dos siglos comenzó su producción y el estudio del rol constitucional para justificar la abolición del Antiguo Régimen en Europa y de las distintas independencias del continente americano, empezando por el paso de las trece colonias británicas hacia la configuración de los Estados Unidos de América como parágón contemporáneo de las instituciones republicanas. Se ha creado y fortificado la conciencia de que la Constitución es una *norma fundacional* en tanto que esta provee e ilustra sobre los cimientos (las *fundaciones*) sobre los cuales se asienta el poder, facultades y prerrogativas del Estado; así como los derechos de la ciudadanía y de las personas (Carbonell, 2009). Considero que esta concientización ha sido la base de múltiples revoluciones y cambios sociales a lo largo de los S. XIX y XX, y que aún podemos ver en la América Latina del S.XXI³. No obstante haber dejado en claro que la Constitución, como aspecto material del Derecho, ha sido objeto de abundante estudio; la labor de aquellos encargados de darle cumplimiento constituye un objeto de estudio de particular interés, pues en ellos recae verificar que aquella teoría y noción que se tiene sobre la Constitución sea puesta en práctica. Aun cuando el poder del intérprete emane de la propia Constitución para su propio cumplimiento y también para reconocer los límites de otras instituciones, tal intérprete debe tener capacidad de moldear el poder para evitar que este sea arbitrario (Blume Fortini, 1996, págs. 125-128).

Es claro que la oficialización o designación del intérprete de la Constitución, aun cuando esta positiviza tal rol, no crea una situación pacífica; pues ello implica que se le inviste de cierto poder que ALVAREZ UGARTE denomina de *última palabra* en la que se refiere que “*la justicia es lo que los jueces dicen que es*” (2012, pág. 77). Esta situación, la de determinar

³ En un espacio de 30 años, desde 1990, se han promulgado las siguientes Constituciones: Colombia (1991); Paraguay (1992); Perú (1993); Argentina (1994); Ecuador (1998 y 2008) Venezuela (1999); Bolivia (2009) y; Cuba (2019). Actualmente hay una Asamblea Constituyente en Chile en curso.

al intérprete autorizado de una norma de la relevancia de la Constitución ha sido el problema que ha encarado el constitucionalismo moderno.

Toda sociedad se encuentra compuesta por individuos con distintas aspiraciones, valores y puntos de vista sobre cómo debe ser regida en su conjunto en torno al quehacer y configuración de los partidos políticos. El análisis de los trabajos de Waldron y Bellamy por GOLDONI (2015, págs. 72-75) apunta a que, desde un entendimiento manifiestamente democrático, la Constitución debería ser moldeada por las grandes mayorías a través de la interacción de los partidos políticos con acceso al poder mediante la legislatura. Estos partidos representan a la sociedad en la composición del Legislativo e idealmente cuentan con mayor legitimidad para tomar posiciones sobre aspectos que revisten de valores y relevancia constitucional mejor que instituciones denominadas “contra mayoritarias” - como las cortes judiciales - desde donde se impone el criterio de un órgano colegiado minoritario.

Tal pensamiento fue dominante en Europa e impidió que en tal región se produzca la discusión sobre cuál es la necesidad de reconocer a un órgano que tenga competencia de ser el intérprete constitucional y contralor de esta. Se ha hipotetizado que ello se debería a prejuicios de la tradición monárquica del Viejo Mundo que dieron un lugar a la subestimación de las constituciones escritas. CERVANTES (1996, pág. 357) expone dos corrientes que convergen en la postura inicial del constitucionalismo europeo.

Por una parte, se tiene que el apaciguamiento del movimiento liberal con el concierto europeo iniciado en 1815 vio el retorno de las monarquías - ahora con el sufijo de “*constitucionales*” - como la restauración del origen del orden y poder que se había visto alterado en las primeras décadas del S. XIX. El rey volvió a ser la fuente originaria y la organización del reino dependía de lo que se realice a su nombre por las Cortes (“golpe de derecha”). Por otro lado, bajo la óptica de que la vida política es la que le da sentido a tal orden, la Constitución es considerada como una transcripción lírica de principios que inspiran a la Nación, pero carecen de estructura jurídica; por lo que los representantes de la Nación no encuentran carácter vinculante alguno, consideración que sí tiene la Ley (“golpe de izquierda”).

La discusión sobre el rol del intérprete y de la configuración del sistema de justicia constitucional hubo de llegar a partir de una nueva República, libre de una fuerte tradición nobiliaria. Esta encuentra su origen en el hito judicial marcado por el caso *Marbury v.*

Madison (1803). A propósito del bicentenario de la declaración de independencia de los EE. UU., el trabajo conjunto de la Conferencia Judicial de los Estados Unidos y de la Universidad Carnegie-Mellon produjeron un adecuado video en el cual se ilustran de forma didáctica las ramificaciones políticas del caso: Es cierto que la Constitución es un documento que trata de explicar la organización del poder; pero ¿Quién debe ser el intérprete de esta cuando se presenta una controversia o consulta sobre su sentido? ¿Quién debería decidir si el Congreso o el Presidente sobrepasan sus facultades en su actuar? Por una parte, Thomas Jefferson, defendiendo la institucionalidad de su gobierno (1801-1809) representado por su Secretario de Estado, James Madison, consideraba que en un abierto equilibrio de poderes las tres ramas de gobierno debían ser igualmente válidas intérpretes; pero que en última instancia el Congreso, como representante del pueblo, debía dirimir. Por su parte, el Presidente de la Corte Suprema, John Marshall, postuló que era la intención de la Constitución que personas ajenas al quehacer político y a los cambios de administración deban ser los que le den sentido al espíritu constitucional (Haynsworth Jr. & Devitt, 1977). Tal es la trascendencia del caso en a partir del estudio de una ley orgánica aprobada por el poder Legislativo y promulgada por el Ejecutivo, surgió la necesidad de establecer mediador entre estos poderes, la ley y la Constitución.

Marbury v. Madison le enseñó a los EE. UU. que la Constitución no se puede ignorar cuando se resuelven asuntos políticos. Remarcó las limitaciones en el poder del gobierno previstas por tal instrumento y afirmó la tarea constitucional de la Corte Suprema de decidir si y cuándo los poderes políticos se exceden sus límites constitucionales.

3.2 Bases teóricas

3.2.1 El control constitucional

En primer lugar, nos interesa contextualizar el fenómeno del control constitucional. Desde el planteamiento del problema, existe un debate sobre la semántica que implica este fenómeno. Mientras que un sector de la doctrina utiliza indistintamente “*justicia constitucional*” y “*jurisdicción constitucional*”, hay autores que advierten sobre la diferencia del contenido de tales términos (García Belaunde, 2013). Esta aparente libertad académica que se toma en el intercambio de estos términos provendría de la traducción que Charles Eisenmann, alumno de Hans Kelsen, realizó al trabajo de este último en 1928 (Kelsen, 2011, págs. 249-253). El contenido que ambos términos acarrearán y su impacto en la aproximación

del presente trabajo son de especial interés en la configuración de una corte constitucional, sea cual fuera su tipo de control conforme se explicará en la sección pertinente.

Es de notar la evolución del pensamiento constitucional en tanto a las atribuciones que debe tener el Estado. Inicialmente, en los S. XVIII y XIX, la concepción de una Constitución estaba prevista para poder garantizar que el poder estatal no se inmiscuya ni recorte innecesariamente las libertades personales de los ciudadanos (Quiroga León A. , 2002, págs. 474-475). De esta forma, el poder del gobernante, que antaño era absoluto y arbitrario, debía racionalizarse para poder ser legitimado. Por ser la libertad el eje del constitucionalismo de aquellos primeros tiempos, tal etapa implica el enfoque de una Constitución Liberal. Con la industrialización de mediados del S. XIX y su consolidación en el S. XX., surgieron nuevas necesidades que requerían la atención del Estado para con las masas obreras y gremiales como grupos de interés. Entonces, el pensamiento constitucional, que hasta entonces solo se interesaba en contener el poder estatal, hubo de considerar a la democracia como un valor que debe ser promovido por el Estado. A partir de esta situación surgen en el mundo germánico dos trabajos que sobre la materia del control constitucional: “*El Protector de la Constitución*”⁴, de Carl Schmitt y; “*¿Quién debe ser el protector de la Constitución?*”, de Hans Kelsen⁵.

El trabajo de Schmitt propugnaba que el órgano que debía tutelar el cumplimiento de la constitución fuese de tipo político para que así se evite que, de caer en un cuerpo judicial, se pase de la “*judicialización de la política*” a la “*politización de la justicia*” (Fix-Zamudio, 1998, pág. 22). Por su parte, Kelsen postulaba que el control de la Constitución, al ser una norma, no debe ser ajena al pronunciamiento de un tribunal especializado con la misma capacidad de jurisdicción. Lo consiste en que la sentencia de inconstitucionalidad debe ser cumplida *erga omnes*. Él no consideró que el Parlamento, ni ninguna otra autoridad estatal en general, deba tener control sobre la determinación del contenido de la Constitución debido a la consideración que se tiene a sí mismo como libre creador de Derecho. Solo un órgano *ad hoc* tiene la consideración para ser quien vigile su cumplimiento: el Tribunal Constitucional (Palomino Manchego & Paiva Goyburu, 2021, págs. 250-251).

⁴ “Der Hüter der Verfassung” (1931), título traducido por FIX-ZAMUDIO, Hector en: *Introducción al Estudio de la Defensa de la constitución en el ordenamiento Mexicano* (1998). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Segunda Edición. p.21

⁵ “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*” (1931). *Íbid.*

Es particular considerar el pensamiento kelseniano, no solo para justificar su planteamiento en la creación del Tribunal Constitucional austriaco; sino también para aterrizar su concepto sobre el control de la Constitución. Es conocido el interés del jurista austriaco en la Teoría Pura del Derecho. Si bien Kelsen no ha incursionado profundamente en el campo del Derecho Procesal, es pertinente resaltar su invocación a la noción de “*iuris dictio*” o “jurisdicción”. Es de interés de esta, para efectos del control público, saber *qué es, qué se dice sobre* la norma que ha de ser interpretada. Esta noción eminentemente procesal ha tenido una evolución similar al constitucionalismo, al permear en ambas la idea de “democracia”. Mientras que en el pensamiento liberal del tardío S. XVIII la racionalización del Derecho exigía que el juez motive sus sentencias para controlar aspectos que pueden ser materia de impugnación por las partes interesadas (función endoprocesal); al finalizar la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), en un mundo más abocado al reconocimiento de derechos constitucionales y hasta universales, se exige que las sentencias del juez sean razonables y debidamente fundamentadas para efectos de controlar cómo es que el magistrado ejerce tal poder delegado por el Estado para saber *qué es* el Derecho (función extraprocesal). Así, la jurisdicción contempla un aspecto pragmático y otro, cívico (Atieza Rodríguez, 2008, págs. 202-213).

Como se puede apreciar, el término “jurisdicción” resulta mucho más objetivo que la valoración axiológica en la que se debería incurrir para explicar la noción de “*justicia*”, la cual debe ser enmarcada en una determinada sentencia. De ahí que la semántica kelseniana distingue tajantemente “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional”. La posibilidad de que ambos términos sean utilizados indistintamente por distintos autores provendría de la relación entre un problema aterrizado y cómo las normas de la materia inciden en su solución. Así, se entiende la existencia de términos tales como “justicia civil”, “justicia penal” o, “justicia constitucional” (García Belaunde, 2013, pág. 216).

Independientemente sobre a qué órgano le corresponda el pronunciamiento en torno al contenido de la Constitución, la jurisdicción constitucional ha de diferir necesariamente respecto de la jurisdicción ordinaria. En situaciones normales, la jurisdicción que posee un juez al resolver un caso se avoca a detectar la existencia de una controversia o situación de hecho en relación con la aplicación de una norma puntualmente aplicable al caso e indica cuál es el remedio para superar el quebrantamiento de su mandato o la consecuencia de encontrarse en el supuesto previsto. No ocurre lo mismo con la jurisdicción constitucional.

Más adelante se desarrollará una sección pertinente sobre la interpretación a la luz de la jurisdicción constitucional, pero debe reiterarse, para no dejar de lado tal idea, que la Constitución es una norma concebida desde el poder para autocontenerse⁶. Mientras que la jurisdicción ordinaria se limita a aplicar los preceptos positivizados en una norma, la jurisdicción constitucional coloca en una relación política al juez frente al resto de poderes y órganos estatales en una rendición de cuentas para examinar si los actos denunciados se encuentran sujetos o no al marco constitucional.

Para poder materializar el ejercicio de la *iuris dictio* que debe realizar el juez, el Derecho Constitucional requiere de instrumentos procesales y así hacer efectiva defensa de la Constitución. FIX-ZAMUDIO (1998, págs. 25-26) divide esta actividad en dos categorías fundamentales: los mecanismos de protección de la Constitución y las garantías constitucionales. La primera categoría se refiere a la canalización de factores políticos, económicos, sociales y jurídicos fundamentales que sirven para la limitación del poder. Ello puede encontrarse dentro de la fórmula de asignaciones de competencias en el Estado y es materia de la jurisdicción constitucional orgánica. Por otro lado, las garantías constitucionales son los medios jurídico-procesales que reintegran el orden constitucional cuando este ha sido violentado o desconocido por el poder constituido. Esto es aterrizado en el establecimiento de los procesos constitucionales destinados al control normativo, a la resolución del conflicto de competencias y; a los de tutela de derechos (Palomino Manchego & Paiva Goyburu, 2021, págs. 248-250).

Resulta adecuado rescatar las reflexiones de ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA (2003), sobre la situación que se presenta en los regímenes o estados excepción⁷ y cómo estos ponen a prueba la aplicación de la jurisdicción y garantías constitucionales. Se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que se afecta durante un Estado de Emergencia: los derechos o sus garantías? Si la respuesta a esto fuera que los primeros, entonces la autoridad

⁶ “The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligations. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act”. Marshal, J. Supreme Court of the United States (1803) *U.S. Reports: Marbury v. Madison*, 5. *US*, 1 *Cranch* 137. Recuperado de Library of the Congress. <https://www.loc.gov/item/usrep005137>

⁷ Ver. Artículo 137 de la Constitución Política del Perú.

gubernamental puede realizar una suspensión taxativa de derechos, salvaguardando aquellos otros que no hayan sido previstos. Garantías tales como el *habeas corpus* permitirían corregir los excesos y arbitrariedades que se comentan sobre los derechos que aún se encuentren protegidos. Si, por el contrario, se suspendiese todo tipo de garantía, procesalmente, cualquier intento de su defensa debería ser declarada improcedente por no haber amparo alguno.

Si se reconoce que aun en el régimen de excepción, el cual es por naturaleza política y constitucional, de carácter transitorio, la aplicación de la Constitución no pierde su vigencia; entonces se tiene que lo que esta permite es que por la situación especial se puedan suspender una cierta relación de derechos en aras de superar la situación excepcional por el bien común. En el caso particular del Perú, el artículo 200 de la Constitución reafirma esta respuesta al reconocer que aun en los regímenes de excepción no se suspenden garantías tales como el *habeas corpus* ni el amparo.

“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional⁸

(...)

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución.”

Tras superar la pregunta anterior, cabe reflexionar sobre cuál es el rol del juez constitucional en aquella situación extraordinaria en la que aun sigue vigente la Constitución. Ya que la declaración del Estado de Emergencia o de Sitio otorgan al Presidente de la República discrecionalidad para señalar qué derechos son suspendidos ¿cuáles serían los alcances de una eventual revisión jurisdiccional de los actos del Ejecutivo en un Estado de Excepción? Al reafirmar la postura que este tipo de regímenes constitucionales anormales no suspenden la vigencia de la Constitución, ello no altera la teoría de la separación de poderes; por lo que su control sigue en vigencia. Entonces, como contrapeso y contralor de los actos dispuestos por el Ejecutivo y a la normativa extraordinaria que pueda expedir el

⁸ A pesar del rótulo y texto del artículo 200° de la Constitución, es incorrecto afirmar que todos los procesos contenidos ahí son “acciones de garantía”; pues este artículo también enuncia la acción de inconstitucionalidad, la cual forma parte de las acciones de control de la Constitución.

QUIROGA LEÓN, Anibal (2002). El derecho procesal constitucional peruano. En J. Vega Gómez, & E. (Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. P. 471-505 México. Instituto de Investigaciones Jurídicas

Legislativo, la judicatura debe velar por que tales poderes se encuentren alineados con el sistema constitucional que aun resulta aplicable. Retomando al artículo 200 de la Constitución peruana, esta afirma que:

“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

(...)

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.”

El examen de la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo a que se refiere la disposición antes reproducida implica un reconocimiento a que la jurisdicción constitucional es capaz de inmiscuirse y revisar los propios actos de gobierno. Del mismo modo, sin necesidad de que surja una situación extraordinaria que ponga a prueba el ordenamiento constitucional, en el propio quehacer del Estado, principalmente en la producción normativa, se puede apreciar que hay tal intromisión jurisdiccional en aras de mejorar la producción de las normas del sistema jurídico mediante acciones tales como la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes o; la acción popular, para reglamentos. Esta interrelación de control de los órganos de justicia, considerados idealmente como “*poder no político*” sobre los poderes Ejecutivo y Legislativo (además de los gobiernos regionales y locales), considerados como “*poderes políticos*”, pondría en tela de juicio la *apoliticidad* atribuida a la judicatura constitucional (Espinosa-Saldaña Barrera, 2003, págs. 168-173). Es precisamente por ello que esta se diferencia de la judicatura ordinaria.

3.2.2 Los modelos de control de la Constitución

A continuación, se desarrollarán los modelos de control de la Constitución que han calado en la configuración del Derecho en el mundo occidental. En primer lugar, se desarrollará el modelo sugerido por el control difuso impulsado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Le proseguirá el modelo de control preventivo desarrollado por el Consejo Constitucional de Francia. En tercer lugar, se desarrollará aquel de control concentrado, que parte de las ideas austriacas para el establecimiento del Tribunal Constitucional

3.2.2.1 Sistema de control difuso o Modelo Americano

En la sección anterior se hizo una breve explicación de la filosofía que yace en el nacimiento de este modelo en la entonces joven república de los Estados Unidos de América. Ahora bien, la razón por la cual este sistema se conoce como *difuso* radica en la competencia que tienen los jueces y magistrados de todas las instancias del Poder Judicial para poder aplicar una norma constitucional concreta cuando detectan que ella es relevante para la resolución de un caso concreto que conocen. En ello radica la “revisión judicial” (*judicial review*) de la constitucionalidad particular del caso (Blume Fortini, 1996, págs. 130-131). Debido a la delimitación del control que ejerce el juez al confrontar las consecuencias de la aplicación de una norma legal frente a las garantías que ofrece la Constitución para un caso concreto, a pesar de que se pueda reconocer que la disposición de la ley es contraria a la norma constitucional, ello en lo absoluto implica una derogación de la primera; sino que se trata de una inaplicación excepcional.

3.2.2.1.1 Antecedentes

La responsabilidad del Poder Judicial en general para asumirse como el intérprete autorizado de la Constitución es justificada por MARSHALL (1803, págs. 177-180) al ponderarla mejor sobre la aplicación de una ley que aparentemente podría ser contraria a esta. En su raciocinio, esta es la voluntad popular primigenia que organiza el gobierno. Si se encuentra escrita, entonces establece de forma indubitable los límites de los departamentos del gobierno. A partir de tal punto, si se han otorgado para el Congreso determinadas competencias legislativas y; al Poder Judicial determinadas competencias para resolver controversias, dado que ambas instituciones proceden de la Constitución, deben cerciorarse de que los límites de tales competencias no sean transgredidos. Como es competencia y deber del juez interpretar *lo que es la ley* dentro del esquema de la separación de poderes; también es su deber honrar el cumplimiento de la Constitución que legitima su actuar. Cuando en su conocimiento encuentre situaciones en las que la aplicación de una norma legal se encuentre opuesta a una disposición constitucional, debe preferir esta última pues nunca ha de ignorar de dónde se origina su poder jurisdiccional. Con esta práctica, el juez confirma la superioridad de la norma constitucional por sobre la legal, la cual en tal conflicto se encuentra “repugnante y nula” (“*repugnant and void*”)

Es de interés notar cómo en el caso *Marbury* se ha mostrado cierta evolución del *Common Law* británico en su consideración para con *principios superiores* que se

encontrarían en el Derecho Natural desde el caso que interesó a Thomas Bonham contra el Colegio Médico de Londres (“*College of Physicians*”, 1610). FURNISH (1990, págs. 15-19) afirma que tal situación se produjo debido a que, pese a que el caso de Bonham no tuvo fuerza vinculante en Inglaterra; sí resultó de interés para los colonos norteamericanos su razonamiento para argumentar la limitación las prerrogativas reales, cuyo ejercicio precisamente motivó su emigración al Nuevo Mundo.

Un breve resumen del caso llevado por el *Chief Justice* de la Corte de Causas Comunes (“*Common Pleas Court*”), Sir Edward Coke: Bonham, médico graduado en Cambridge y doctorado en Oxford estaba ejerciendo práctica en Londres sin colegiatura. Por concesión (*Charter*) del parlamento inglés esta se había hecho obligatoria, a pesar de que la misma dependía de una institución con 24 agremiados exclusivos. Adicionalmente, otras leyes otorgaron facultad al *College* para que pueda multar y encarcelar a los transgresores de su normativa. Coke invocó liminalmente que Bonham, quien había sido apresado por orden de la demandada, solo debía haber sido multado; pues la competencia regia que había sido delegada en el gremio dividía la persecución de la práctica ilícita (sin licencia) respecto de la mala praxis, la cual sí merecía pena de cárcel. Además de tal consideración, argumentó por que la competencia del demandado para imponer multas pecuniarias a su favor sea dejada sin efecto por ser juez y parte:

*“[A]parece en nuestros libros, que en muchos casos, el derecho consuetudinario va a controlar los actos del parlamento, y a veces los declarará totalmente nulos: porque cuando un acto del parlamento va en contra del derecho y la razón comunes, o es repugnante o imposible de ejecutarse, el derecho consuetudinario lo controlará y declarará nulo dicho acto.”*⁹

El voto de Coke ha sido sujeto a comentarios desde distintas aristas de acuerdo con el enfoque que quiera dársele. Sin embargo, en lo que atañe al presente trabajo, se realizará un análisis constitucional del mismo. Históricamente, la frase arriba citada es referida como un

⁹ “[I]t appears in our books, that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void (...)”.

KURKLAND, Philip B. y LERNER, Ralph. *The founder's Constitution*. Chicago University Press y Liberty Fund. Amendment V. Documento 1. *Dr. Bonham's Case*. URL: https://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_processs1.html (Consultado el 13.09.2021)

primigenio origen de la revisión judicial de la legislación. No obstante, al ponerla en el contexto del S. XVII, ello resultaría contrario a la concepción de la supremacía parlamentaria que en la historia británica surgiría para aquella centuria marcada por la Guerra Civil (1642-1651), con los parlamentarios como triunfadores, y; por la Revolución Gloriosa (1688), en la que la Carta de Derechos (*Bill of Rights*, 1689) premia la gesta del Legislativo.

Sobre la materia, HELMHOLG (2009) ha esgrimido una solución para analizar el pensamiento de Coke. Se advierte que la posición del *Chief Justice* no es exclusiva de aquel caso. Mucho después, William Blackstone (1723-1780), jurista referente para John Marshall, también encontró controversia al afirmar en su obra “*Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*”¹⁰ que, por una parte: “*Ninguna ley parlamentaria tiene validez si esta es contraria a la ley natural*”; por otro lado: “*Ningún juez tiene el derecho a invalidar una ley del Parlamento porque contradice una ley fundamental*” (págs. 328-331) ¿Qué sentido hubo tomado Coke para emitir una sentencia de tal naturaleza sin desacreditar el rol y poder del Parlamento? En el lenguaje usado por esta, se invoca el derecho consuetudinario como parte del derecho natural. Con esta relación se trae a colación el inherente sentido de justicia que comparten las sociedades a través de los tiempos y que solo puede ser analizada mediante la razón y la observación de sus prácticas (págs. 332-334). Ello está fuertemente influido en lo que se conoce como el Derecho Natural.

Coke no fue original en la aplicación del brocardo: “*Nemo debet esse iudex in causa sua*”¹¹ como principio del debido proceso; pues para su época ya había sido recogido por el Derecho Romano y el Derecho Canónico. Su aporte fue considerar que tal principio era una práctica natural y razonable; por lo que debía primar por sobre lo que dicte el texto de la legislación, la cual, como mandato positivo, se encontraba sujeta a un mandato natural con categoría imperativa para alcanzar el adecuado sentido de justicia. Ello justificaría, sugiere HELMHOLG, el deber de objeción al que se acogen ciertos individuos para desacatar leyes que son manifiestamente antinaturales por encontrarlas injustas en su resultado (2009, págs. 335-345). Al afirmar Coke que el derecho consuetudinario declarará “*nulo*”, “*repugnante*” o “*imposible de ejecutar*” un mandato legal, no atribuiría tal inobservancia al rol y decisión del juez; sino a que, más allá del mismo como actor, existen principios que deben primar por sobre el poder del legislador sin desconocer su necesaria función de dar contenido racional

¹⁰ “*Commentaries on the Laws of England*” (1765-1770)

¹¹ “*Nadie debe ser el juez de su propia causa*”

a tales principios. Es en virtud de tales principios imperecederos que no puede ser puesta en práctica una legislación que le es ajena.

Retomando el caso Marbury, es apreciable que la filosofía del caso Bonham aun resonaba en los tiempos de Marshall. “Parece necesario reconocer ciertos principios, que supuestamente han sido de larga data y establecimiento, para decidir (sobre si una ley repulsiva a la constitución puede ser la Ley del país (“*Law of the Land*”))”¹² fue el raciocinio del norteamericano (Marshall, 1803, pág. 176). Ambos juristas creyeron que el juez debía tener presente la aplicación de tales principios para poder otorgar validez a la aplicación de una ley que, sometida a examen judicial, aspiraba a ser aceptada y reconocida como obligatoria a la luz de tal normativa superior. Claro está que MARSHALL (págs. 176-179) reconoce que en su praxis contaba con una constitución escrita que servía de parámetro interpretativo ya que esta es una recopilación de tal ley superior. Tal particularidad le otorga al juez un sustento a partir del cual puede observar la adecuación de sus fallos frente a tales principios recogidos. Cabe señalar que a diferencia del inglés, la jurisdicción de Marshall se encontraba amparada y desarrollada por el propio sistema constitucional americano; con lo que de este modo el juez sí tiene autoridad razonable para pronunciarse frente a los actos del Legislativo en aras de desarrollar la teoría de poderes ilustrada.

3.2.2.1.2 Características

Dentro de las principales limitaciones que FURNISH (1990, págs. 26-30) detecta en el modelo de *judicial review* se encuentran las siguientes:

- La validez constitucional será la última cuestión que debe considerar el juez respecto de una ley, pues se presume que toda ley es constitucional;
- Es necesario un caso concreto para poder poner a prueba la validez de una norma del Congreso
- La Corte Suprema, como última instancia, no puede intervenir en una discusión política;
- La Corte Suprema se reserva el derecho de no admitir un caso a su revisión de acuerdo a la competencia designada para su jurisdicción.

¹² “The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognise certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it”.

Por su diseño, la justicia constitucional se caracteriza por ser residual, subjetiva y subsidiaria. Lo primero es a causa de que la labor principal del juez - la resolución de una controversia- se reafirma el condicionamiento a que el límite del control constitucional sea en un caso concreto. Lo segundo, debido a que, al asumir el juez un papel de contralor, de cierta manera se coloca como una parte más en la controversia, interesándose en la defensa de la Constitución. Finalmente, este control es subsidiario pues se aplica a discreción del juez ya que solo incidentalmente podría advertir el conflicto contra la Constitución de una ley cuyo contenido resulte fundamental para la resolución del caso en el que está concentrado en atender (Quiroga León A. , 2002, pág. 492).

Dentro de las ventajas que se pueden detectar respecto de este sistema de control se encuentra la sistematización de la jurisprudencia constitucional, lo cual permite evaluar la evolución de su interpretación a través del tiempo, entendiéndola como un organismo vivo. Ello otorga al sistema judicial una función resolutoria (*Settlement function*) que garantiza estabilidad en lo que debe entenderse desde la Constitución y limita las arbitrariedades de los órganos estatales o de la propia población para moldear el poder a su antojo (Álvarez Ugarte, 2012, págs. 75-79). El Poder Judicial en su conjunto detenta el poder de interpretación de la Constitución cuando esta no es clara; por lo que es deber de las autoridades y de la población en general acatar tales fallos. Por la composición del Poder Judicial en jueces con distintos perfiles profesionales y valores necesariamente existirán distintas interpretaciones en su interior; pero ello es corregido por el funcionamiento de sus distintas sedes o instancias, donde la Corte Suprema, funcionalmente, ocupa el lugar del intérprete final y supremo. De esta forma, se solucionan los problemas de coordinación que surgirían si todos los funcionarios públicos tuviesen igual preponderancia sobre la interpretación de la Constitución, teoría que se conoce como “*departamentalista*” (Alexander & Frederich, 1997)

El argumento central de este modelo se sustenta en el siguiente fundamento del caso *Marbury*, mediante el cual se esgrimió que no hay puerto intermedio sobre la relación entre Ley y Constitución: “*o bien la constitución es una ley suprema, inalterable por medios ordinarios o; tiene un nivel ordinario a cualquier otra ley y, como tal, puede ser alterada cuando el Congreso así lo considere*”¹³. Con estas palabras, MARSHALL

¹³ “*Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it*”. Marshal, J. Supreme Court of the United States (1803)

(1803, pág. 178) pretendía justificar su sola existencia y supremacía como instrumento de obligatoria observación. Es especialmente imposible ignorar la existencia de los preceptos constitucionales cuando esta se encuentra redactada; pues el establecimiento y legitimación de la actuación tanto del Congreso como del Poder Judicial se encuentran recogidos explícitamente en esta.

3.2.2.2 Sistema de control preventivo o Modelo Francés

A continuación, se desarrollará el modelo de control constitucional de índole preventivo de acuerdo al funcionamiento del Consejo Constitucional francés (*Conseil Constitutionnel*). A través de este se pretende racionalizar la producción legislativa parlamentaria de forma tal que la fórmula política de la Constitución no se vea alterada por la normativa ordinaria. Su auge se debe a la presencia de un Poder Ejecutivo empoderado bajo la cabeza del Presidente francés Charles de Gaulle, quien buscaba garantizar la fórmula de la Carta constitucional francesa de 1958 (Verdugo R., 2010).

3.2.2.2.1 Antecedentes

CARPENTIER (2009, págs. 30-38) divide la historia constitucional francesa en las siguientes etapas, que coinciden con el establecimiento de los cinco espacios republicanos:

- i) **El “primer sueño de las libertades”** (1792 – 1848)
- ii) **El despertar de las libertades** (1848 – 1852)
- iii) **El “segundo sueño de las libertades”** (1852 – 1870)
- iv) **La verdadera consagración de las libertades** (1870 – 1958)
- v) **La actualidad** (1958 – al presente)

La primera etapa se ve fuertemente influida por las ideas de las revoluciones liberales en el tardío S. XVIII acerca de la primacía de la voluntad popular para poder dictarse a sí mismas las leyes supremas que gobiernan a la sociedad. Su teoría consiste en la confianza que se deposita a un órgano deliberativo el control de la constitucionalidad de forma previa a la aprobación de una norma. Ello se manifiesta por el ejercicio de un control preventivo antes de la introducción de un nuevo instrumento legal al sistema jurídico (Blume Fortini, 1996, págs. 133-134).

U.S. Reports: Marbury v. Madison, 5. US, 1 Cranch 137. Recuperado de Library of the Congress. <https://www.loc.gov/item/usrep005137>

Los conceptos y consignas que dieron germen a la revolución de la Primera República (1789 -1800), como la “*libertad*”, “*igualdad*” o la soberanía popular (“*fraternidad*”) se plasman y conservan en la Constitución histórica francesa bajo un aspecto asambleísta y adverso al control judicial vinculado al *ancien régime* (Cervantes, 1996, págs. 371-372). HURTADO MARTINEZ (2012, págs. 713-715) expone un argumento cultural para esta inclinación refiriendo el trabajo de Zagrebelsky: mientras que para el derecho anglosajón se erige la función de la Constitución como el límite al poder formal del gobierno por medio de aquello que está explícitamente contemplado en esta¹⁴; en el derecho continental la Constitución ampara a favor del individuo todo aquello que la ley no prohíbe¹⁵. Bajo tales premisas, el pensamiento norteamericano delegaba su poder al soberano y lo limitaba mediante la Constitución; mientras que en la concepción francesa, este era entregado a la Asamblea Nacional, que idealmente se autocontrolaba como órgano legislativo en el marco constitucional.

Debe reconocerse la importancia legislativa que significaron instrumentos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (“DDHC”) y la Constitución del Año I (Carpentier, 2009, pág. 31). La primera sentó las bases para reconocer, al igual a como lo había hecho la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, los hombres tienen derechos naturales e imprescriptibles que les asisten (**Derechos del Hombre**); que como miembros de la sociedad tienen derecho a participar en la formación de la ley y en el empleo público (**Derechos del Ciudadano**) y; que el gobierno debe regirse por el principio de separación de poderes (**Principios de Organización política**). A su turno, la segunda estableció los mecanismos de democracia directa y equipara al mismo nivel a la libertad con la igualdad. No obstante el idealismo que inspiró la redacción de estos textos, nunca pudieron ser aplicados debido al clima político y social de fines del S. XVIII e inicios del XIX.

Estos primeros avances en la conciencia constitucional, sumados al escepticismo hacia el poder de los jueces, hizo que se adoptara en el fin del siglo un dualismo jurisdiccional: el Tribunal de Casación (hoy: Corte de Casación - 1790) será la máxima instancia judicial para

¹⁴IX Enmienda de la Constitución de los EE. UU., contenida en la Carta de Derechos (*Bill of Rights*- 1789): “*La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse para denegar o menospreciar otros (derechos) que retiene el pueblo*”. Traducción del inglés propia

¹⁵ Artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “*La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene*”. Traducción del francés propia.

el derecho común; mientras que el *Conseil d'État* (Consejo de Estado - 1799) será la máxima instancia administrativa. La creación de esta última institución radica en su consideración como necesaria para la protección de los derechos y libertades de los individuos frente a los actos de la administración pública (distinto al pleito entre ciudadanos).

En lo que respecta al control de la observancia de la Constitución, *El Terror* (1793-1794) propuso que se conforme un *jurado constitucional* formado por exparlamentarios para anular los actos contrarios a la Norma Fundamental; servir de consejería en esta materia y; realizar retroalimentación sobre los vacíos jurídicos como parte de la jurisdicción natural (Carpentier, 2009, págs. 38-39). A pesar de no llegarse a implementar tal jurado, la debida observancia a los preceptos constitucionales fue encargada a un órgano político como el Senado por los regímenes bonapartistas. El Senado estaba empoderado para interpretar el articulado constitucional mediante un Senado Consulto a instancias del gobierno. Tanto los senadores como los miembros del Ejecutivo eran nombrados por ambos Bonaparte (en sus etapas republicanas) o sus aliados. Ya plantadas las semillas del Primer Imperio, los instrumentos que apagaron las aspiraciones de la Primera República fueron la Constitución del Año III (1795), mediante la cual se establece el Directorio y; las Ordenanzas de Julio (1830), que eliminaron, entre otros, el derecho a voto para los obreros (situación que costaría caro al *Rey de los Franceses*, Luis Felipe de Orléans).

Una nueva etapa llegaría de la mano de la *Primavera de los Pueblos* (1848). Esta trajo consigo una Constitución que restableció la soberanía nacional y el principio de separación de poderes. La Segunda República reconoció la existencia de *derechos anteriores y superiores a las leyes positivas*¹⁶. El objetivo del Estado ya no radica en la conservación de los derechos del hombre; sino en asegurar que el reparto de las cargas y beneficios se realice por igual para la sociedad. CARPENTIER (2009, pág. 32) anota que, producto de la época, aparecen los derechos colectivos por primera vez en la Historia. Ello resulta contrario a los intereses de la burguesía ya consolidada tras haber desplazado a la nobleza como clase política dominante. Al mismo tiempo, allana el camino para el Presidente Luis Napoleón Bonaparte (1848-1852), futuro Napoleón III (1852-1870).

¹⁶ Preámbulo de la Constitución del 04.11.1848: “*En presencia de Dios y en nombre del Pueblo francés, la Asamblea Nacional proclama: (...) III.- Reconoce los derechos y los deberes anteriores y superiores a leyes positivas*”. Traducción del francés propia

El autogolpe de Estado que permitió el establecimiento de un Segundo Imperio, a pesar de la contrariedad de las disposiciones constitucionales entonces vigentes sobre la claridad e inmutabilidad de la forma republicana, significó otro intermedio en la defensa de los derechos y libertades. Pese a que la Constitución de 1852 reconocía los principios proclamados en 1789 como antecedentes del derecho público francés, el Senado conservador se arrogó la facultad de proteger la observancia de las disposiciones constitucionales. No obstante, esta posición solo incrementa más el rol constitucional del emperador (Carpentier, 2009, págs. 32-33).

Bajo el Segundo Imperio, Napoleón III debilitó el poder senatorial como contralor constitucional. Las principales limitaciones que se establecieron fueron la oposición a la constitucionalidad de las leyes que guarden determinada temática¹⁷ y aumentar su dependencia ante el Poder Ejecutivo que a su turno era económicamente dependiente del Emperador. CARPENTIER (2009, págs. 39-40) considera, con propiedad, que, más que un verdadero guardián, el Senado se convirtió en un colaborador o “mesa de partes” (“*Rubber Stamp*”, como dirían los norteamericanos) del Ejecutivo: el último debía convocar al primero para su funcionamiento; pese a que el primero tenía poder para anular los actos del último.

La transición al S. XX, a partir de la Guerra Franco – Prusiana (1870- 1871) y encajonada por las guerras mundiales (1914-1918 / 1939-1945), no fue nada fácil para la Tercera República (1870-1940). La *Belle Époque* (1871-1914) efectivamente vio restaurada la forma republicana de gobierno; pero con ambigüedades y silencios en cuanto a la protección de las libertades públicas, producto de los compromisos cedidos por la facción monarquista. En este contexto, el Consejo de Estado gana mayor independencia como protector de las libertades frente al ejercicio del poder administrativo del Estado. (Carpentier, 2009, pág. 33). Esta falta de firmeza dio cabida a los extremismos de ambos lados del espectro político hasta el punto en que la Asamblea Nacional se disuelve a sí misma para fortalecer al mariscal

¹⁷ El Senado consulto solo tenía competencia temática en la evaluación de leyes que pudieran ser contrarias a la religión, a la moral, a la libertad de cultos, a la libertad individual, a la igualdad ante la ley y a la inviolabilidad de domicilios.

Pétain como Jefe de Estado de un régimen colectivista¹⁸ ¹⁹en el marco de la ocupación alemana.

La formación de la Cuarta República tras la victoria aliada dio paso a una nueva Francia en la que una Asamblea Constitucional (1946) se encargó de recuperar las libertades abolidas bajo el reconocimiento de tres tipos de derechos (Carpentier, 2009, pág. 34): los de la DDHC; los *principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestros tiempos* y; los *reconocidos por las leyes de la República*. Para garantizar la efectividad de la Constitución de la posguerra, se creó un Comité Constitucional compuesto por 13 miembros a ser nombrados entre los distintos actores políticos: 1 de ellos era nombrado por el Presidente de la República; 2, por los respectivos Presidentes de ambas cámaras legislativas y; 10, directamente por los miembros de ambas cámaras. Sus competencias se encontraban circunscritas al control preventivo de las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional antes de su publicación. El parámetro de constitucionalidad bajo el que operaba el examen del comité versaba sobre la revisión del procedimiento legislativo adoptado entorno a las leyes relativas a la organización del Estado, de forma tal que no se realice una modificación sustantiva que fuera meritoria de una ley de reforma constitucional mediante la legislación ordinaria. Por esta específica limitación, solo tuvo 1 pronunciamiento en sus 12 años de funcionamiento (Carpentier, 2009, págs. 40-41).

La crisis de Argelia (1954-1962), departamento de ultramar en los años de 1950, pudo desestabilizar el orden constitucional. En ambos lados del Mediterráneo se volvieron obligatorios los regímenes de excepción y el aumento de los poderes estatales en aras de la tranquilidad pública. A pesar de ello, la conmoción social aunada por el mal manejo del gobierno central ante el movimiento independentista argelino dio lugar a un golpe de Estado que precedió a la instalación de la Quinta República con el general De Gaulle a la cabeza.

¹⁸ CARPENTIER, E. (2009) hace una interesante analogía al detectar que el carácter colectivista y cristiano del Régimen de Vichy reemplazó el lema tradicional de “Libertad, Igualdad, Fraternidad” por “Trabajo, Familia, Patria”. Ello enfatiza el cambio de relación entre el individuo y el Estado.

¹⁹ El propio Pétain manifestó que: “*Cuando nuestros jóvenes se acerquen a la vida adulta, les diremos que la libertad real no puede ejercerse excepto bajo el amparo de una autoridad rectora, que deben respetar que deben obedecer. Luego les diremos que la igualdad debe establecerse dentro del marco de una jerarquía, fundada en la diversidad de cargos y méritos. Finalmente, les diremos que no hay forma de tener una verdadera fraternidad, excepto dentro de esos grupos naturales, la familia, la ciudad, la patria.*” Traducción del francés propia.

PÉTAINE, P. (1940). *La Politique Social de l'avenir*. En *Revue Des Deux Mondes (1829-1971)*. 59(2), 113-117 <http://www.jstor.org/stable/44846038> (Consultado el 18.11.2021)

A partir de la Constitución de la Quinta República se consolida el bloque de constitucionalidad francés al hacer referencia en su preámbulo a la DDHC - 1789, a aquel de la Constitución de 1946 y; desde 2005, a la Carta Constitucional del Ambiente (2004). Además, la competencia de la protección de los derechos y libertades fundamentales se extiende también hacia autoridades no judiciales, como las Instituciones Administrativas Independientes (*Autorités Administratives Indépendantes* – “AAI”). Si bien tales entidades son recientes, su noción encuentra raíces en el pensamiento de Benjamín Constant, quien estimaba que la Administración Pública no debería tener vínculos con el Poder Ejecutivo propiamente dicho (Carpentier, 2009, pág. 35). Las AAI. Al igual que las *agencies* anglosajonas, están destinadas a garantizar la independencia política y la resolución técnica de las decisiones que adoptan en sectores de su competencia, que a su turno pueden ser sensibles en la sociedad, como es el caso de las telecomunicaciones (Carpentier, 2009, pág. 35).

Si bien lo anteriormente expuesto implica un avance adecuado para garantizar la plena vigencia de la Constitución de 1958, el Consejo Constitucional también cumple un rol pertinente como garante a la obediencia del Estado de Derecho Constitucional. Este se encuentra compuesto por 9 miembros nominados por tercios por los Presidentes de la República, del Senado y de los Diputados²⁰. El periodo de despacho es de 9 años no renovables. Esta configuración, según CARPENTIER (2009, págs. 41-42), se diferencia radicalmente con aquella realizada para los miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos; pues al legitimar a los Presidentes de las cámaras legislativas – y no a las cámaras mismas – se quita el trasfondo político del que adoleció el Comité de 1946. Además, mientras que en el sistema americano la designación se realiza de forma vitalicia y por iniciativa del Presidente de la República, en el francés, la participación de los titulares de ambas cámaras legislativas garantiza la imparcialidad del Consejo para evitar el incremento del poder presidencial.

3.2.2.2.2 Características

En lo que respecta al control de constitucionalidad, no solamente se limita a las normas vigentes en el sistema jurídico. El rol del Consejo Constitucional francés también recoge el control preventivo de las normas y la consulta mediante la cuestión prioritaria de constitucionalidad. En el primer aspecto, se realiza un análisis abstracto, por supuesto, sobre

²⁰ Además, los ex Presidentes de la República son miembros vitalicios por derecho propio.

aquellos proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional cuya constitucionalidad haya sido cuestionada antes de su publicación para entrar en vigor (Quiroga León A. , 2012).

El modelo de control preventivo posee características particulares en cuanto al ámbito de función, la finalidad de su diseño y los aportes que realiza al ordenamiento jurídico hacia el cual se dirige. Este se encuentra estrechamente vinculado con el *iter legislativo* donde los legisladores representan diversas facciones de la sociedad que acceden al poder por medio del sistema de partidos. De ese modo, las críticas que se construyen en torno a tal sistema de control tienden a realizarse desde el escepticismo acerca de la posible politización que se pudiera realizar en el procedimiento de producción normativa, pese a que en principio tal no es su propósito (Verdugo R., 2010).

Como característica principal se tiene que el objeto del control de la corte constitucional consiste en una ley aprobada pero sin vigencia para el orden jurídico. En ese sentido, este último sería indiferente sobre su existencia al no tener efecto alguno; no obstante sí le importa que en su producción no se hayan vulnerado elementos de validez que permitan que se introduzca en el ordenamiento una norma que altere la fórmula orgánica de la Constitución. De esta manera, el contralor se encarga de velar por que en el proceso legislativo se hayan cumplido con el quórum y la temática requerida para no alterar, mediante la ley ordinaria, una Ley Orgánica Constitucional (Verdugo R., 2010).

Considerando lo anterior, surge la siguiente pregunta: ¿Si el objeto del control preventivo no es una norma jurídica y este se produce como parte del funcionamiento ordinario del Poder Legislativo, por qué no se trataría de un control de tipo político? ¿Qué lo hace conforme a derecho? Ante ello, el profesor chileno VERDUGO (2010), férreo crítico del sistema que recogía su país en la Constitución de 1980, reconoce que sí se ejerce un control conforme a Derecho. Menciona que ello se debe a que: i) No se pretende condicionar al legislador la fórmula de fondo de la ley; ii) Se emplean métodos jurídicos para realizar el control y; iii) Se debe tomar una decisión con sujeción al derecho y no por cálculo político. En lo que difiere aquel autor consiste en el reconocimiento de naturaleza jurisdiccional que se le atribuye al Tribunal Constitucional cuando realiza tal control.

Mediante el establecimiento de un control preventivo al producto parlamentario se garantiza que los legisladores observen las normas relativas a quórum y mayorías necesarias para modificar la normativa que entraría a tallar en materia de la legislación constitucional.

Este procedimiento es una herramienta útil con las que cuentan las bancadas minoritarias para poder participar como contrapeso a la decisión mayoritaria cuando estas impulsan el control preventivo facultativo. El monopolio de la última palabra sobre el sentido de la Constitución, para los teóricos políticos, no debería condicionar lo que es la Constitución; sino en qué debería convertirse en el tiempo por virtud de lo que representa una voluntad social mayoritaria. Debido a que la Constitución es más que una norma también debería considerar a las convenciones constitucionales (Goldoni, 2015, págs. 90-98).

Dos de los principales efectos prácticos que genera el control preventivo se pueden englobar en que: i) Evita los “*efectos traumáticos*” de la anulación de la ley aplicada mediante el control represivo (ex post) y; fortalece el principio de igualdad ante la ley (Verdugo R., 2010). Lo primero se logra debido a que, al no haber sido objeto de examen una ley vigente, de declararse inconstitucional no se producirán vacíos normativos, terceros afectados ni procesos judiciales que se produzcan a consecuencia de la sustracción normativa. En cuanto a lo segundo, es consecuencia de que, al realizarse el control en torno de la norma en abstracto sin ningún caso que lo haya motivado más que la activación de un mandato constitucional dentro de la producción legislativa, la norma es evaluada sin considerar la casuística. No obstante, debe advertirse que debido a tal particularidad, el contralor constitucional no puede prevenir los efectos prácticos de la norma que podría ser declarada constitucional al no poseer estudio sobre los hechos que podrían haber resaltado la confrontación de los efectos normativos contra la Constitución.

3.2.2.3 Sistema de control concentrado o Modelo Europeo

El control parlamentario idealmente garantizaría cierta legitimidad popular mediante el pronunciamiento de un órgano originario del voto popular pero ¿por qué no es el Poder Legislativo el principal contralor de la Constitución? Una teoría que se puede ensayar consiste en la “*desconfianza del legislador*” (Morales Godo, 2000, pág. 67).

3.2.2.3.1 Antecedentes

En primer lugar, si a la figura del juez se le asociaba cierto prejuicio asociativo a los parlamentos judiciales del absolutismo o se le veía como un servicio público más que como un verdadero poder capaz de controlar al Legislativo y Ejecutivo; a la larga, el legislador se vio asociado por la emisión de normativa que contradecía lo dispuesto por la Constitución, la que, recapitulamos, se consideraba más como un texto lírico y de proyección social que como una verdadera norma de carácter obligatorio. El punto de quiebre que perjudicó la

figura del Poder Legislativo tuvo que ver con su influencia en los regímenes autoritarios que abundaron en Europa de principios del S. XX y que se mantuvieron en Latinoamérica hasta mediados del mismo.

El mundo Occidental pudo apreciar las más graves y horribles violaciones a los derechos políticos y libertades individuales (llegando a vulnerar ámbitos que en la segunda mitad del siglo se reconocerían como “Derechos Humanos”). Si bien en su cenit toda dictadura aborrece y prescinde de las instituciones democráticas, en sus primeras fases sí se vieron apoyadas por el poder otorgado en forma de curules parlamentarias, que emitía normativa favorable a planes que dieron luz a los totalitarismos, como ocurrió en Alemania²¹ e Italia²². América Latina tampoco estuvo exenta de dictaduras nacidas y amparadas en el Congreso²³. En términos generales, se pudo apreciar cómo el legislador se podía convertir en una amenaza para la libertad si tenía poder irrestricto sobre sus actos (Cervantes, 1996, pág. 358). Es por esta razón que considero que los Tribunales Constitucionales cobraron especial relevancia en la segunda mitad del siglo pasado, relegando el modelo de control parlamentario.

En contrapartida al Modelo Americano, aquel que fue ideado en la Austria de inicios del S. XX se caracteriza por el monopolio de una sola Corte respecto del control de la constitucionalidad en abstracto. De acuerdo con PALOMINO MANCHEGO (2017, págs. 645-655), la razón por la que un tribunal concentra el poder especializado de control de la constitucionalidad se encuentra en la propia concepción de kelseniana sobre la posición de

²¹ Considérese la “Ley para el remedio de las necesidades del Pueblo y del Reich” (“*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*”, conocida simplemente como: “Ley habilitante de 1933” – 24.03.1933), mediante la cual ambas cámaras del Legislativo alemán (*Reichstag* y *Reichrat*) le daban carácter constitucional a la normativa que unilateralmente emita el gobierno nazi (y solo para tal partido de gobierno, según el artículo 5), aun si tales decretos (no eran leyes) son contrarios en forma y/o fondo a lo ya dispuesto en la constitución del Reich.

²² Por ejemplo, en las “Disposiciones para la defensa del Estado (Ley No. 2008, “*Provvedimenti per la difesa dello Stato*” - 06.12.1926) se disponían penas e inhabilitaciones para quienes participasen en actividades opuestas al gobierno fascista. Incluso la pertenencia a una organización, asociación o partido estaba prohibida por ley; a pesar de que los artículos 24º y 32º del Estatuto Albertino (la constitución del Reino de Italia desde 1861 hasta 1947) permitían la libre participación política y reconocían el derecho de libertad de asociación.

²³ Por mencionar algunas: Getulio Vargas (Brasil), Carlos Arroyo del Río (Ecuador), Gustavo Rojas Pinilla (Colombia) o; Augusto Leguía Salcedo (Perú). Estas dictaduras se caracterizan porque el apoyo parlamentario (después de disolver la legislatura anterior y/o reemplazarla por otra con mayoría partidaria) facilitó que el gobernante pueda aumentar sus poderes sustentándose en reformas parciales o totales de la Constitución acompañada de legislación ordinaria hecha a su medida. Ver: VALENCIA GRAJALES, J.F. y MARÍN GALEANO, M.S. (2016). *Elementos que describen una dictadura en América Latina*. En *Revista Kavilando*. 8(1). 43-56

la Constitución como primera norma del sistema jurídico. Si esta ha de ser suprema, la verificación de su validez no debería haber sido dejada para un análisis de caso por caso en espera de una confrontación frente a una norma legal; sino que, para que sea válida por siempre y en todos los casos, su control debe ser ajeno a la actividad que se desarrolla en un juzgado o tribunal ordinario.

3.2.2.3.2 Características

Si bien Kelsen se inspiró en el principio de supremacía constitucional desarrollado por la revisión judicial que, para su época ya se aplicaba por más de un siglo en Norteamérica, consideró que la mejor forma de garantizar la defensa de la Constitución era posible a través de un órgano que fuese ajeno e independiente a su proceso de conformación y/o modificación; por lo que optó por apartarse de las bases del clásico pensamiento europeo sobre la supremacía parlamentaria. No obstante, tampoco parecía ser tan radical en su posición; pues tampoco optó por otorgarle nuevas facultades al Poder Judicial. Con el diseño del Tribunal Constitucional que aplicó para la Constitución de Austria (1920) estableció un órgano jurisdiccional complementario al Poder Judicial (Cervantes, 1996, pág. 358). Conforme se expuso en el párrafo anterior, los magistrados judiciales, desde la óptica kelseniana, no podían corroborar la validación de una norma contra la Constitución en un sentido abstracto. Solo podían conocer la validez de una norma legal respecto de una norma suprema en los procesos que conocían. Por ello, el Tribunal Constitucional era el órgano ideado como de consulta vinculante en caso de que el criterio de conciencia del juez detecte indicios que puedan cuestionar la validez de la norma a ser aplicada para su caso concreto²⁴.

GARCÍA BELAUNDE (1992, pág. 162) resume sus principales características como el de ser un sistema de control concentrado, abstracto y derogatorio.

- Como se adelantó, la jurisdicción es ejercida por un órgano especializado para estos efectos. Orgánicamente este se encuentra separado de la jerarquía del Poder Judicial formalmente constituido, los cuales siguen teniendo jurisdicción y competencias suficientes para poder resolver problemas concretos. En este

²⁴ Constitución austríaca de 1920. Artículo 89. Numeral 2. “Si un Tribunal concibe objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de algún decreto deberá interponer, ante el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), la súplica de que se anule dicho decreto. Si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de anulación de dicha ley”.

sistema, si un juez encuentra que la aplicación de una ley se encuentra en conflicto con lo dispuesto por la Constitución, deriva la controversia como consulta ante el Tribunal Constitucional, quien deberá pronunciarse en términos generales sobre el conflicto aparente por la existencia de la ley observada.

- El análisis se realiza de forma abstracta, de puro derecho, puesto que el objeto del pronunciamiento del tribunal no se encuentra vinculado a un caso en específico; sino sobre el análisis de validez de una norma infra constitucional dentro del espacio jurídico que permite la Constitución. El efecto de la sentencia no es *inter-partes*; sino, *erga omnes*. Tan importante es la cuestión del análisis de la norma frente al sistema constitucional que, incluso cuando esta es derogada cuando el tribunal aún no se ha pronunciado, debe emitirse un fallo conteniendo el análisis de los efectos de tal norma para evitar en futuros casos la eventual violación de derechos constitucionales que una norma similar pueda ocasionar (Palomino Manchego J. F., 2017, pág. 654).
- El control del tribunal le permite tener potestad derogatoria para poder depurar del sistema jurídico normas cuya existencia pondrían en tela de juicio la primacía de la Constitución. De optarse por la derogación de la norma contraria a la Constitución, esta se realizará con efectos posteriores a la de tal declaración, para evitar la creación de lagunas jurídicas, conforme se expondrá más adelante en el presente trabajo.

Se puede afirmar que la experiencia y percepción de los tribunales constitucionales europeos sido influida en parte por su ubicación dentro del sistema de justicia constitucional. Mientras que en el mundo germano (Austria y Alemania), este se ubica como parte propia del Poder Judicial; en el mundo latino (con excepción de Francia), este tiene la naturaleza de un organismo constitucional autónomo independiente de aquel poder del Estado. Cuando el Tribunal Constitucional se encuentra recogido por el Poder Judicial, este se ubica dentro de la concepción de la triada prevista por la teoría de la división de poderes. Sin embargo, cuando no forma parte de un tribunal judicial; algunos autores como Sagües y García de Entreríos lo han considerado como un “Cuarto Poder” o “Super poder” (Cervantes, 1996, págs. 377- 383). Ello se debe a que, para contar con las facultades suficientes para preservar

el orden constitucional, el texto fundamental le otorga poder suficiente para estar al mismo nivel de interacción con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

4. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL PERUANO

4.1 Germen del control constitucional peruano

La Historia del constitucionalismo peruano, al igual que gran parte de sus pares latinoamericanos, adolece de haber tenido abundantes textos constitucionales, los cuales no necesariamente fueron cambiados por la superioridad de normas y nuevos principios; sino por el desarrollo sobre la marcha del proyecto de Estado-Nación. BLUME FORTINI (1996, págs. 136-138) rescata la mayor estabilidad que han tenido las constituciones europeas respecto de sus pares americanas. Si bien el constitucionalismo europeo fue la obra final de la Ilustración, este estuvo nutrido por los atisbos que habían causado la conmoción necesaria a lo largo de las continuas guerras de los S. XVI al XVIII.

La Nación, como las alianzas políticas de los reyes, se pensó en el Viejo Mundo en términos de puntuales de etnia, origen del poder (primero en Dios, cuyo credo apoyaba el monarca; luego, en el pueblo), la historia regional y la cultura común. Ello marcó claras diferencias en rivalidades y/o uniones estratégicas como entre reinos católicos vs. reinos protestantes; cultura latina vs. cultura germana; España vs. Inglaterra, por establecer algunos ejemplos. En cambio, la Nación hispanoamericana tuvo que ser construida sobre la marcha debido a la ausencia de amenazas externas y relativa homogeneidad.

Puntualmente podemos ubicar los primeros intentos de rescatar un espíritu netamente americanista surgen en el tardío S. XVIII e impulsadas por el rechazo general a la nueva forma de gobierno llevada a cabo por Carlos III (1759-1788) y sus sucesores, periodo que se conoce como de las Reformas Borbónicas. Como *prócer* del constitucionalismo americano podemos ubicar a Juan Pablo Viscardo y Guzmán²⁵, quien pretendió rescatar cierta identidad continental vistos los 3 siglos que separan el desarrollo económico y cultural de una patria netamente europea (España) y otra, americana. Considérese que una noción de “*pueblo*” formulada de forma abierta y abstracta difícilmente puede generar consensos a la hora de debatir la agenda pública (Álvarez Ugarte, 2012, págs. 98-100). Tal ha sido la palestra, la *tabula rasa*, sobre la cual los países latinoamericanos pretendieron ser construidos: un

²⁵ “*Carta a los españoles americanos por uno de sus compatriotas*” en *Araucaria: Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*. Núm. 17 (2007) p.329-334. <http://bit.ly/3JyKoOF>. Consultado el 18.08.2021

escenario donde sin la hegemonía del poder español distintas clases sociales, etnias e intereses buscaron llenar tal vacío. Si una Constitución liberal recoge aspiraciones y los valores que la sociedad se impone a sí misma para gobernarse; no es de sorprender que ante la inexperiencia del debate constituyente, estas cambiasen de acuerdo con los vaivenes del poder político. No hay modelo de control que garantice mejores o superiores resultados en el éxito o desarrollo de un país a partir de su Constitución; sino que es única garantía de la plena vigencia de esta que se produzcan encuentros entre la sociedad civil y el Estado formalmente constituido; el intérprete será quien tienda ese puente a su mejor criterio (Blume Fortini, 1996, pág. 137).

Por lo expuesto en las líneas precedentes, como el proceso por definir una Constitución material ha sido accidentado debido a los vaivenes del poder en el naciente país, el control de la norma fundamental de la Nación recayó en manos de un órgano altamente político por excelencia, como lo es el Congreso de la República. Se puede considerar como preámbulo de tal situación el hecho que la Constitución Gaditana (1812), la primera en ser promulgada para todo el dominio español en ambos hemisferios haya delegado a las Cortes Generales el deber de atender los reclamos ciudadanos sobre las alegadas violaciones a la Constitución. Sus artículos 372° y 373° prescriben que:

“Artículo 372°.- Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones a la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubiesen contravenido á ella.”

Artículo 373°.- Todo español tiene derecho a representar á las Cortes ó al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.”

Inicialmente, como parte de los actos simbólicos de independencia política y soberanía que debía asumir nuestro naciente Estado respecto de las instituciones españolas en general y gaditanas en particular²⁶, don José de San Martín propuso que, si bien los proyectos de los

²⁶ Proclama de San Martín a los peruanos en Pisco (08.09.1820): “La América no puede contemplar la Constitución de las Cortes sino como un medio fraudulento de mantener en ella el sistema colonial, que es imposible conservar más tiempo por la fuerza. Si éste no hubiese sido el designio de los españoles, habrían establecido el derecho representativo de la América sobre las mismas bases que el de la Península, y por lo menos sería igual el número de diputados que nombrase aquélla cuando no fuese mayor, como lo exige la masa de su población comparada con la de España”.

poderes Ejecutivo y Legislativo deberían ser sujetos de debate, el Judiciario o Judicial debía erigirse como prioridad en aras de mantener un clima de estabilidad jurídica y política en la medida que el curso de la revolución lo permitiera (Ramos Nuñez, 2011). Así, el Poder Judicial es el primero de los tres poderes del Estado Peruano en ser formado de forma independiente con el establecimiento de la Alta Cámara de Justicia²⁷. Sus funciones abarcaban tanto los ámbitos administrativos, procesal y orgánicos; pero RAMOS NÚÑEZ (2011, págs. 170-171) destaca las siguientes funciones que el Reglamento de los Tribunales le otorgaba a la Alta Cámara de Justicia como parte de su rol constitucional para la joven Nación:

- a) Resolver, si el Gobierno Supremo le requiriese en consulta, sobre la aplicación de la normativa expedida (estatutos, decretos y reglamentos);
- b) Preparar la terna de vacantes en los Juzgados de Derechos y en la Alta Cámara, cuyo nombramiento corresponde al gobierno;
- c) Conocer las causas de investigación política o criminal contra los Ministros, los Consejeros de Estado y los magistrados de la Alta Cámara de Justicia
- d) Deliberar sobre los casos de *interés del Estado* que el Gobierno le remita por medio del Consejo de Estado;
- e) Resolver los conflictos competenciales entre los juzgados y tribunales inferiores.

Algunas de las funciones arriba mencionadas pueden resultarnos familiares por analogía a los juristas con 2 siglos de posterioridad. El fondo de estas consistía en la garantía del Principio de Separación de Poderes, del cual San Martín era un confeso defensor, de modo tal que el rol político y militar del Generalísimo Protector del Perú no pudiera perturbar el criterio de las decisiones que pudiese tomar en el curso de su administración (Ramos Nuñez, 2011, págs. 162-174). No obstante, debido al carácter transitorio de la etapa sanmartiniana de la emancipación compelió al Protector dejar las bases constitucionales para que el pueblo peruano (los departamentos libres) pueda tener un debate definitivo sobre la forma de gobierno que quisiera asumir y; a la preminencia del Congreso de la República en el

PONS MUZZO, Gustavo. (1999) *Las Conferencias de Miraflores y de Punchauca y su influencia en la conducción de la Guerra de la Independencia en el Perú*. en: Revista Sanmartiniana. Instituto Sanmartiniano del Perú. p. 9-10.

²⁷ Decreto del 04 de agosto de 1821, que inicia formalmente la etapa interina del "Protectorado del Perú".

quehacer público desde su conformación en 1822, los poderes de control de la Alta Cámara fueron reducidos a favor del rol político de un recién estrenado Poder Legislativo.

Si bien la Suprema Corte del renovado Poder Judicial conservó facultades de administración de justicia contra empleados públicos y los Ministros de Estado, además de ser órgano de consulta sobre el sentido de la ley²⁸ se estableció que el Congreso sea el intérprete final al cual el Judicial se dirige para resolver tal consultar el sentido de la norma²⁹.

Con tal antecedente, se tiene que ocho de las nueve Constituciones del primer centenario de República delegaron al Poder Legislativo, representante directo de la voluntad popular, el control político de la norma fundacional³⁰ ¿Cómo llegamos, entonces, a delegar la función de control a los jueces del Poder Judicial? ¿Por qué se dio paso al establecimiento de un Tribunal Constitucional?

4.2 El Control Difuso en la Constitución de 1856

El tipo de control previsto por la Constitución de 1856 ha sido una excepción en los primeros 100 años del constitucionalismo peruano. En su artículo 10 se señalaba:

“Artículo 10.- Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga á la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes.”

En las indagaciones que BLUME FORTINI (1996, pág. 142) ha realizado sobre la génesis de este artículo en el Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1860³¹ encargada de la reforma de la Constitución, rescata la intervención del congresista Manuel Antonio Arenas Merino. En primer lugar, el hecho que resalta consiste en que la Ley debe subordinarse a la Constitución, lo cual implica una relación de jerarquía normativa medio siglo antes de la teoría kelseniana. A continuación, ello implica que el Congreso puede producir normativa inconstitucional; por lo que si el Legislativo realiza el control de sus

²⁸ Constitución Política de la República Peruana (1823). Artículo 100, numeral 7

²⁹ Constitución Política de la República Peruana (1823). Artículo 60, numeral 1

³⁰ Constituciones de los años 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860 y 1920.

³¹ Asamblea en funciones desde el 14 de julio hasta el 15 de noviembre de 1860

propias normas, no habría límite a su poder. De esta forma se reitera la sujeción de la ley a la Constitución.

El precepto de que *es nula y sin efecto cualquier ley* necesariamente invita a que esta deba ser interpretada por un operador jurídico. Es cierto que el artículo 55³² conserva para el Congreso la capacidad de interpretar sus leyes; mas por lo mismo es adecuada la distinción jerárquica que se desprende del artículo 10 acotado: El Congreso puede interpretar sus propias leyes; pero cuando la ley se encuentre contraria a la Constitución, esta es nula. Tal operación puede ser detectada, especialmente, en el marco de un proceso judicial, donde la aplicación práctica de las leyes es puesta a prueba. Por supuesto, en aras de mantener el equilibrio de poderes, esto no otorga poder derogatorio general al fallo al juez particular que haya advertido la contrariedad de la norma legal; pues implicaría la subordinación de todo el Poder Legislativo al parecer de un juzgado o tribunal puntual. Ello reafirma lo difuso del sistema de control constitucional propuesto puntualmente en el texto de 1856.

A pesar de su reforma total y del silencio del debate constitucional del país para propiciar la reconstrucción tras la Guerra del Pacífico (1879-1884), la noción de la jurisdicción constitucional por los jueces fue echando raíces en el debate parlamentario. Nuevamente, gracias a la investigación de BLUME FORTINI (1996, págs. 142-149), nos trasladamos a las salas del Congreso del temprano S. XX y aterrizamos en las comisiones reformadoras del Código Civil (1923) y de la Constitución (1931 y 1933).

Se puede afirmar que la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, promulgado mediante Ley 8305, se inspiró en abiertamente en el control difuso de la Constitución. La Norma XXII de su Título Preliminar rezaba lo siguiente:

“Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.

Es apreciable que incorporar un precepto de esta naturaleza en un código sustantivo que operativiza el quehacer de los derechos y obligaciones más comunes de los ciudadanos resulta ser una herramienta puesta en las manos de los jueces que deben imponer justicia adhiriéndose a este tipo de código, sea de forma directa o suplementaria. Es explícita la preferencia que habrá de tener un juez por la norma constitucional cuando aquella de orden

³² “Artículo 55.- Son atribuciones del Congreso:

1. Dar, interpretar, modificar y derogar las leyes.”

legal le es contraria. Eventualmente se iba a poner énfasis literal en que este control correspondía a la Corte Suprema de la República, y así estuvo previsto también en el anteproyecto de reforma de la Constitución en 1931, cuya comisión estuvo presidida por Manuel Villarán, pero fue desechada tal posibilidad. En palabras de su Presidente:

“La constitucionalidad como régimen político es la supremacía de la Constitución sobre la ley. La Constitución es ley para el legislador y no puede confiarse del todo en que el cuerpo legislativo, por estímulos morales y respeto a la opinión, guarde invariable respeto a las prohibiciones que la Constitución le impone. Teóricamente es de toda evidencia la invalidez de las leyes que infringen la Constitución.” (Blume Fortini, 1996, pág. 144)

La filosofía de Villarán resume el inicio de cierta madurez del pensamiento constitucionalista en el Perú del S. XX. La Constitución, al menos dentro del debate legislativo, estaba empezando a tomar seriamente el postulado kelseniano sobre la supremacía de la Constitución por sobre la ley. Esta etapa es el tránsito del Estado Legal de Derecho hacia el Estado Constitucional de Derecho.

A pesar de la voluntad de la Comisión Villarán para que sea el Poder Judicial quien vele por el mantenimiento de los postulados y preceptos constitucionales en el contenido de la legislación, la Constitución de 1933 derivó, nuevamente, tal competencia al Palacio Legislativo. Aun con este retorno al modelo de control político, es de notar que la misma norma fundamental reconoció (e incorporó) la Acción Popular como garantía para que sea el Poder Judicial quien controle que la normativa infra legal expedida por el Poder Ejecutivo sea conforme con la nueva Constitución.

No obstante los iniciales avances ideológicos que abrían las puertas a la justicia constitucional en el seno del Poder Judicial, EGUIGUREN PRAELI (2003, pág. 134) considera que las reformas propuestas en esta primera parte del siglo, incluidos los valores de la Constitución de 1856 sobre la materia, no fueron suficientes para poder desarrollar un efectivo y adecuado *judicial review* debido a la sujeción del Poder Judicial frente al poder político. El sustento de esta afirmación radica en la falta de reglamentación que pueda operativizar la aplicación del control constitucional en el fuero civil y para tramitar la Acción Popular. Es de notar que tal legislación necesaria fue producida décadas más tarde a través

un gobierno de facto, a través del Decreto Ley 14605 por Junta de Gobierno presidida por Lindley López (1963).

4.3 El Tribunal de Garantías Constitucionales – Constitución de 1979

Superado el tercer cuarto del S. XX y tras el impacto del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980), el país estaba por ver su penúltima Constitución. En lo que atañe al interés del presente trabajo, esta consagró, por primera vez y de forma explícita, el sistema de control difuso de la Constitucionalidad reconociendo al Poder Judicial la facultad de velar por el cumplimiento de la norma fundamental. Adicionalmente, se estableció la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, en un intento por complementar la justicia constitucional a través de un método de control concentrado. Así, pues, bajo el esquema de la Constitución de 1979 se estableció un sistema dual. Las competencias de ambas instituciones estaban divididas de la siguiente manera:

Poder Judicial	Tribunal de Garantías Constitucionales
<ul style="list-style-type: none"> • Tenía jurisdicción original sobre el hábeas corpus y el amparo • Tenía competencia exclusiva en la acción popular • Ejercía control difuso 	<ul style="list-style-type: none"> • Tenía jurisdicción derivada, mediante casación, en los procesos donde se deniega el habeas corpus, amparo • Tenía competencia exclusiva en la acción de inconstitucionalidad • Ejercía control concentrado

Tabla 1: Competencias del Poder Judicial y del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución Política de 1979

Nos refiere BLUME (1996, págs. 150-157) sobre el sistema de control propuesto que originalmente se planteaba trasladar únicamente la fórmula de control judicial ya contenida en el Código Civil de 1936. Sin embargo, a lo largo del debate de los assembleístas, se propuso que cuando un juez considere la inconstitucionalidad de una ley, este debería suspender el procedimiento para elevarlo ante el Tribunal Constitucional. Posteriormente, se reformuló que el juez abstenga su pronunciamiento hasta obtener la opinión del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En medio del debate constituyente, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue una novedad para el sistema jurídico peruano. Podría considerarse que Javier Valle Riestra fue

su principal proponente frente a la resistencia de la APRA, que propugnaba que sea la Corte Suprema de la República la que conozca por medio de control concentrado toda infracción a la Constitución. La ponencia para sustentar la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales se apoyaba en las experiencias europeas en materia de tribunales de control concentrado, especialmente en el novísimo Tribunal Constitucional Español.

No puede dejarse pasar por alto el razonamiento de Valle Riestra en su ponencia ante la Comisión de Constitución al señalar que la necesidad de contar con un órgano que sea ajeno al Poder Judicial radicaba en que no solamente las leyes del Congreso o los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo podían ser contrarios al orden constitucional establecido; sino que incluso las sentencias expedidas por el Poder Judicial podían violar la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos; por lo que el Tribunal de Garantías Constitucionales podía surgir como remedio ante los excesos u omisiones que también podría cometer este poder del Estado. (Blume Fortini, 1996, pág. 160). En el proyecto final, conforme fue plasmado en la Constitución de 1979, se le atribuyeron las funciones de declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley e inferior que contravengan lo dispuesto en la norma constitucional y; conocer por medio casatorio la denegación del *hábeas corpus* y el amparo judicial.

Como se señaló anteriormente, el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Carta de 1979 se inspiró directamente en el Tribunal Constitucional español creado en 1978. Es de notar que ambas entidades resultaron de episodios de transición hacia el retorno a la democracia. En este marco, sus sostenes fueron los compromisos asumidos en la sociedad civil para garantizar que las reformas realizadas por los regímenes sean conservadas en la entrega del mando. Si bien más adelante se desarrollarán los cambios que se produjeron con el Tribunal Constitucional bosquejado por la Constitución peruana de 1993, cabe la pregunta: ¿Por qué fue efímera la existencia del Tribunal de Garantías Constitucionales? ¿Porqué, a diferencia de su par español, no dejó algún fallo que sirva de precedente?

Las principales diferencias se pueden resumir de la siguiente manera (Eguiguren Praelli, 2003, págs. 136-140):

- a) **Estatus respecto del resto de la magistratura.** – Mientras que el Tribunal de Garantías Constitucionales era considerado como un *órgano de control de la Constitución*; el

Tribunal Constitucional español fue categóricamente señalado como el *supremo intérprete*, lo cual le da autoridad vinculante en el sistema jurisdiccional.

- b) **Funciones competenciales.** – El Tribunal de Garantías Constitucionales solo tenía competencia en las ya mencionadas funciones de declaración de inconstitucionalidad y conocimiento casatorio del hábeas corpus y amparo provenientes del Poder Judicial; mientras que el Tribunal español podía, además de ver conocer dichos procesos, articular las relaciones conflictivas estatales, de las Comunidades Autónomas, de los órganos constitucionales, pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados y pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley por planteamiento del Poder Judicial.
- c) **Carga procesal.** – Si bien ambos tribunales tenían como finalidad la protección de derechos constitucionales, el Tribunal peruano podía otorgar protección de estos mediante el amparo a todos los derechos que no sean protegidos a través del hábeas corpus (relacionados a la libertad) y conocía el proceso mediante la casación derivada del Poder Judicial. En cambio, su par español solo protegía mediante el amparo algunos derechos taxativamente señalados en la Constitución. Aun así, el proceso español para tales casos era tramitado en tribunales ordinarios y solo era conocido por el Tribunal Constitucional cuando se agota la vía judicial.
- d) **Efectividad de la justicia constitucional.** – En línea con el literal anterior, el Tribunal de Garantías Constitucionales participaba muy poco en la resolución del conflicto pues hasta este llegaban los procesos que habían pasado por instancias anteriores solamente para que case la resolución denegatoria y devuelva lo actuado para la emisión de nuevo pronunciamiento por la Corte Suprema. Ello se materializa en una atención que, en materia de protección de derechos constitucionales, podría resultar inoportuna por el transcurso de plazos desde el agravio hasta que se satisfaga la atención con un pronunciamiento adecuado. El hecho que el Tribunal de Garantías reenvíe la casación a la Corte Suprema puede considerarse como una manera política de no opacar el funcionamiento del Poder Judicial como una autoridad de última palabra. En España el procedimiento es contenido preferentemente en el Poder Judicial bajo principios de sumariedad y preferencia en atención.

- e) **Subordinación al poder político.** –El sistema mediante el cual se componía el Tribunal de Garantías Constitucionales podría considerarse como no idóneo para garantizar su independencia ya que sus miembros eran designados por los tres poderes del Estado y tenían capacidad de reelección, lo cual es un estímulo para el establecimiento de intereses comunes con el órgano elector. En el Tribunal Constitucional de España los poderes del Estado no eligen directamente a los miembros; sino que estos son propuestos ante el Rey, quien los nombra. Además, para asegurar que no sea una designación de mero trámite (*rubber stamp*), su mandato es renovado por tercios de forma periódica sin posibilidad de reelección, lo cual hace más competitiva su conformación.
- f) **Efectividad de la *iuris dictio*.** – Nuestro tribunal no tenía poder para emitir un fallo que declare la inconstitucionalidad de una ley con efecto retroactivo ni podía tener efecto derogatorio en sí mismo; por lo que requería la asistencia primaria del Congreso para derogar la norma cuestionada una vez que se emita el fallo. Hay que añadir que para la declaración de la inconstitucionalidad se requería que 6 de sus 9 miembros acuerden sus votos en ese sentido. Si no se alcanzaba dicha mayoría, no se emitía pronunciamiento alguno. El Tribunal Constitucional español sí tiene fuerza jurisdiccional suficiente para poder derogar las normas inconstitucionales por sí mismo de forma original mediante la publicación de la sentencia, la cual se adopta con el voto de la mayoría de los magistrados y con la posibilidad de considerar el voto dirimente de su Presidente.

A raíz de las características esbozadas en la presente sección, se puede considerar que el Tribunal de Garantías Constitucionales no pudo haber gozado de las competencias suficientes para poder controlar efectivamente los vaivenes de la dinámica del Poder. No tenía sustento procesal para poder pronunciarse sobre los conflictos competenciales en el seno del gobierno central ni locales, especialmente por presentar aparentes incentivos en conflicto por motivo de su designación. Tampoco tenía autoridad suficiente para emitir un pronunciamiento con independencia; pues aun cuando llegaba a este un proceso con sustento para ser amparado, este solo era casado y devuelto a la Corte Suprema para nuevo pronunciamiento judicial. Estas limitaciones le valieron una efímera producción en el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad. En los casi diez años de funcionamiento (19.11.1982 – 05.04.1992), pudo observar 25 acciones de

inconstitucionalidad, de las cuales solo resolvió 15, a pesar de la producción legislativa de todos los niveles de gobierno (Blume Fortini, 1996, pág. 163).

4.4 El Tribunal Constitucional y la Constitución de 1993

El intempestivo cese del orden constitucional por parte de Alberto Fujimori, positivizado mediante el Decreto Ley 25418, “*Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*”, evento políticamente conocido como el “*autogolpe del 05.04.1992*” y la necesidad de restaurar con la mayor brevedad un texto constitucional que legitime al gobierno vigente, hecho que se materializó en la Constitución Política del Perú de 1993, elaborada por el Congreso Constituyente Democrático y ratificada mediante referendo del 31.10.1993, no pudo permitir ni al gobierno ni a los nuevos parlamentarios constituyentes desarrollar una teoría propia de la Constitución que diste mucho de la recientemente derogada carta de 1979. Es cierto que se hicieron las reformas necesarias que hubieran valido enmiendas parciales a la entonces vigente Constitución; pero, como señaló el Presidente en su mensaje a la Nación, tales enmiendas hubieran sido posibles y aplicables solo en el último año de su gobierno³³.

En lo que se refiere a la continuidad de la teoría y control constitucional, es apreciable que el artículo 138 de la actual Constitución, al igual que el artículo 236 de la carta previa, recoge el sistema de control disperso aplicable en los estamentos Poder Judicial. BLUME (1996, pág. 156) detecta que la fórmula previa es perfeccionada en el actual sistema en tanto que se enfatiza que el control de constitucionalidad debe ser realizado en “*todo proceso*”, independientemente de la invocación de la normativa por cualquiera de las partes intervinientes en el proceso.

Es innegable para la teoría de la división de poderes el funcionamiento del Poder Judicial como intérprete normativo. Además, conforme se señaló en el párrafo anterior, la nueva Constitución había ratificado la capacidad del juez ordinario para poder realizar un control difuso de la constitucionalidad en la normativa. Si a ello se agrega que el Tribunal de

³³ “*Es cierto que la propia Constitución prevé los mecanismos para su modificación, pero es igualmente cierto que para que ello suceda se necesitan dos primeras legislaturas ordinarias consecutivas, lo que vendría a significar que, casi al término del presente mandato, recién contaríamos con los instrumentos legales necesarios para la reconstrucción general del Perú. Y ello si el Congreso se decide a aprobar las modificaciones necesarias, incluyendo aquellas que son contrarias a los intereses de los propios parlamentarios, como por ejemplo, la reducción de sus emolumentos o la no-reelección.*” Mensaje a la Nación del Presidente del Perú, Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, el 5 de abril de 1992. Fuente: Museo del Congreso de la República. Ver: <https://bit.ly/3mPex3z> (Consultado el 31.08.2021)

Garantías Constitucionales no tuvo una producción jurisprudencial de relevancia y cuyo funcionamiento se encontraba con las limitaciones detectadas en la sección pertinente ¿Por qué el Congreso Democrático Constituyente decidió conservar una entidad de control concentrado, como el Tribunal Constitucional?

En principio, siguiendo la pregunta del párrafo anterior, no existía voluntad alguna de conservar el Tribunal de Garantías Constitucionales ni ninguno que se le pareciese. Bajo este escenario, el Poder Judicial hubiese absorbido sus funciones dentro de la Sala de Derecho Constitucional. Lo que salvaguardó la existencia de un tribunal constitucional, a partir de la aplicación de reformas necesarias sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, fue la exposición realizada por los congresistas oficialistas (Nueva Mayoría – Cambio 90) Carlos Ferrero Costa y César Fernández Arce (Morales Saravia, 2014, págs. 45-64).

En un inicio, VALLE RIESTRA, a pesar de ser el propulsor del Tribunal de Garantías Constitucionales en los términos expuestos en la sección anterior, confesó lo siguiente, a propósito del proceso de elaboración de la nueva Constitución y del rol que tuvo la corte que él ideó para la antigua carta (Morales Saravia, 2014, pág. 37):

“Nadie en el Perú (...) tiene fe en el Tribunal de Garantías Constitucionales. No funciona. (...) De lo que se trata es que dicho ente debió ser custodio de la Constitución y de los derechos humanos y no lo ha sido; y no puede serlo por su estructura, por su ubicación geográfica, por su rigurosa legitimación exigida para recurrir contra normas con fuerza de ley (...) lo que ha determinado que no se construya ningún ‘leading case’ al estilo Marbury v. Madison.”

(Resaltado y subrayado son añadidos)

En el seno del debate parlamentario, el partido oficialista consideró que la justicia constitucional debía ser únicamente competencia del Poder Judicial. Inicialmente, su estructura se dividiría en Cortes Superiores y Cortes Supremas en provincias judiciales, pretendiendo imitar a la Constitución brasileña (1988) y así, en palabras de TORRES Y TORRES LARA³⁴, vocero constituyente del gobierno: “*descentralizar la justicia no solo para agilizarla sino para que la jurisprudencia responda mejor a la realidad y la equidad*

³⁴ TORRES Y TORRES LARA, Carlos (1993). *La Nueva Constitución del Perú: antecedentes, fundamentos e historia documentada*. Desarrollo y Paz editores. p.201

en vez de principios simplemente abstractos captados de realidades externas y uniculturales” (subrayado agregado).

Conforme fue madurando el debate en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, se modificó la propuesta para que sea la Corte Suprema la que centralice el control de la Constitución. Entre las primeras modificaciones al sistema que permitió funcionar al Tribunal de Garantías Constitucionales estaban: i) la remisión del hábeas corpus y del amparo como casación denegatoria en doble instancia y; ii) el proceso de elección de magistrados, a sugerencia del exmagistrado del desactivado Tribunal, Manuel Aguirre Roca (Morales Saravia, 2014, págs. 44-45). Las sugerencias de Aguirre perduraron y fueron recogidas en los pilares del Tribunal Constitucional. Este expuso que el Tribunal de Garantías Constitucionales adolecía de inexperiencia para manejar situaciones políticas debido a los compromisos que asumía en el proceso de designación de sus magistrados. Por ello, si la Corte Suprema asumiría tal función, sus magistrados ya no serían designados por los tres poderes del Estado; sino únicamente por el Congreso y sin capacidad de reelección, para no congraciarse con sus electores.

Avanzado el debate, además de los ex magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales, para ilustrar aún más la propuesta de reforma del fenecido órgano y ponderar la inicial inclinación por el Poder Judicial como contralor constitucional, se invitaron a ex decanos de los Colegios de Abogados y a juristas con práctica en la materia. Dentro de ellos estuvo Domingo García Belaunde, cuya intervención fue recogida de la siguiente manera en la sesión del 13.04.1993:

“Manifestó el señor GARCÍA BELAUNDE su inclinación por la existencia de un Tribunal Constitucional como órgano de control de las Garantías Constitucionales, porque consideraba que al Poder Judicial un órgano jurisdiccional, cuyo deber primordial es conservar el orden jurídico, en tanto que el control constitucional era de naturaleza política en el más amplio sentido de la palabra”.³⁵

(El subrayado es agregado)

Cabe hacer un paréntesis para analizar las palabras de García Belaunde. En aquella frase se hace una clara distinción de los roles del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, los

³⁵ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1998-A). *Comisión de Constitución y Reglamento. Actas de las sesiones*. Publicación Oficial. Lima s/f. p. 192.

cuales no son opuestos entre sí; por lo que pueden convivir como instituciones independientes en el sistema republicano. Aunque el último pareciera tener fisionomía judicial al gozar de independencia, presumirse su imparcialidad y la sujeción a instituciones procesales, no es ello suficiente para definir su función y equiparlo a un Poder Judicial *alternativo* (Cervantes, 1996, págs. 377-378). El Tribunal Constitucional cuenta con una función específica que, en términos generales, es velar por que todos los poderes y organismos constitucionalmente autónomos sujeten su actuar en el marco constitucional. Para lograr ello, si en la óptica de la Teoría Pura del Derecho, bajo la cual fue concebido el Tribunal, existe una *norma fundamental* que no puede ser validada frente a otra, entonces las normas jurídicas que se aplicarían a nivel judicial se acabarían (UBA, 2018). Por ello, es necesario recurrir a principios que se entienden recogidos por la Constitución, aunque no estén escritos; pero sí, implícitos en su interpretación. El Poder Judicial no podría invocarlos de forma abstracta en un caso concreto; pues incurriría en prevaricato al no fundamentar su fallo en una norma jurídica. Es entonces que se ha recurrido a un organismo que no ejerza jurisdicción desde la casuística; sino en términos generales.

La Comisión de Constitución, advirtiendo que las palabras de García Belaunde implicaban que, efectivamente, podría ser necesario un árbitro para las contiendas entre poderes del Estado y para evaluar la conformidad de las leyes para con la Constitución, optaron por otorgarle sus primeras facultades a un proyecto de conservación del Tribunal Constitucional que se encargaría de tales materias, mientras que la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema se encargaría del resto de funciones que antes fueron asumidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Un dictamen en tales términos fue llevado al pleno del Congreso Constituyente Democrático (Morales Saravia, 2014, págs. 48-50).

Cuando el dictamen de mayoría fue presentado ante el pleno del Congreso para su debate por todos los constituyentes, fue notorio el cambio de postura del gobierno de turno respecto de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional. TORRES Y TORRES LARA expuso que ya no sería la Sala Constitucional; sino, un Tribunal autónomo e independiente el que asumiría el control de la constitucionalidad³⁶. Por su parte, FERRERO COSTA reconoció que si una Sala dentro de la estructura del Poder Judicial estuviera encargada del

³⁶ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1998-B). *Debate constitucional Pleno 1993. Diario de los debates*, Tomo III. Publicación Oficial. Lima. p. 1967.

control de la constitucionalidad de forma concentrada, no gozaría de total independencia³⁷. FERNÁNDEZ ARCE sustentó que la naturaleza de la Constitución la hace una materia eminentemente política, lo cual no es compatible con la naturaleza esperada del Poder Judicial. Además, ello es tolerable, pues así se constituiría en una entidad con independencia que pueda servir de instrumento de paz jurídica y consensos entre los órganos del Estado³⁸.

Sin lugar a duda, el principal opositor a la permanencia de una corte constitucional fue Enrique Chirinos Soto (Renovación Nacional). Su intervención quedó registrada de la siguiente manera:

*“El señor CHIRINOS SOTO. - (...) La mayoría está creando ahora una **segunda Cámara**, una segunda Cámara más poderosa que el Congreso elegido por el pueblo. Una segunda Cámara que tiene un poder directo sobre cualquier ley que apruebe el Congreso. Una segunda Cámara formada por cinco personas (...)”³⁹.*

(El subrayado y resaltado son agregados)

El problema que había detectado el constituyente, de considerar la conformación de una corte fortalecida y superando las deficiencias de las que adoleció el Tribunal de Garantías Constitucionales es uno de válida preocupación: el “*problema de la legitimidad*” (Pozzolo, 2015, pág. 376). Si un Tribunal cuenta con autoridad para otorgarle un significado al texto constitucional, se corre el riesgo de en la interpretación se desvirtúe su semántica. Por otro lado, si el Tribunal se encuentra limitado en su rol de intérprete (como ocurrió con el Tribunal de Garantías Constitucionales) ¿Cómo se podría afirmar que la Constitución es una verdadera norma suprema? Este asunto compromete la eficacia del Derecho con los compromisos que se asumen en la Política.

Si se considera que dentro de la concepción kelseniana del Derecho las sentencias (y con ellas: la jurisprudencia) son una fuente de este configurándose como norma válida⁴⁰,

³⁷ Ibid. p. 1968.

³⁸ Ibid. p. 1979

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Véase la sentencia recaída en el **expediente 00047-2004-AI**, seguido por José Claver Nina-Quispe Hernández (Gobierno Regional de San Martín) contra el Congreso de la República, en la que el Tribunal Constitucional, presidido por Javier Alva Orlandini (2002-2005) desarrolla de forma sucinta y prolija el sistema de fuentes. Sobre “*la jurisprudencia*”: Fundamentos 32 a 39.

entonces puede afirmarse que los jueces pueden crear Derecho. Ello podría atentar en la configuración del poder y era el temor con el que inició el desarrollo constitucional en el mundo del *civil Law*: “el gobierno de los jueces”. El criterio de un tribunal puede yuxtaponerse sobre la democracia mayoritaria representada por el legislador (Pozzolo, 1998, págs. 341-342).

Volviendo al Pleno del Congreso Constituyente, Martha Chávez (Nueva Mayoría – Cambio 90), trató de apaciguar la preocupación de Chirinos Soto mediante una exposición con implícita *realpolitik*: Si el Tribunal Constitucional es el intérprete del texto de la Constitución y el Congreso de la República puede modificar su texto; entonces, el Poder Legislativo puede alterar el sentido de la Constitución sobre el cual se apoyará el Tribunal Constitucional. En sus palabras:

*“La señorita CHAVEZ COSSÍO. – (...) Por último, en lo que se refiere a la preocupación del doctor Chirinos Soto sobre el poder que se estaría dando a esta Sala o al Tribunal de Garantías Constitucionales, considero que esa preocupación no es del todo correcta por cuanto siempre, aun cuando se diga que el Tribunal o la Sala Constitucional es el supremo árbitro de la constitucionalidad de las normas o el supremo intérprete de la Constitución, **siempre el Congreso va a estar por encima de esa decisión.** Imaginemos el caso de que el Tribunal o Sala Constitucional resolvieran que la Constitución quiere decir tal cosa y resulte que a entender de los congresistas ése no es el sentido de la Constitución, pues lo que hará el Congreso será, vía los mecanismos de reforma constitucional, en el año siguiente, **precisar el texto constitucional con el sentido que realmente el Congreso considera debe darse a esa norma constitucional.**”⁴¹*

(El subrayado y resaltado son agregados)

La línea de pensamiento de la constituyente fue adaptación de la tradicional e histórica consideración que se tenía a si mismo el Poder Legislativo: ser el *intérprete supremo* de la Constitución. MORALES SARAVIA (2014, págs. 46-47), de forma aguda, detecta que tal prejuicio fue el que impidió que el Tribunal Constitucional tenga tal rol. Tuvo que transcurrir

⁴¹ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1998-B). p. 1977

una década desde que este organismo fuese creado para que su Ley Orgánica oficialice esta designación.

Hay que rescatar que al sancionarse el texto final que se convirtió en la Constitución Política de 1993, no solamente se hicieron cambios estructurales para garantizar su adecuado funcionamiento con plena independencia de la triada de poderes del Estado; sino que también se amplió el alcance de su control orgánico para que pueda afirmarse que tiene verdadera participación en el Estado de Derecho Constitucional que se quiso crear (Morales Godo, 2000).

Atributo	Tribunal de Garantías Constitucionales	Tribunal Constitucional
Designación de sus miembros	<ul style="list-style-type: none"> • Poder Ejecutivo (3 miembros); • Poder Legislativo (3 miembros); • Poder Judicial (3 miembros) 	<ul style="list-style-type: none"> • Poder Legislativo (7 miembros)
Estabilidad de sus miembros	Duración del cargo: 06 años <ul style="list-style-type: none"> • Renovación por tercios cada 02 años; • Posibilidad de reelección 	Duración del cargo: 05 años <ul style="list-style-type: none"> • Sin renovación • Sin posibilidad de reelección inmediata
Competencia	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley; • Casación de las denegatorias de las acciones de hábeas corpus y de amparo, una vez agotada la vía judicial 	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley; • Conocer en última instancia las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, de cumplimiento y hábeas data; • Conocer los conflictos de competencia.
Legitimación para requerir la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley	<ul style="list-style-type: none"> • El Presidente de la República; • La Corte Suprema de la República; • El Fiscal de la Nación; • Sesenta Diputados; • Veinte Senadores; • 50,000 ciudadanos 	<ul style="list-style-type: none"> • El Presidente de la República • El Fiscal de la Nación • El Defensor del Pueblo • El 25% del número legal de congresistas • 5,000 ciudadanos • El 1% de vecinos (ordenanzas municipales); • Presidentes regionales (conforme a competencia); • Alcaldes provinciales (conforme a competencia); • Colegios profesionales (conforme a especialidad)
Conformación para toma de decisiones	Quorum: 06 miembros <ul style="list-style-type: none"> • Adopción de acuerdos: 05 miembros 	Quorum: 05 miembros <ul style="list-style-type: none"> • Adopción de acuerdos: 04 miembros

	<ul style="list-style-type: none"> • Mayoría calificada para declarar la inconstitucionalidad: 06 miembros de 09 	<ul style="list-style-type: none"> • Mayoría calificada para declarar la inconstitucionalidad: 05 miembros de 07
Coercitividad de la sentencia que declara fundada la inconstitucionalidad de una norma	<ul style="list-style-type: none"> • Requiere remisión al Congreso de la República para que, mediante Ley, se derogue la norma declarada inconstitucional; • Solo transcurridos 45 días sin la legislación derogatoria, la publicación de la sentencia en el Diario Oficial causa efecto derogatorio 	<ul style="list-style-type: none"> • La sola publicación de la sentencia en el Diario Oficial causa la derogación de la norma.

Tabla 2: Comparación entre el Tribunal de Garantías Constitucionales (1979) y el Tribunal Constitucional (1993)

5. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Si bien es cierto que en una anterior sección se desarrolló el sistema de control concentrado, en el cual un Tribunal Constitucional tiene una función especialmente delimitada y es la entidad que realiza principalmente el control de la constitucionalidad de las normas legales, dentro de otras funciones que le pueden ser asignadas por el ordenamiento jurídico, el propósito de tal parte del presente trabajo se enfocaba en analizar la manera sobre cómo y porqué se ejerce tal control en la forma en que lo realiza.

Considero que es oportuno realizar un estudio sobre el rol que ocupa en sí mismo un Tribunal Constitucional en la organización del Estado, considerando como situación el que este se encuentra como entidad separada, pero complementaria, del Poder Judicial.

5.1 Como órgano constitucionalmente autónomo

Ya se ha hecho mención del *boom* que tuvieron las cortes constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial. Se hizo alusión a que surgieron como una manera de desligar la potestad interpretativa y el control del contenido constitucional del fuero parlamentario para evitar que este abuse de tal poder. Es de notar que si bien el Estado moderno nace con una configuración fundada en la triada clásica del principio de separación de poderes su estructura se ha hecho cada vez más compleja. De la inicial consideración de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, hoy en día diversas constituciones se desarrollan otras entidades que son ajenas a estas. A tales entidades, por su naturaleza, se les conoce como “organismos constitucionalmente autónomos” (Ugalde Calderón, 2010).

La Constitución es una norma política que organiza al Estado. Este pensamiento es el precepto de la parte orgánica de todo texto fundamental. Como se señaló, originalmente, desde fines del S. XVIII se tenía la concepción de que el poder del monarca soberano debía ser dividido en tres aristas para el funcionamiento de la sociedad en su conjunto: El Poder Legislativo, a partir del cual se emite la normativa; el Ejecutivo, para velar por su cumplimiento y; el Judiciario o Judicial, para solucionar controversias derivadas de su interpretación práctica. Estas tres aristas son los poderes originarios del Estado pues anteceden nuestra perspectiva constitucional y son las que han regido a las sociedades desde antaño. Esta concepción del poder era suficiente para el mundo en el que se escribió “*El*

espíritu de las leyes”, pero en nuestros tiempos Occidente ha visto necesario replantear la forma de organización del poder (Carranco Zuñiga, 2000, pág. 3).

Conforme el Estado fue asumiendo nuevas funciones y la política se hizo más compleja fue necesaria la creación de nuevos organismos para seguir garantizando el armonioso funcionamiento de la actividad pública. La teoría del equilibrio y división de poderes sigue siendo la base de la organización del Estado. Por ello, no sería adecuado que se alterase tal balance funcional aumentando facultades que puedan perturbar el espectro de competencias de uno u otro de estos poderes originarios. Si bien estos anteceden a la teoría constitucional, es la Constitución moderna la que racionaliza y delimita sus funciones. Por ello, si ninguno de los mismos puede asumir nuevas funciones sin afectar el equilibrio, es necesario que el poder constituyente, encarnado en la propia Constitución, cree organismos que tengan plena autonomía de los tres poderes para controlar sus actos y velar por la defensa de los derechos fundamentales.

UGALDE CALDERÓN señala que su origen se asienta en la desconfianza social hacia los excesos en que incurrieron los poderes tradicionales (2010, págs. 254-256). La hipótesis del profesor mexicano no podría estar lejos de la razón si consideramos que también atribuye a los organismos constitucionalmente autónomos una sensible competencia temática para actuar, en igualdad de condiciones frente a los poderes del Estado. En nuestro país, se han desarrollado los siguientes organismos:

Organismo	Competencia
Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)	Preservar la estabilidad monetaria
Contraloría General de la República (CGR)	Supervisar del Sistema Nacional de Control
Defensoría del Pueblo	Velar por el cumplimiento de los deberes del Estado
Fuero Militar Policial (FMP)	Administrar la justicia castrense
Junta Nacional de Justicia (JNJ)	Seleccionar y nombrar de jueces y fiscales
Jurado Nacional de Elecciones (JNE)	Administrar la justicia electoral
Ministerio Público Fiscalía de la Nación (MPFN)	Garantizar de la legalidad y representar el interés de la sociedad
Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)	Organizar los procesos electorales
Registro Nacional de Procesos Electorales (RENIEC)	Administrar el registro del estado civil y elaborar el padrón electoral
Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)	Supervisar la actividad del mercado financiero
Tribunal Constitucional	Controlar el cumplimiento de la Constitución

Tabla 3: Organismos constitucionalmente autónomos en la Constitución de 1993

De la relación de organismos esbozados en la tabla anterior puede crearse una noción sobre porqué la Constitución les otorga autonomía. Esta se explica en los siguientes aspectos, principalmente fundamentados en el riesgo haber incidencia externa (Ugalde Calderón, 2010, págs. 256-257):

- **Necesidad de contar con una entidad técnica especializada.** – La temática delegada a un organismo constitucionalmente autónomo no requiere del debate ni sesgo político; pues se tiene presente que ello dificultaría las decisiones que adopte, les quitaría objetividad y, por el contrario, las entorpecería, deslegitimaría ante la opinión pública y generarían resultados adversos para los objetivos para los que fueron creados. Además, debido a la temática por la que fueron diseñados exclusivamente, les otorga mayor conocimiento sobre la esencia de dicha materia y sus aspectos incidentales, siendo los mejores colaboradores y coordinadores del ejercicio del poder originario.
- **Urgencia de enfrentar la influencia de los partidos.** – Si bien es cierto que los miembros clave de tales entidades son designados por los poderes del Estado, en los cuales puede haber intereses partidarios si fuera que el oficialismo y aliados tuviera influencia mayoritaria, la Constitución protege funcionalmente a la institucionalidad del organismo. La designación de sus autoridades constituye una manera de elección democrática de forma indirecta para legitimar el servicio público del funcionario; pero en sus actividades este no responde por sus actos ante partido alguno y solo puede ser cuestionado por las limitaciones establecidas constitucionalmente.
- **Indiferencia de la entidad frente a la coyuntura política.** – Para ratificar la neutralidad que debe tener frente al poder originario y las autoridades que, por la propia dinámica de la democracia, pueden variar y responder ante diversos intereses que no necesariamente se condicen con los del organismo, este ratifica su funcionamiento con total independencia de la situación política, lo cual facilita su función conciliadora entre la triada de poderes. Ello es muy visible en el sistema electoral; donde inclusive se han otorgado 3 funciones específicas a distintos organismos para asegurar su neutralidad en los procesos electorales.

¿Qué control y neutralidad podría garantizar el Poder Ejecutivo si con la ventaja del partido de gobierno organiza los procesos electorales? ¿Qué imparcialidad y presunción de inocencia podría hallar un procesado si el juez también dirige la investigación del delito en el que se le considera involucrado? ¿Qué transparencia podría haber de un cuerpo colegiado como el Congreso de la República si este no pone a disposición la administración de sus cuentas? La respuesta a estas interrogantes nos da a suponer que, si bien existen mecanismos que pudieran servir de pesos y contrapesos (“*checks and balances*”)⁴², estos no serían los adecuados y/o los suficientes si solo considerásemos un universo donde únicamente coexistan los tres poderes originales del Estado. Sus actividades se han hecho más complejas y más diversas que: “*gobernar, legislar y juzgar*” (Morales Saravia, 2014, pág. 66). Consideremos, además, que en ciertas actividades este no tenía tradicionalmente un rol vocativo (como la banca central⁴³) o que existieron agencias que realizaban tal función pero que se encuentran desactivadas (como las cámaras del extinto Senado). Por ello son necesarios los organismos constitucionalmente autónomos.

El Tribunal Constitucional, al encontrarse constituido como un órgano constitucionalmente autónomo, se encuentra en una posición de paridad política y jurídica a los poderes tradicionales del Estado y a los otros organismos que la Constitución ha configurado con igual categoría. Ello implica que no se encuentra adscrito ni subordinado. En palabras de GARCÍA PELAYO: Es “*supremo in suo ordine*” (2014, pág. 31). Su desarrollo en una constitución escrita continua con el proceso de racionalización del poder estatal y no es por nada incompatible con el clásico principio del equilibrio o separación de poderes. Por el contrario, coadyuba a que este se mantenga vigente ya que, a diferencia de la función de juzgamiento que ocupa el Poder Judicial, este actúa como garante de la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución (García-Pelayo, 2014, pág. 19).

⁴² Conocido como “Principio de Separación de poderes” de la teoría de MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de. *El Espíritu de las Leyes* (1971). Cap. VII (“De la Constitución de Inglaterra”). Tecnos. Madrid. p.151, originalmente publicado en 1748. Posteriormente, el término “*checks and balances*” sería acuñado en 1788 por James Madison o Alexander Hamilton (bajo el seudónimo de “*Publius*”) en “*El Federalista No. 51*”, entrega titulada: “*La estructura del gobierno debe proporcionar los adecuados controles y balances entre los diferentes departamentos*”

⁴³ Considérese que, en el caso peruano, el BCRP fue creado en 1922 mediante Ley 4500 y en la Constitución de 1933 se le dio espacio en la Constitución. Del mismo modo, en el mundo, salvo por la predilección de determinados gobiernos europeos como Suecia (1668) o Inglaterra (1694) por un banco creado bajo privilegio regio (aún sin configurarse oficialmente como “banco central”), el mundo no vería un sistema organizado de banca hasta entrado el S. XX. Por ejemplo, en Estados Unidos, la Junta de la Reserva Federal (*Federal Reserve System*) no entraría a escena hasta 1913.

Si ha de ocupar dicho rol, debe tener paridad e independencia respecto de aquellos a quienes va a controlar. Solo así puede actuar como mediador o árbitro en los conflictos que se crean en torno al poder constituido (Cervantes, 1996, pág. 379).

En la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín contra la Ley 27971, el Tribunal Constitucional ha hecho explícita su existencia *porque así lo decidió el Poder Constituyente* que le *encomendó* la tarea de ser el órgano de control de la Constitución⁴⁴. Esta afirmación no es gratuita; pues de una lectura superficial del artículo 201° de la norma fundamental, se tiene que este es el órgano de control de la Constitución. Por lo tanto, si bien el Tribunal Constitucional no estaba considerado originalmente, como esbozaron los primeros constitucionalistas hace más de 2 siglos, este forma parte del sistema jurídico por la propia voluntad del poder constituyente al momento de diseñar el Estado que nos gobierna y el sistema de pesos y contrapesos del poder.

5.2 Como órgano jurisdiccional

De acuerdo con VÁSQUEZ DEL MERCADO (1978, págs. 72-73), las cortes o tribunales constitucionales representan una extensión de la actividad jurisdiccional del Estado. A inicios del presente trabajo se dedicó un espacio adecuado para desarrollar la noción de la jurisdicción constitucional, la cual es distinta a la jurisdicción ordinaria debido a la calidad *sui generis* de la Constitución como norma que tiene vocación de delimitar al poder político y estatal. En tal oportunidad la concentración del esfuerzo para desarrollar tal noción no vio necesaria la distinción entre el ejercicio de jurisdicción por parte del Poder Judicial ni del Tribunal Constitucional, debido a que seguidamente correspondía realizar un análisis del control constitucional sistemático, sea este de forma difusa o; de forma concentrada. A la vista del desarrollo alcanzado hasta ahora, es adecuado realizar la distinción entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

El desarrollo del Poder Judicial por la Constitución comienza con un principio político directo en el artículo 138°: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial*”. Mientras tanto, el Tribunal Constitucional se presenta con un enunciado afirmativo exponiendo concretamente su función: “*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitución*” (artículo 201°).

⁴⁴ Expediente 00047-2004-AI/TC, fundamento 33

En primer lugar, de acuerdo con el texto, la potestad de administrar justicia “emana del pueblo”; pero el concepto del Poder Judicial la antecede, ya que es el órgano en el que se delega tal potestad. Este es un órgano que precede a la Constitución; es uno de los tres poderes originales del Estado. Por el contrario, el Tribunal Constitucional tiene necesariamente que ser presentado por su texto para que pueda tener espacio en el ordenamiento jurídico como un organismo constitucionalmente autónomo. No representa en sí mismo función alguna ni tampoco tiene asidero en la voluntad popular, aun cuando políticamente la composición de sus miembros se realice mediante la representación democrática indirecta por medio del acuerdo de los parlamentarios. Esta designación solo legitima el ejercicio de sus magistrados; pero no, en sí misma, el funcionamiento del Tribunal.

Al ser ambos órganos de naturaleza jurisdiccional, se encuentran vinculados a la observación de reglas del Derecho Procesal General para poder dilucidar la materia sujeta a controversia con total objetividad para las partes. En ello hay que encontrar coincidencia. Si ambos tienen competencia para emitir pronunciamientos versados en la jurisdicción constitucional, es necesario y adecuado que de antemano se tengan claras las reglas bajo las cuales la controversia será puesta en un debate objetivo y racionalizado y equitativo para las partes involucradas.

Ahora bien ¿entonces cuál es la diferencia en el ejercicio de la jurisdicción por parte del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional? Es necesario razonar la teoría desarrollada sobre los fundamentos del modelo de control difuso y del control concentrado para encontrar una respuesta a esta interrogante.

Como se advirtió líneas arriba, el objeto del primero es la *administración de justicia*. Para ello, haciendo una analogía de la justicia constitucional ejercida bajo un sistema de control difuso, se requiere, como supuesto esencial, la existencia de un caso concreto para que exista un pronunciamiento de parte del juez. En el ejercicio del control difuso no se declara una hipotética ni abstracta inconstitucionalidad de una ley; sino de la aplicación de esta en un caso concreto (Furnish, 1990, pág. 27). La administración de justicia por parte del Poder Judicial como poder constituido implica la resolución de conflictos sociales que han de ser resueltos por el Estado con la finalidad de lograr el bienestar de los ciudadanos (Caballero Juarez, 2001, págs. 2-5). Aquí se vislumbra, entonces, el propósito de la existencia del Poder Judicial como entidad originaria en la estructura del Estado: resolver

los agravios que tengan los ciudadanos, sea entre ellos o contra otras agencias gubernamentales, en una situación que se considera conflictiva debido a la existencia de la controversia que debe ser resuelta.

Además de lo señalado precedentemente, debe considerarse el rol del Poder Judicial desde el parámetro del principio de separación de poderes. El principal rol de las constituciones escritas es el establecimiento de límites a las competencias de los poderes y entidades del Estado. En el Poder Judicial, como se señaló, recae dilucidar las controversias creadas por la aplicación de la normativa vigente considerando las situaciones y/o relaciones jurídicas que esta crea ¿Puede este, al considerar la inconstitucionalidad de una ley, derogarla? De realizar tal acción se estaría cumpliendo una flagrante violación a la separación de poderes. Por ello, mediante el sistema de control difuso se limita únicamente a la inaplicación de la ley en el caso concreto. Nunca tiene poder derogatorio de la norma. Cuando el análisis de constitucionalidad llega hasta la Corte Suprema y esta se pronuncia declarando inconstitucionalidad de la norma, esta únicamente deja de aplicarse sin ser retirada del sistema jurídico. Tal es la característica del *stare decisis* (Furnish, 1990, pág. 16). Para evitar esta paradójica situación en la cual una ley vigente puede ser ignorada por los ciudadanos a la luz de la jurisprudencia, el juez debe considerar el control difuso de una ley solo si este es de extrema necesidad para la resolución del caso. Si ello no fuera imperativo, deberá aplicar el criterio del derecho general (Furnish, 1990, pág. 26).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ejerce el control directo de la Constitución. Este organismo no es originario de la estructura del Estado; sino una concepción derivada del pensamiento kelseniano que considera a la Constitución como la norma fundamental que valida al resto de normas jurídicas. Teniendo esto presente, la pertenencia de una norma al sistema jurídico puede ser analizada por el Tribunal Constitucional de forma abstracta sin necesidad de recurrir a la casuística. La manera mediante la cual se realiza tal interpretación será detallada más adelante.

Como se estudió anteriormente, el Poder Judicial, a pesar de contar con el respaldo de la majestad que le inviste la Constitución por ser un poder originario del Estado, no puede inmiscuirse en la labor del legislador para poder depurar el ordenamiento jurídico respecto de normas cuya aplicación, por medio de la interpretación realizada en su seno, es reconocida como inconstitucional ¿Cómo podría entonces tolerar la norma fundamental la vigencia de

normas que son contrarias a estas, aun cuando en la práctica se han declarado como inválidas?

De acuerdo con la perspectiva kelseniana, el sistema jurídico se compone de normas válidas que obtienen su validez de manera formal a través de otra norma, que es considerada “superior”. Adicionalmente, se puede presuponer de manera informal la validez de una norma cuando esta tiene eficacia; es decir: cuando la norma es aplicada en el mundo real (Ugarte Godoy, 1995, pág. 112). Entonces, hay dos maneras mediante las cuales se puede estimar como válida a una norma:

- i) Sea mediante la conformidad de una norma superior que le otorga validez o;
- ii) Presuponerla como válida por el hecho que produce efectos.

Considero que satisfacerse con la segunda postura debería ser solo el punto de partida para afirmar la validez de una norma y sería la razón por la cual se presume toda norma vigente como válida solo hasta que un acto jurisdiccional declare su invalidez (Rubio Correa, 2017, pág. 31). Si una norma no se encuentra validada por otra de rango superior, se iría en contra de la existencia del propio orden jurídico y orden social. En estas circunstancias el arbitrio de la conducta del legislador se transformaría en la fuente de Derecho y ya no la norma fundamental (Ugarte Godoy, 1995, págs. 112-113). Es por esta razón que el sistema jurídico debe depurar a las normas que son inválidas por bien de la sociedad. Como el Poder Judicial no puede realizar dicha función sin alterar el equilibrio de poderes, es necesario que lo haga un organismo constitucionalmente autónomo con jurisdicción suficiente para emitir dicho pronunciamiento.

El rol del Tribunal Constitucional no solamente se limita a enunciar la inconstitucionalidad de las normas de rango legal ni de las sentencias judiciales; sino, también, se le ha asignado la función de arbitrar – dirimir controversias – entre los poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos. La normativa en general es una de las manifestaciones del poder estatal y cómo este puede transformar la vida social. Si bien se da por sentado que en la declaración de un Estado Democrático de Derecho la Constitución garantiza que quienes ejerzan el poder público lo harán respetando los derechos otorgados a favor de los ciudadanos y que este será dentro del marco de competencias asignadas, no es menos cierto ni realista considerar que el legislador y los funcionarios

públicos pueden causar injusticias al amparo de la ley o lo que creen interpretar de esta (Alexander & Frederick, 1997).

Si bien Kelsen propugnaba por la pureza del Derecho como una ciencia independiente de cuestiones no jurídicas como la moral o la ética, en última instancia, la figura del Tribunal Constitucional ha importado no solamente la validación de las normas infra constitucionales en base tal postura; sino que también se ha visto influida por la corriente iusnaturalista de la *política jurídica* (López Murcia, 2005). Esta postura fue impulsada a raíz de la conmoción social que provocaron los eventos que llevaron a cabo y se perpetraron en la Segunda Guerra Mundial. No es sostenible que la legislación se considere válida desde un plano formal solo por su satisfacción con una Constitución que pretende ser modificada por quien ejerce el poder⁴⁵. Si fuera solo por tal consideración, podría retomarse al problema de los “*injustos legales*”. MINKKINNEN, citado por López Murcia (2005, págs. 269-270), describe que cuando la ley, que en el fondo es idealmente concebida como una manera de construir una solución a problemas sociales, se vuelve injusta y agrava tales problemas por su puesta en práctica, entonces no constituye verdadero Derecho. Se produce una *antinomia* entre una norma positiva frente a un principio natural⁴⁶.

No es coincidencia, entonces, que los tribunales constitucionales hayan resurgido como asunto de discusión jurídica y política cuando se configuró el nuevo orden mundial tras las violaciones a los derechos humanos cometidos por los regímenes totalitarios. CERVANTES (1996, págs. 359-366) refiere que a inicios del S. XX los esfuerzos por impulsarlos fueron tímidos. En la Alemania de entreguerras (1919) la Corte Estatal de Justicia del Reich no tenía dentro de sus funciones garantizar la vigencia del sistema federal del país. En Italia, el Estatuto Albertino no contenía provisiones procesales para garantizar su cumplimiento, lo que aprovechó el fascismo para empoderar al Gran Consejo. En la Segunda República Española el espíritu del Tribunal de Garantías Constitucionales (1931) vislumbraba mejor que el de sus pares regionales; pero en su vida institucional sucumbió, al igual que luego lo haría nuestro propio Tribunal de 1979, a las cargas y compromisos políticos que se le

⁴⁵ Recapitemos que la Ley Habilitante de 1933 le daba poder, me atrevería a sugerir, de nivel constitucional al Canciller (personalizado en la figura de Adolf Hitler) para que pueda legislar de forma irrestricta, aun si originalmente la constitución alemana tenía mandato en contrario; por lo que, en puridad, modificaba su aplicación en virtud de un poder suprallegal. "

⁴⁶ En aras de obtener reparación por la injusticia creada por el aparato del régimen nazi y sustentada mediante instrumentos legales, se vio la causa conocida como el “**juicio de los jueces**” (“*The United States of America v. Josef Altstötter et al.*” - 1947). El rol del jurista nunca había estado tan manchado ni en desgracia.

impusieron para poder ejercer la defensa del orden constitucional. El nefasto escenario político que antecedió a la década de 1940 fue un punto de quiebre y motivo de reflexión sobre la naturaleza de su funcionamiento. La experiencia de las dictaduras latinoamericanas bien puede ser una extrapolación de la situación descrita.

Para que no se repitan los excesos del poder que caracterizaron la primera mitad del siglo pasado, es necesario que el Tribunal Constitucional, que ya es un órgano independiente y con el mismo poder constituido que el resto de los poderes originarios del Estado, no solamente se encargue de ratificar la validez de las normas jurídicas a la luz de la Constitución. La legislación solo es una manera en la que se materializa el ejercicio del poder en el mundo real; pero ella solo es una arista dentro de un esquema más grande en la actuación de las entidades estatales. Es por ello que su jurisdicción debe apuntar por evaluar el ejercicio de tal poder cuando este es cuestionado.

A través del fundamento 33 del caso llevado a instancias de don José Claver Nina-Quispe Hernandez a nombre del Gobierno Regional de San Martín, el Tribunal Constitucional enfatizó que:

“Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, 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 (51). **De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales.**”

(El resaltado es agregado)

La capacidad de ponerse al mismo nivel respecto de los poderes y organismos constitucionalmente autónomos del Estado para resolver las diferencias de estos a la luz de aplicación de los preceptos de la Constitución establece una relación política que nunca

podría ser resuelta si esta se abordase en el Poder Judicial sin alterar la separación de poderes (Landa Arroyo, 2011, pág. 44). La intervención del Tribunal no debe entenderse incompatible con este principio; sino, por el contrario, debe considerarse como un medio a través del cual los poderes y organismos constituidos pueden resolver sus diferencias de forma institucionalizada en aras de mantener el equilibrio esperado en el Estado de Derecho.

Pese a que el Tribunal Constitucional se vea frente al umbral donde se desarrolla la política nacional a raíz de la interacción de los poderes estatales, este no puede actuar de forma subjetiva bajo el cálculo de sus magistrados. En una anterior oportunidad, a propósito del cuestionamiento de la legitimidad de la Constitución de 1993, los magistrados constitucionales se pronunciaron indicando que si los demandantes sustrajesen tal texto, el Colegiado únicamente podría emitir un fallo a la luz de su conciencia, situación que es deleznable y propia de una autocracia⁴⁷. Mediante el uso de criterios y métodos jurídicos, además del soporte de mecanismos formales sobre el control del proceso, el Tribunal Constitucional obtiene la legitimidad derivada por la Constitución para resolver los conflictos creados por el ejercicio del poder y garantiza que por el ejercicio de tal poder no se desvirtúen sus postulados (García-Pelayo, 2014, pág. 30).

5.3 Como intérprete de la Constitución

El Tribunal Constitucional ha sido concebido idealmente como un órgano de control del ejercicio del *ius imperium* del Estado por los poderes y organismos constitucionalmente autónomos (art. 201º de la Constitución). Adicionalmente a tal labor se le reconoce la consideración como el *órgano supremo de interpretación constitucional* (art. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Anteriormente se le ha reconocido la cualidad de ser un órgano jurisdiccional, capaz de emitir un pronunciamiento oficial y vinculante sobre cuál es el Estado de Derecho Constitucional desarrollado por la norma fundamental. Para lograr este objetivo, el órgano debe actuar de forma colegiada de acuerdo con métodos en los que

⁴⁷ Véase la sentencia recaída en el **expediente 014-2003-AI/TC**, seguido por Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado “documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú” (sic). Fundamento 22

“[S]i este Tribunal Constitucional obrase como lo solicitan los recurrentes, el parámetro con el cual tendría que juzgarse a la Constitución de 1993 no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado.

Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, puede ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto oprobioso, propio del Estado absolutista, en la que la justicia se “administraba” no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. (...).”

sus magistrados deben coincidir y no, como se mencionó en el párrafo anterior de acuerdo a su subjetiva conciencia.

Es cierto que cada magistrado se encuentra influido por su posición política y filosófica sobre lo que la Constitución *debe ser* (aludiendo el origen austriaco de la institución). Dicha influencia no debe construir un razonamiento decisivo sino cuenta con fundamento alguno en los límites que impone el texto constitucional (Cáceres Arce, 2014, págs. 243-247). Después de todo, solo fijando dicho límite se puede garantizar la continuidad del criterio institucional en particular y la conservación del Estado Constitucional de Derecho en general. El intérprete, independientemente del sistema de control en el cual se ejerza la jurisdicción constitucional considerar la naturaleza especial de la norma que va a interpretar como *lex superior* (Quiroga León A. , 2005, págs. 2-6).

La Constitución no es un cuerpo o norma jurídica como cualquier otra que se encuentre en el ordenamiento jurídico. Esta se encarga de validar la conformidad de las normas; pero en sí misma no tiene una norma formalizada que le otorgue validez. Aun así, su mandato y obligatoriedad se encuentran asumida en una *norma suprema presupuestada* otorgada por un *primer legislador* (Ugarte Godoy, 1995, págs. 111-112). Tal situación deja espacio para que se realicen afirmaciones iuspositivistas consistentes en que desde su concepción original decimonónica, en la que solo representa los ideales de la República, la norma positiva suprema se ha convertido en un verdadero puente entre el Derecho y la moral (Atieza Rodríguez, 2008, págs. 200-203). Esto otorgaría una justificación a la diferente estructura de un mandato constitucional respecto del resto de aquellas de rango inferior. Mientras que las últimas tienen una clásica composición entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; los mandatos constitucionales generalmente adolecen de dicha estructura. Tomemos algunos ejemplos:

- a) Enunciado 1. - “*El que mata a otro será reprimido con pena privativa de la libertad*”

Podemos encontrar que el artículo 106° del Código Penal presenta como supuesto de hecho el fenecimiento de una persona a manos de otra. La consecuencia jurídica consiste en que el encontrado responsable recibirá una pena.

Esta norma es validada por lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Constitución,

en lo que atañe a la defensa de la vida del individuo. Pero ¿por qué es importante realizar tal consideración hacia el otro? ¿Qué determina que ello sea válido para ser incluido en el texto constitucional? ¿Por qué no podemos matar, por ejemplo, como respuesta ante crímenes contra el honor como antaño? Encontraríamos respuesta en el **principio de respeto por la vida y dignidad humana**.

- b) Enunciado 2. - “*Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.*”

El supuesto de hecho de la Norma X del Título Preliminar del Código Tributario anticipa la consideración que tendrá toda ley tributaria una vez que sea publicada. Como consecuencia, su efecto como principio general será el de surtir efecto al día siguiente de reproducido su texto en el Diario Oficial, a no ser que ella misma proponga en distinto tiempo.

La validación de una disposición así se produce por el artículo 103° de la Constitución, que enuncia que la aplicación de la ley será conforme a las situaciones sociales esperadas al momento de su entrada en vigencia ¿Qué impide que el Estado, en uso de su soberanía y conocido inmediatamente el texto, exija que los derechos y deberes de la ley tengan efecto el mismo día de su publicación? Bajo un criterio del **principio de seguridad jurídica**, se entendería porqué se vuelve dócil el *ius imperium* y potestad del órgano legislativo.

Como se puede apreciar, no es posible obtener un argumento proveniente de una norma positiva que pueda justificar la validez de la Constitución. Afirmar lo contrario sería desconocer su supremacía para otorga mérito a tal norma superior. Hay que concordar con Kelsen en reconocer que las normas éticas ni morales no pueden tener la coacción que gozan las normas jurídicas debido la subjetividad de su comprensión (Ugarte Godoy, 1995, pág. 109). No obstante, también debe darse crédito a que, dentro del poder ilimitado del que goza el Poder Constituyente, este ha positivizado tales normas a través de los principios que se encuentran impregnados en el texto constitucional (Quiroga León A. , 2005, pág. 3). Esto hace particular a la Constitución: es una norma jurídica que se valida a sí misma al acoger

aspectos de la *norma hipotética superior* para crear un sistema del que dependerán otras normas *inferiores*. Por ello, esta crea tanto al Estado como al ordenamiento jurídico.

Para demostrar la coherencia del proyecto de Estado y del ordenamiento jurídico nacional se requiere la extracción de los principios que el texto constitucional recoge sobre estos. Debido a que no tienen una estructura jurídica como el resto de las normas, la interpretación de la Constitución es igualmente particular. No obstante, como refiere ATIENZA (2008, págs. 207-209), lo más importante de la interpretación constitucional no es el método interpretativo utilizado; sino su resultado. Aun así, la teoría de interpretación debe ser exclusivamente conceptual y descriptiva, sin que esta se vea influida por ideología o doctrina. El constitucionalismo contemporáneo es una validez interna del Derecho.

5.3.1 Principios de interpretación constitucional

El Poder Constituyente, a través del proceso deliberativo que dio lugar a la teoría constitucional, ha tratado de impregnar al texto fundacional con principios políticos y morales para que inspiren la actuación del Estado que quiere crear. Así, la Constitución es una norma tanto política como jurídica⁴⁸. Esta especial consideración reta al intérprete a conseguir las siguientes finalidades (Quiroga León A. , 2005, pág. 5):

- **Primera.** – Permitir la práctica del orden constitucional;
- **Segunda.** – Integrar el orden constitucional;
- **Tercera.** – Controlar la regularidad de las normas y de los actos estatales;
- **Cuarta.** – Defender la fórmula política de la Constitución.

Debido tal naturaleza, la temática de sus capítulos, títulos y hasta de sus artículos resulta diversa: desde declaraciones sobre la libertad en general hasta las obligaciones del Presidente

⁴⁸ Sentencia recaída en caso “Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos (...)”. Fundamento 2

“Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es la encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, *prima facie*, una norma *política*. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma *jurídica*. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir, la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.”

de la República; desde la protección y promoción de derechos sociales hasta la función parlamentaria ¿Cómo se podría entender la coherencia de un texto tan diverso en su temática y abstracto en su proyección? ¿Cuál es la guía que debe seguir el orden infra constitucional para no cometer incoherencias al momento de legislar? Si bien se afirma que el ordenamiento jurídico nace de la Constitución, no es propio de esta regular a detalle todo aspecto y materia que pueda ser de interés de la sociedad. Por ello, la coherencia del ordenamiento jurídico y, por comprensión, de la Constitución, debe realizarse a través de una interpretación que auspicie su vigencia real (Blume Fortini, 1996, págs. 167-169).

Es cierto que el Derecho general provee métodos de interpretación adecuados para poder comprender el propósito de una norma y su aplicación en el caso concreto; no obstante, se recapitula que la Constitución es una norma de particular naturaleza. En el caso “*Lizana Puelles*” el Tribunal Constitucional advirtió que la interpretación de la norma suprema es igualmente especial⁴⁹. La jurisprudencia del *supremo intérprete* ha explicado que la interpretación de las normas infra constitucionales se interpretan a la luz de la casuística que plantea una controversia para lograr su resolución. Por el contrario, la interpretación de las normas constitucionales no solo atañe a la resolución de la controversia planteada; sino que debe mantener la coherencia de los principios constitucionales aun cuando estos no hayan sido explícitamente invocados en la causa. Debido a su dimensión política como proyecto nacional, sería poco productivo para la consecución de tal fin la atomización de su interpretación a la casuística (Blume Fortini, 1996, págs. 170-172). El solo hecho de interpretar el texto constitucional a través de principios que le son propios ha de ser la herramienta mediante la cual se vincula al poder contenido y organizado por en ella y garantiza su adaptabilidad ante los cambios sociales.

A continuación, se realizará un breve estudio de algunos de los principios de interpretación recogidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Mediante su comprensión se busca aproximar el texto escrito con el sistema jurídico – político que

⁴⁹ Sentencia recaída en el **expediente 05854-2005-PA/TC**, seguido por Pedro Andrés Lizana Puelles contra el Jurado Nacional de Elecciones. Fundamento 12

“Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción de hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.”

pretende crear. A pesar de la necesaria y continua renovación de la composición del órgano jurisdiccional, de forma institucional han servido como parámetros de interpretación práctica de la Constitución.

5.3.1.1 Principio de Unidad de la Constitución

La Constitución es una norma íntegra. A pesar de delegar al legislador y a la administración pública la facultad de regular las materias y procesos que son enunciados en su texto, no deja en sí misma de ser la medida y el límite por el cual se elabora la normativa. Debido a la riqueza del lenguaje humano en general, y de la lengua hispana en particular, tal libertad otorgada a favor del legislador pudiera parecer un *cheque en blanco*. Así, al tratar de validar la actuación del poder constituido sosteniéndose en la Constitución, pudiera considerarse, en un primer lugar, que esta da lugar a la generación de antinomias. Tal es el primer reto que debe atravesar la norma fundamental. Para ello, el intérprete debe considerar que a pesar de tal aparente contradicción producto de la perennidad del lenguaje escrito, los principios constitucionales sí concatenan coherencia de forma conjunta (Rubio Correa, 2017, pág. 302).

Los principios que son extraídos del texto constitucional son la *guía invisible* que sostiene el conjunto de su articulado. Ellos son los que, en última instancia, validan su significado como pacto social. Tomemos por ejemplo el contenido del artículo 3º:

“Artículo 3º.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

CARPIO MARCOS (2005) expresa que este enunciado es conocido en el Derecho Comparado como “*cláusula de derechos no enumerados*”. Esta se convierte en un *vaso comunicante* entre los principios morales y éticos que inspiran a la Constitución escrita con el sistema que ya está contenido en su texto. De esta manera se reafirma que los principios son parte esencial de la *norma hipotética superior* y que estos sostienen en el fondo al orden constitucional.

El texto de algunas de las disposiciones constitucionales pueden sustentar un caso de controversia entre el ciudadano y el Estado o; entre los propios poderes del Estado. Por ello el Tribunal Constitucional ha sido designado como intérprete competente. Para salvaguardar

la plena vigencia de la Constitución sin sacrificar una disposición por sobre otra, debe considerar el o los principios que son recogidos por la normativa invocada y pronunciarse sobre su pertinencia al caso concreto. Asimismo, ello le permite advertir cuándo un caso excepcional podría confrontarse con una política de Estado. Considérese como ejemplo el caso llevado por Yonhy Lescano Ancieta contra la Ley 26285⁵⁰, donde se armonizó la política constitucional respecto de la presencia de monopolios considerando una posición oficial derivada de la Constitución a pesar del aparente conflicto de sus disposiciones sobre la materia.

5.3.1.2 Principio de Concordancia Práctica

La Constitución es una norma que fue concebida para ser aplicada en su integridad. Afirmar que es la *lex superior* resultaría un enunciado carente de veracidad si la fuerza normativa de esta puede ser obviada o, peor aún, reducida (Marshall, 1803, págs. 178-179). Esta nunca debe sacrificar sus disposiciones, valores, derechos o principios. El intérprete constitucional, por el contrario, está llamado a mejorar la manera mediante la cual, en ejercicio de la jurisdicción, puede mejorar su aplicación en el mundo real a favor de la sociedad (Blume Fortini, 1996, pág. 172). Si esto no fuese así, si no se vieran reflejados sus mandatos y preceptos, resultaría un texto vacío y sin fuerza alguna; como se expuso que antaño consideraba el mundo occidental (con salvaguarda de la esfera anglosajona).

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que los principios constitucionales son perennes e inmutables: válidos para todo tiempo y caso. De esta continuidad depende la integridad del ordenamiento jurídico⁵¹. Al momento de emitir su

⁵⁰ Sentencia recaída en el **expediente 005-2003-AI/TC**, seguido por Yonhy y 64 congresistas contra los artículos 1°, 2°, 3° y la Primera y Segunda Disposición Transitoria Final de la Ley 26285. Fundamento 23

“Precisamente, la aparente antinomia denunciada por los demandantes, esto es, la probable contradicción entre el artículo 61° de la Constitución y su Octava Disposición Transitoria, en su segunda fracción, es un tema que debe resolverse empleando los criterios específicos de interpretación constitucional (...).

Desde esta perspectiva, el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de su conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente. Por ello, ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes.”

⁵¹ Véase la sentencia recaída en el **expediente 015-2001-AI/TC (Acumulado)**, seguido por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo contra el Decreto de Urgencia 055-2001 y la Ley 27684.

fallo frente a una controversia, el magistrado constitucional debe preferir el sentido que sea más coherente con la construcción de un Estado social y democrático de derecho⁵².

5.3.1.3 Principio de Interpretación Creativa

La Constitución es una norma que debe adaptarse a la realidad social sin dejar de lado la identidad de su proyecto y aspiraciones políticas. Desde el inicio del movimiento constitucional ha surgido el escepticismo sobre la obligatoriedad de esta hacia generaciones futuras. JEFFERSON (1958), en correspondencia hacia Madison, plantea este pensamiento que le invita a considerar y difundir en la joven nación norteamericana: “*La tierra pertenece a los vivos y no, a los muertos*”⁵³. Este concepto es desarrollado a la luz de las profundas transformaciones sociales que empezó a experimentar Francia de fines del S. XVIII, donde el futuro primer Secretario de Estado fungía como embajador. Las instituciones y pensamientos tradicionales como el feudalismo, el origen divino de la monarquía y los privilegios de la vieja nobleza estaban siendo cuestionados por una nueva generación de filósofos y políticos ¿Por qué los descendientes de una sociedad deberían verse obligados por antiguos pactos realizados de antemano y sin su consentimiento?

Posteriormente, el también tercer Presidente de los EE. UU agudizó su razonamiento explicando que, si bien las leyes ni las constituciones deben ser sujetas a frecuentes cambios, tampoco pueden ser indiferentes al progreso del pensamiento humano. Conforme este último avanza, la filosofía del derecho también debe ir a su ritmo⁵⁴. El rol de la interpretación

⁵² Véase la sentencia recaída en el **expediente 0008-2003-AI/TC**, seguido por Roberto Nesta Brero y más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia 140-2001. Fundamentos 10 y 11.

“10. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. (...)”

11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, (...); antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías asiladas y contradictorias; sino dos términos en aplicación recíproca.”

⁵³ “Parto de esta base, la cual considero que es evidente en sí misma: ‘la tierra pertenece en usufructo a los vivos’; que los muertos no tienen poder ni derechos sobre esta. La porción que es ocupada por cualquier individuo para sí mismo cesa de serlo cuando aquel mismo cesa su ser y se revierte a la sociedad”. Traducción del inglés propia.

⁵⁴ “No soy partidario de frecuentes cambios en la ley y constituciones, pero las leyes e instituciones deben ir mano a mano con el progreso de la mente humana. Conforme se hace más desarrollada, más iluminada, conforme nuevos descubrimientos son hechos, nuevas verdades descubiertas y los modales y opiniones cambian, con los cambios de circunstancias, las instituciones deben avanzar para también mantener el paso del

constitucional consiste en, por una parte, tomar el texto fundacional como un parámetro objetivo que previene al intérprete de la arbitrariedad. Por otro lado, dicha actividad también sirve para adaptar el contenido y aplicación de sus principios a los tiempos y políticas que exige la contemporaneidad (Blume Fortini, 1996, pág. 173). Cada vez que el magistrado interpreta la Constitución se actualiza la comprensión de su contenido. Después de todo, esa es la acepción del ejercicio de la *iuris dictio*. En palabras del Tribunal Constitucional peruano: “*El Estado democrático de Derecho está, pues, sujeto a un plebiscito de todos los días*”⁵⁵.

Es cierto que el texto de la Constitución, como norma suprema, depende de su vocación a la permanencia que de por sí ya es imperativa en la proyección de todo tipo de norma. No obstante, no resultaría adecuado que los magistrados del Tribunal Constitucional sean una *caja de resonancia* respecto de la posición de sus antecesores en aras de conservar una aparente posición institucional. Si bien la interpretación es el mecanismo a través del cual se puede poner en aplicación el texto a un caso concreto, siguiendo el pensamiento de Jefferson, de reiterarse ciegamente los pronunciamientos pasados para un problema actual, se restringiría el progreso de la sociedad y el pronunciamiento que una vez se creyó justo, se volvería injusto a los ojos de los ciudadanos actuales (Sardón Taboada, 2011). Es cierto que la jurisprudencia otorga seguridad al desarrollo constitucional, lo cual no es materia de cuestionamiento. No obstante, cada magistrado debe asumir la trascendencia que puede significar para la sociedad el cambio, ampliación o incluso la nueva lectura de un concepto que puede ser reconocido o estar implícito en el sistema constitucional⁵⁶.

tiempo. Podríamos también requerir que un hombre use el abrigo que le cabía cuando niño al igual que a una sociedad civilizada permanecer bajo el régimen de sus bárbaros ancestros.” Traducción del inglés propia.

JEFFERSON (1816). *Thomas Jefferson to Samuel Kercheval*. American History

URL: <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl246.php>

Consultado el 06.10.2021

⁵⁵ **Expediente 015-2001-AI/TC**. Fundamento 13.

⁵⁶ Véase el voto singular de la magistrada Ledesma Narváez en la sentencia recaída en el **expediente 00006-2019-CC/TC**, seguido por el Poder Legislativo contra el Poder Ejecutivo, a propósito de la disolución del primero el 30.09.2019. Fundamento 3.

“[E]xisten determinadas disposiciones en la Constitución peruana que no tienen un contenido normativo definitivo, sino un contenido normativo abierto, valorativo o indeterminado. Cuando nuestros constituyentes redactaron el artículo 134 de la Constitución de seguro que tenían la idea de los supuestos a los que se aplicaría el texto elaborado, pero de seguro también que en dicho contexto era difícil imaginar el 100% de supuestos

La creatividad no implica en sí misma arbitrariedad. Si bien la acepción proviene del verbo “*crear*”, el texto constitucional es el material y molde a partir del cual los magistrados proceden a adaptar el significado de un precepto cuando este no se encuentra claro en su entendimiento. De acuerdo con RUBIO CORREA (2017, págs. 337-341), la facultad creadora del intérprete debe estar orientada para privilegiar el contenido de los derechos individuales y colectivos de forma armónica con el Estado social y democrático de derecho.

5.3.1.4 Principio de Interpretación Previsoria

El intérprete de la constitución debe ser meticuloso y anticipar los posibles efectos que pudiera tener la sentencia que fuera a ser expedida si se adopta un determinado entendimiento por medio de la interpretación. Esto es: si por medio de la exegética la magistratura considerase que el efecto de aplicar la eventual sentencia se podría generar un efecto gravoso en la sociedad o en el ordenamiento jurídico (Blume Fortini, 1996, pág. 174).

A su turno, esto conlleva el siguiente problema: Si un criterio se encuentra ajustado a la Constitución, pero su aplicación a futuro puede ser nocivo para el ordenamiento constitucional ¿Se debe aplicar? La polémica conlleva a la consideración de variables extrajurídicas. SOSA SACIO (2011, págs. 110-111) considera que ni la aplicación de las normas constitucionales sustantivas ni las procesales para su aplicación deben ser caldo de cultivo para futuros problemas sociales e injusticias.

Los principales supuestos bajo los cuales se debería asumir una posición previsoría por parte de la justicia constitucional consistirían en los siguientes (Sosa Sacio, 2011, pág. 110):

- **Cuando se presenta un caso trágico.** – Entiéndase por ello la generación de un problema complejo cuya resolución no puede encontrarse de forma jurídica que evite el sacrificio de un valor fundamental tanto para el derecho como para la moral.
- **Cuando los aspectos procesales deben flexibilizarse.** – Es cierto que el Derecho Procesal sirve como medio de canalización de la controversia y que, cuando se trata del Derecho Procesal Constitucional, ello implica canalizar una controversia

futuros que podían presentarse. Es por ello que en el año 2020, 27 años después de redactado dicho artículo, aparece una realidad (los hechos del 30 de setiembre de 2019) que exige darle respuesta jurídica (si está permitida, prohibida, obligada) basándonos para ello en la interpretación del citado artículo 134 de la Norma Fundamental. (...).”

sustentada en el ejercicio del poder. Entonces, esta rama sirve como medio para defender la fórmula política de la Constitución (Quiroga León A. , 2002, págs. 176-180). Sin embargo, pueden existir consideraciones por las cuales ante la defensa de un mayor valor como lo son los principios materiales de la Constitución, se permita la flexibilización de los aspectos procesales siempre que ello no incida, claro está, en la indefensión de una de las partes ni, especialmente, en la consecución de un resultado fundamentado en justicia.

Más adelante se observará que mediante las sentencias interpretativas, manipulativas y/o exhortativas el Tribunal modula el contenido de sus pronunciamientos o los efectos que pudieran causar sus fallos. En ellas no solamente este órgano constitucional autónomo ejerce su poder jurisdiccional para el caso concreto; sino que se proyecta hacia los poderes del Estado para pronunciarse sobre qué aspectos deberían tenerse en cuenta para evitar que vuelva a surgir un problema de índole similar.

5.3.1.5 Principio de Interpretación Política

La Constitución es una norma elaborada a partir de pactos y valores políticos. Su esfuerzo por contener, delimitar y racionalizar el poder puede verse comprometida por la postura del intérprete. Debe recoger el sentir nacional antes que el del partido de turno. (Blume Fortini, 1996, págs. 175-178)

El intérprete constitucional es consciente que la organización, estructura y funcionamiento del Estado, así como la relación entre gobernantes y gobernados, son aspectos que son infranqueables dentro de la composición de la Constitución si esta ha de servir como efectivo estatuto del poder y sus competencias. Para este efecto, el texto constitucional presenta los siguientes tipos de reglas: de arquitectura y de distribución (García Toma, 2003, págs. 197-198).

A través del primer tipo de regla se diseña el Estado tal como lo conocemos. Puede considerarse que el mejor resumen sobre las características políticas de la República del Perú es el artículo 43º del texto constitucional: unitario e indivisible bajo un régimen democrático, social, descentralizado, independiente y soberano bajo el principio de separación de poderes. El Tribunal Constitucional, en su calidad de organismo autónomo, tiene una posición para efectivizar la gobernabilidad y el correcto funcionamiento del Estado como cuerpo político (García Toma, 2003, pág. 202).

El segundo tipo consiste en la división de poderes y asignación de facultades según la forma de gobierno: semi presidencialista. Es de notar la inspiración que el principio de separación de poderes ejerce sobre esta regla. En caso de verse comprometido, aun cuando del propio texto de la Constitución pueda inferir disposiciones que puedan comprometer la separación de poderes, el Tribunal, al interpretarlo, podrá corregir situaciones de antinomia entre normas constitucionales en aras de mantener el cumplimiento de tal principio (Rubio Correa, 2017, pág. 291)

5.3.1.6 Principio de Corrección Funcional

Los problemas constitucionales surgen por el ejercicio del poder unitario del Estado por parte de los órganos que la Constitución desarrolla. En teoría, ello no debería ocurrir si se tiene en cuenta que la principal función de la norma fundamental es la delimitación del Poder. No obstante, es labor del Tribunal Constitucional advertir las situaciones en las cuales el poder se desvía del cauce propuesto políticamente (Quiroga León A. , 2005, pág. 11).

De acuerdo con HESSE, referido por SOSA SACIO (2011, págs. 105-106), este principio es un mandato al intérprete constitucional. El hecho que este se encargue de dirimir en la delimitación de competencias de los órganos del Estado no lo convierte en un órgano al que se le subordinen ni tampoco en un nuevo legislador que establezca nuevas funciones ajenas a las previstas por el ordenamiento normativo. Por el contrario, este no puede sino garantizar el pleno funcionamiento de los pesos y contrapesos propuestos de antemano por la Constitución. Es adecuado señalar que ya el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido tal función a través de la jurisprudencia:

“El principio de corrección funcional (...) exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre garantizado”⁵⁷.

5.3.2 Las sentencias del Tribunal Constitucional

No considero que podría omitirse como parte del presente trabajo, cuyo objeto de estudio es el Tribunal Constitucional, el desarrollo de un apartado pertinente al análisis de los efectos

⁵⁷ Caso “Lizana Puelles” fundamento 12.c

de las sentencias que este emite pues son, después de todo, el instrumento jurídico a través del cual esta entidad se comunica con la sociedad, la política y participa en la construcción continua del Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, debe señalarse que el Tribunal Constitucional tiene en alta estima a sus resoluciones como para considerarlas como normas con rango legal. Después de todo, en sus pronunciamientos se ha manifestado que el poder legislativo del Estado consiste en la capacidad de *crear, modificar, abrogar normas dentro de un Estado*⁵⁸. Nótese que el ejercicio de dicha atribución no solamente interesa el *iter legislativo* que ejerce el Congreso de la República para con la ley. Otro tipo de entidades también pueden emitir normativa de rango legal sin que por ello su producto final sea propiamente una ley. Téngase presente para ello el ejercicio de poder legislativo que tienen los gobiernos locales y municipales para emitir ordenanzas. Claro está que el dispositivo emitido produce una norma de rango similar a la ley, solo que se diferencia de ella en función a un criterio territorial. Del mismo modo, si para el Tribunal Constitucional sus sentencias tienen la capacidad de incidir en los efectos de otras normas, como se verá más adelante, estas tienen, por lo tanto, poder legislativo.

RUBIO CORREA (2017, págs. 17-20) dirime explícitamente de la conclusión anteriormente arribada y considera que, si bien el Tribunal efectivamente tiene la capacidad de incidir en la aplicación de otras normas, esto no se realiza por el poder legislativo del Estado; sino debido a la estima que se le ha dado a la jurisprudencia como fuente de derecho en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Es bastante conocido el rol de la jurisprudencia que es creada por los tribunales y cortes y cómo a través de la creación de criterios que crean lineamientos para fallos futuros sobre situaciones similares o análogas otorga seguridad jurídica en la resolución de problemas. En palabras del Tribunal Constitucional, una característica que comparte con el Poder Judicial radica en que ambos son órganos resolutivos de conflictos e intermediarios entre las partes enfrentadas para lograr tal resultado final⁵⁹. La necesidad de contar a la jurisprudencia entre las fuentes del derecho tiene asidero en lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 139 de la Constitución: cuando la ley no es un instrumento suficientemente satisfactorio para lograr la justicia, debe recurrirse a los principios generales del derecho o al derecho consuetudinario

⁵⁸ Caso “Yonhy Lescano”. Fundamento 5.

⁵⁹ Caso “Nina-Quispe”. Fundamento 32.

(*common law*). Entonces, si a través del ejercicio de la *iuris dictio* (“lo que se dijo del derecho”) la sociedad ha aprendido lecciones sobre cómo se aplica el derecho; en deficiencia de la ley se puede recurrir a la *iuris prudens* (“lo que se sabe del derecho”) como almacén de conocimiento del derecho para volver a aplicarlo a un caso concreto similar u análogo⁶⁰.

Con las consideraciones anteriores, es necesario exponer cómo actúa el Tribunal en la creación de derecho y como actor social en el Estado de Derecho Constitucional dentro de su competencia. A continuación, se realizará un análisis sobre los efectos de las sentencias que puede emitir el Tribunal a la luz de su jurisprudencia⁶¹.

A) De acuerdo con la operación de aplicación de la norma

A.1. Sentencias de especie

Son de índole declarativo debido a que el magistrado constitucional se limita a aplicar directamente al caso concreto una norma constitucional que no amerita ser interpretada debido a su carácter operativo. Anteriormente QUIROGA LEÓN (2005, pág. 4), refirió que no necesariamente el ejercicio de la jurisdicción importa la interpretación de la Constitución. En situaciones en las que no haya contenido novedoso sobre la norma a ser aplicada, se realizará, en el mejor de los casos, una *actualización* de la misma al ser puesta nuevamente en práctica en la realidad político-social.

A.2. Sentencias de principio

Esta tipología tiene vocación para crear jurisprudencia vinculante debido a que para su conformación se ha debido realizar la interpretación del sentido y alcance de una norma constitucional que, por su enunciado como principio, no es de aplicación operativa. Debido a que el intérprete ha determinado la forma mediante la cual se pone en aplicación tal principio, sirve para entender mejor la resolución del conflicto aparente de normas y superar una laguna jurídica que pueda haberse considerado.

A diferencia de aquellas de simple especie, la actividad jurisdiccional verdaderamente ha importado una reflexión sobre el sentido de la norma y la voluntad de la Constitución como cuerpo normativo (o la del legislador constituyente como operador

⁶⁰ Ibid. Fundamentos 35 y 36.

⁶¹ Véase el caso planteado por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo en el expediente 004-2004-CC/TC. Conflicto de competencia interpuesto a propósito de la conformación del Proyecto de Ley Anual del Sector Público para el año 2005. Fundamentos 2 a 4.

político). Se busca en ellas obtener una coherencia sistemática, sentido y finalidad sobre porqué pueden desprenderse obligaciones jurídicas (Quiroga León A. , 2005, págs. 5-6). Es a partir de tal proceso cognitivo dirigido a entender mejor la esencia de la Constitución como norma que positiviza los principios que ha visto conveniente recoger que se realiza un mejor estudio del contenido de algunos aspectos de nuestro ordenamiento jurídico.

B) De acuerdo con el sentido del pronunciamiento

B.1. Sentencias desestimativas

El rol más trascendente del intérprete constitucional, especialmente en un sistema de control concentrado, podría resultar del ejercicio de un *legislador negativo* (Cervantes, 1996, pág. 379). La principal función constitucional que tiene el legislador, el congresista de la República, consiste en desarrollar normas de rango legal para poder articular soluciones ante problemas o situaciones sociales vigentes (o anticiparse a su surgimiento). No obstante, tal producto (la ley) puede ver truncada su continuidad si el Tribunal Constitucional encuentra razones suficientes para considerar su contrariedad a la Constitución, lo cual invalida su continuidad formal. Ello crea una situación en la cual, paradójicamente, el magistrado retira del ordenamiento jurídico el instrumento a través del cual el Legislativo planteaba mejorar la eficiencia y/o la justicia en la sociedad. Como podía temer el constituyente Chirinos Soto de acuerdo a intervención desarrollada en un capítulo anterior del presente trabajo, un órgano colegiado que no goza de la voluntad popular de forma directa podría opacar (y, si es que se considerase, obstruir) al principal órgano legislativo electo por medio de la democracia directa. Se convertiría, de forma no oficialmente, en el *Cuarto Poder* que consideraba SAGUÉS, dentro del trabajo de CERVANTES (1996, pág. 377). Lo particular de esta función se agrava al considerar que la norma declarada como inconstitucional es retirada del sistema jurídico sin que se emita inmediatamente otra en su reemplazo para dar solución al problema para el cual estaba concebida.

Este rol es igualmente considerado en los sistemas de control difuso. FURNISH (1990, págs. 29-30) ha enunciado que una de las limitaciones con las que cuenta la *judicial review* en los Estados Unidos de América consiste en la fuerte tendencia a no declarar la anulación de una ley por su inconstitucionalidad. Aun cuando los 9 *justices* de la Corte Suprema federal consideren a conciencia la inconstitucionalidad de una ley, estos tienen presente que fuera del Congreso no hay otro órgano capaz de emitir la pieza legislativa que podría ser anulada; por lo que, si solo el Congreso tuvo la iniciativa de crearla considerándola válida a la luz de la Constitución el Poder Judicial no debería porqué cuestionar a tal extremo

la pertinencia de la normativa como para tomar partido por su anulación. Es por ello que el análisis de la norma aplicada a un caso concreto solo se dará a nivel constitucional en una situación de *ultima ratio* (pág. 26).

Considerando lo anterior, el Tribunal Constitucional peruano no es partidario de declarar la inconstitucionalidad de una norma y, por el contrario, presume *iuris tantum* que toda norma emitida se encuentra conforme a la Constitución. En ese sentido, la sentencia emitida generalmente será expresada en términos formales de improcedencia o; pronunciándose en el fondo declarando la pretensión como infundada. No obstante, este parecer no debe ser un desincentivo para plantear controversias ante tal órgano jurisdiccional pues, como se verá más adelante, cuando este debe considerar como fundado el proceso, surgen verdaderas lecciones en materia constitucional, legislativa y hasta política.

B.1.1. Por rechazo simple

Como recientemente se ha mencionado, el Tribunal Constitucional no es partidario de pronunciarse a favor de reconocer un aspecto inconstitucional de la norma cuya aplicación es materia de controversia. En ese sentido, especialmente si esta es de tipo operativo, rechazará la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango legal cuando la exégesis de la Constitución sea clara en su aplicación.

B.1.2. Por sentido interpretativo

Es cierto que el origen de una controversia de toda índole surge debido a que hay dos partes enfrentadas acerca de su propia visión sobre el planteamiento de una determinada situación, sea por la relación de hechos o por la aplicación del derecho. Es una cuestión de perspectiva y conciencia en la cual un tercero debe dirimir, sea de manera judicial o arbitral. En lo que importa a este trabajo, tal tercero es el órgano colegiado compuesto por los magistrados del Tribunal Constitucional.

El sistema jurídico tiene que aspirar a tener una concordancia práctica, ello fue desarrollado anteriormente. Ahora bien, la legislación es el medio directo a través del cual los bienes jurídicamente tutelados a nivel constitucional son regulados para su observación y cumplimiento por la sociedad. Es deber del magistrado lograr que, en caso de duda, se realice una coordinación adecuada entre tales bienes cuando estos se presentan en una aparente antinomia (Quiroga León A. , 2005, pág. 15). Por ello, si bien puede existir una interpretación a la ley mediante la cual el demandante puede considerar que se viola la Constitución; el Tribunal no puede tampoco dejar de estimar que, al amparo de la presunción de constitucionalidad de la norma, hay otra manera de interpretar la misma norma que sí sea

acorde a esta, validando así su pertenencia al sistema jurídico. Ello es ilustrado por FURNISH (1990, pág. 30), recogiendo un ejemplo de Cooley, de la siguiente manera:

- Un congresista lucha contra un proyecto de ley pues estima a conciencia que la futura norma es contraria a la Constitución. No obstante, el proyecto es aprobado y se convierte en ley.
- Tal legislador es designado como miembro de la Corte Suprema y recibe un caso en el que se debe determinar la constitucionalidad de tal ley.
- Aun cuando la opinión del exlegislador (ahora vocal) no ha cambiado respecto de tal ley, tiene como deber sostener la validez de la misma.
- Debe preguntarse: “¿Puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó a favor de la ley?”
- De ser lo anterior afirmativo, se confirma la validez de la ley.

B.2. Sentencias estimativas

Si bien la repercusión de considerar la inconstitucionalidad de una norma de rango legal puede alterar el funcionamiento del orden jurídico, no por ello el Tribunal Constitucional debe renunciar a su rol de control para considerar fundada la pretensión, defender la constitucionalidad y estimar la expulsión de una disposición legal que colisiona con otra de nivel, principio o valor constitucional. La norma suprema le ha otorgado una posición privilegiada, mas no exclusiva, para realizar la defensa de la Constitución. A través de la organización del sistema de justicia constitucional se reconoce la supremacía de sus pronunciamientos, a los que debe someterse todo poder público y ciudadano.⁶²

Debido a su especial efecto y por el ejercicio de jurisdicción de *legislador negativo*, la tipología de este tipo de sentencias reviste de especial complejidad por la especial actuación que debe realizar el colegiado de magistrados.

B.2.1. Sentencias de simple anulación

En este tipo de sentencias se ha analizado que efectivamente todo o parte de una norma se encuentra en contrariedad con el sistema desarrollado por la Constitución. El Tribunal no tiene otro remedio que, al atestiguar esta situación, declarar la

⁶² Véanse los **expedientes acumulados 0020-2005-PI/TC y 0021-2005/TC**. El Presidente de la República contra los Gobiernos Regionales de Cusco y de Huánuco (sobre diversa legislación regional acerca de la legalidad de la producción de la hoja de coca). Fundamentos a 156 a159.

inconstitucionalidad de aquello que estime pertinente anular, salvaguardando y manteniendo la presunción de constitucionalidad de aquello en lo que no ha ponderado ni interpretado como inconstitucional. En caso extremo, resulta pertinente la anulación total de una norma⁶³.

B.2.2. Sentencia interpretativa propiamente dicha

Al igual que lo señalado en el caso en que una sentencia puede rechazar la pretensión de control constitucional por el hecho de que el Tribunal Constitucional entiende el dispositivo impugnado reviste de un sentido que sí es compatible con el resto del ordenamiento, pese a que inicialmente el demandante no lo entendió así, del mismo modo puede considerarse que existen interpretaciones erróneas que crean una *nueva norma* donde antes no la hubo. Es la nueva norma, aquella detectada por el demandante, la que ocasiona que el dispositivo legal de la cual se sustenta colisione con la Constitución. Es labor de la magistratura detectar tal norma presumida a partir de la ley y expectorar a la primera del entendimiento de la última para que se supere la aparente antinomia.

En la jurisprudencia esta distinción ha sido explícita sobre este fenómeno a propósito de los casos impulsados por Marcelino Tineo Silva⁶⁴ y; Luis Alejandro Lobatón Donayre⁶⁵. En la primera realizó la diferencia entre “disposición” como enunciado y “norma” como el significado interpretado de este. En el último caso aludido, se expresó sosteniendo que:

“[L]as sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones ambiguas, confusas o complejas, de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad, en primer lugar, de la disposición; y, seguidamente, de todas aquellas normas que se desprendan de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.”

B.2.3. Sentencia interpretativa – manipulativa (normativa)

El Tribunal Constitucional no solamente actúa como mero o estricto intérprete del contenido normativo que le es expuesto en la casuística que llega a sus salas. En la misma

⁶³ Véase el caso planteado por la Defensoría del Pueblo contra la Municipalidad Distrital de Miraflores en el expediente 0053-2004-AI/TC. Acción de Inconstitucionalidad contra diversas ordenanzas municipales vinculadas a arbitrios frente a su violación a principios constitucionales – tributarios.

⁶⁴ Expediente 00010-2002-AI/TC, contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880 (conocida como “normativa antiterrorista”) fundamentos 34 y 35.

⁶⁵ Expediente 0042-2004-AI/TC, contra el Poder Ejecutivo, a propósito de la interpretación del artículo 54° del Decreto Legislativo 776 (“Ley de Tributación Municipal”) y su aplicación a los espectáculos taurinos. Fundamento 18.

manera en que es reacio a declarar la inconstitucionalidad total o parcial de una norma al relegar tal medida como un último recurso, también es un operador jurídico que, por medio de la interpretación, mejora la calidad normativa y enmienda la interpretación que pueda dársele a la ley para que esta sea conforme a la Constitución siempre que el texto de la primera se lo permita. Así como el demandante puede haber creado una nueva norma contraria a la Constitución a raíz de la interpretación de la disposición legal; el Tribunal, en su facultad interpretativa, también puede crear nuevas normas por medio del ejercicio de su jurisdicción. La nueva norma es interpretada a través de las operaciones ablativa y reconstructiva.

Mediante la operación ablativa, se realiza una “reducción” de las expresiones que pueden entenderse de la norma original para omitir aquel contenido que la haría inconstitucional. Mediante la reconstructiva, por el contrario, se “adiciona” una expresión o sentido de interpretación que no aparece en el texto, de forma que sea más coherente con su aplicación práctica. LANDA ARROYO (2006, págs. 256-257), justifica que se realicen este tipo de operaciones en el proceso interpretativo debido a que mediante estas se salvaguarda el ordenamiento jurídico de posibles lagunas o vacíos normativos que pudieran subsistir y/o reflotar como consecuencia de la expulsión de la norma legal de este. Por supuesto que con esta función no se pretende suplantar al legislador original.

B.2.3.1. Sentencia reductora

Parte del texto de la norma con rango legal podría resultar contrario a la constitucionalidad que a la que esta pretende ajustarse. No obstante, tal situación puede ser sorteada por el Tribunal Constitucional si este comprende qué parte del texto puede ser omitida al momento de ser interpretado. De esta forma, se acorta el alcance de la inconstitucionalidad detectada y solo se expulsa aquel aspecto, validando al resto de la norma tal como pretendió el legislador.

Puede ejemplificarse esto con el caso presentado contra la Ley 26530⁶⁶. Los congresistas demandaron la inconstitucionalidad modificación de la Ley de Política Nacional de la Población (Decreto Legislativo 346) debido a que, a su entendimiento, incluiría a la esterilización quirúrgica como método de planificación familiar. Ello atentaría contra la libertad personal por incapacitar de forma permanente al hombre en su ejercicio de una paternidad responsable. Si texto del Decreto Legislativo 346 en original prohibía el

⁶⁶ Expediente 014-96-I/TC. 30 congresistas contra la Ley 26530.

aborto y la esterilización como métodos de planificación familiar y; la Ley 26530 elimina a la esterilización dentro de tal lista de prohibiciones, entonces el Tribunal concluye que tal eliminación no es una promoción de tal medida por parte del Estado. Por el contrario, solo es una herramienta que es puesta a elección del ciudadano. Entonces, si se reduce a que no existe una norma tal que establezca la obligatoriedad de la esterilización, el asunto se declara como improcedente⁶⁷ ya que la norma sí es compatible con el derecho a la libertad de elección.

B.2.3.2. Sentencia aditiva

A diferencia del caso anterior, la inconstitucionalidad de la ley podría ser determinada, no por un lenguaje empleado por el legislador que podría dar lugar a interpretaciones en las que el magistrado constitucional deba controlar mediante su reducción; sino, por el contrario, esta se debe ante una omisión legislativa que hubiera mejorado el sentido de la norma. Así, el intérprete debe *añadir* contenido a un texto incompleto que le impide ser acorde a la Constitución.

Puede tomarse como ejemplo el caso llevado adelante por Tineo Silva contra la diversa legislación antiterrorista. En ella, dentro de los múltiples análisis que tuvo que realizar el Tribunal Constitucional, se hizo uno especialmente para estudiar la conformidad de la tipicidad de la acción penada prevista en el Decreto Ley 25475⁶⁸. En ella, se debatía sobre la consideración de inconstitucionalidad de la tipicidad penal del delito de terrorismo porque literalmente el artículo 2° de tal dispositivo legal establecía responsabilidad sobre “*el que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella*”. Debido a que la responsabilidad objetiva es contraria a los límites de la potestad punitiva del Estado, el Tribunal tuvo que reconocer que una interpretación literal, en verdad, es inconstitucional. No obstante, también afirmó que puede mantenerse una interpretación que sí atribuye responsabilidad subjetiva: “*El que (intencionalmente) (sic) provoca, crea o mantiene (...)*”. Por ello, la disposición sí puede tener un matiz constitucional. Para rematar, concluyó que realizar tal adición mediante interpretación no

⁶⁷“FALLA

Declarando – dentro de la interpretación precedente que no considera la “esterilización quirúrgica irreversible”, como método de planificación familiar, ni por tanto, autorizado por la ley impugnada, - improcedente la demanda, por pretenderse en ella la derogación de un precepto legal que, a juicio de este Tribunal, no existe.”

⁶⁸ Expediente 00010-2002-AI/TC. Fundamentos 60 a 67.

viola el principio de legalidad de la ley penal debido a que las sentencias que el Tribunal Constitucional emite tienen valor de ley^{69 70}.

B.2.3.3. Sentencia substitutiva

Si en los dos anteriores casos el intérprete debía resolver la inconstitucionalidad de una norma a partir de la semántica que le era propia al dispositivo como unidad; mediante una sentencia substitutiva se declara la inconstitucionalidad parcial de una parte de la norma legal; pero también se dispone remplazar tal extremo mediante su conexión con otra normativa ya existente en el ordenamiento jurídico, como parte de la función integradora del Derecho.

Sobre este tema, puede referirse al caso creado por el Colegio de Abogados e Ica contra la Ley 27684, a propósito del origen del pago de sumas de dinero bajo mandato judicial⁷¹. El dispositivo sometido a control constitucional determinaba que “*única y exclusivamente*” el Pliego Presupuestario en el que se generó una deuda cuya satisfacción es requerida judicialmente será el pertinente para atenderla. No obstante, el Tribunal encontró irrazonable la creación de un límite a la capacidad de las entidades públicas para poder acatar las sentencias del Poder Judicial. En ese extremo, se consideró que el límite deducido por la frase “*única y exclusivamente*” introducida por medio del artículo 42º de la ley cuestionada, resulta inconstitucional. A pesar de ello, es válido afirmar que las deudas de la entidad deben ser atendidas. A criterio de la sentencia, con la eliminación de dicha frase no solo se permite que el Pliego Presupuestal de origen de la deuda sea el competente; sino también, las partidas presupuestales comunes a todos los pliegos⁷².

B.2.3.4. Sentencia exhortativa

No siempre el Tribunal Constitucional, al momento de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes se arroga para sí la capacidad de modificar el ordenamiento jurídico mediante sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la norma y declarar la fundamentación de la demanda. El Tribunal es de la consideración de que si nada dentro

⁶⁹ “[E]ste Tribunal Constitucional debe señalar que, en la noción de ley, a la cual se refiere el principio de legalidad penal, para reservar la determinación de la hipótesis del delito, incluso debe considerarse las sentencias del Tribunal Constitucional que, por su propia naturaleza, tienen valor de ley”.

⁷⁰ Esta consideración fue refutada anteriormente por Marcial Rubio Correa en la introducción de la presente sección, donde el jurista la expuso como ejercicio de poder jurisdiccional, no del poder legislativo del Estado. Aún así, ambos poderes son fuente de derecho.

⁷¹ Expediente 015-2001-AI/TC

⁷² Fundamentos 40 y 41

de sus posibilidades puede evitar la sustracción de la norma a ser anulada, entonces, dentro del principio de colaboración de poderes, invoca al verdadero poder normativo del Estado: el Congreso de la República. Este tendrá la posibilidad de emitir una nueva norma que debe reemplazar a aquella que será anulada para evitar el vacío normativo que se crearía con la anulación de la ley. A su turno, para no incurrir en tal situación que dejaría en una situación precaria al derecho, la sentencia estimativa se abstendrá de entrar en vigor en tanto que el Poder Legislativo emite la norma que realizará el reemplazo. Al igual que la ley, la sentencia entrará en una situación de *vacatio sententiae*.

Un caso de esta especie fue realizado en el proceso impulsado por la Defensoría del Pueblo contra diversa legislación en materia de Justicia Militar⁷³. Al considerarse que la declaratoria de inconstitucionalidad de la normativa bajo la que se sentenció penalmente a diverso personal castrense podría revivir procesos fenecidos por haber sido sustentados bajo una legislación reconocida como contraria a la Constitución y a los derechos fundamentales de carácter irrenunciable, correspondería que el Poder Legislativo, en su mejor criterio, sea la entidad encargada de disponer cómo se encausarán procesalmente tales nuevos procesos para los sentenciados por bajo jurisdicción militar. Bajo dicha premisa, se declaró la *vacatio sententiae* por el plazo de 12 meses, computado a partir de la publicación del fallo en el diario oficial.

B.2.3.5. Sentencias estipulativas

A través de este tipo de sentencias, la jurisdicción constitucional establece las variables conceptuales y semánticas que serán utilizadas en la parte considerativa para analizar y dar solución a una controversia de índole constitucional.

Un ejemplo al respecto se presentó en el caso que importó a los gobiernos regionales de Lambayeque y de Piura, a propósito de la titularidad territorial de la Isla Lobos de Tierra⁷⁴. En ella, la primera región demandó la inconstitucionalidad de la ordenanza emitida por la segunda para pretender la titularidad de la isla en disputa. El Tribunal Constitucional estableció claramente que la resolución de la controversia puede darse si se consideran cuáles son las dimensiones de la competencia otorgada por la Constitución para delimitar el territorio nacional. Así, en una dimensión objetiva atribuye a la ley fijar los límites internos del territorio nacional y; de forma subjetiva, al Congreso de la República. Teniendo en mente

⁷³ Expediente 0023-2003-AI/TC. Fundamentos 88 a 92.

⁷⁴ Expediente 022-2003-AI/TC. Fundamento 3. Presidente [hoy, “Gobernador Regional”] del Gobierno Regional de Lambayeque contra la Ordenanza Regional 016-2003/GRP-CR

dichas variables, ni las ordenanzas expedidas por ambos gobiernos regionales ni los mapas del Instituto Geográfico Nacional tienen fundamento constitucional suficiente para sustentar el reclamo territorial, aquella normativa sobre la materia es inconstitucional. Del mismo modo, en ejercicio del principio de la función pacificadora se exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que intermedien en la resolución política de este asunto dentro de sus competencias.

6. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL DE 2020

Toda Constitución importa una fórmula política debido a que a raíz de ella se organiza el poder. Tal afirmación ha sido expuesta en las secciones anteriores al señalar el papel del constitucionalismo, especialmente aquel que enfocado en el estudio de la Constitución como una norma. Es cierto que el hecho que esta tenga una forma escrita facilita a comprender sus parámetros; pero el estudio y alcance de esta es más grande que el lenguaje estipulado en sus disposiciones. La Constitución escrita es una norma que se encuentra al alcance de interpretación de los distintos operadores jurídicos en el seno del Estado. Gracias a ella, la delimitación de sus competencias se encuentra definida a través del articulado sobre la materia. No obstante, como todo producto del lenguaje, está sujeta a interpretación por el receptor. Esto constituye el germen de los conflictos cuando el ámbito de competencia de dos entidades se ve comprometido por la interpretación de una de estas; sino es que acaso de las dos. Entonces, surge la necesidad de un tercer actor para dirimir mediante el ejercicio de la jurisdicción.

Se han desarrollado a lo largo del presente trabajo los principales sistemas de control de la constitucionalidad que actualmente existen en el mundo occidental. En el sistema norteamericano o de control difuso, el Poder Judicial asume en su totalidad la jurisdicción suficiente para pronunciarse sobre el sentido de la Constitución en base a la casuística planteada ante sus magistrados. Por su parte, en el sistema europeo o de control concentrado, el Tribunal Constitucional se encuentra habilitado como un contralor negativo y en abstracto sobre los actos emitidos por los órganos constitucionales, actuando en ese sentido como un *primus inter pares* en la materia. En Francia el Consejo Constitucional, sin llegar a tener este alcance, realiza una labor análoga y consultiva. Vistas las características de cada uno de estos sistemas, lo correcto es afirmar que en nuestro país se produce un sistema de control paralelo donde conviven tanto el control de la constitucionalidad de forma difusa como de tipo concentrado (Blume Fortini, 1996).

Ahora bien, los sistemas de control de la constitucionalidad también se encuentran sujetos a la fórmula política que la Constitución ha previsto para estos. Como en su oportunidad se expuso, existió una propagación de tribunales constitucionales en el mundo occidental una vez que la Segunda Guerra Mundial fue superada. El trasfondo de ello tuvo que ver con la volatilidad e inestabilidad suscitada en la vida política de aquellas naciones en los años previos a las grandes guerras; por lo que se vio por conveniente tener un

organismo que vigile el cumplimiento de los pactos constitucionales. Afortunadamente para los Estados Unidos, aun con las consecuencias de la Guerra de Secesión (1861-1865), el Miedo Rojo (“*Red Scare*”) del macartismo, el tenso debate en la era de las *leyes Jim Crow*⁷⁵ y el movimiento por los derechos civiles⁷⁶ aquella potencia no ha presentado momentos de flaqueza institucional en la misma magnitud que la mayoría del mundo occidental; por lo que su Poder Judicial tuvo la suficiente capacidad para atender las diferencias políticas e ideológicas dentro de la democracia.

El eje de las constituciones gira entorno al principio de separación de poderes que concibió, en primer lugar, la necesidad de contar con un texto escrito que así lo asegure (Carpentier, 2008, págs. 155-157). La Constitución concentra la organización y define el ejercicio del poder que la soberanía del poder constituyente ha delegado a las instituciones que ahí se encuentran desarrolladas con sus respectivos límites y competencias. Entonces, la justicia constitucional tiene que velar por el respeto y por la organización de tal soberanía y su ejercicio. A su turno, el juez constitucional es el único con competencia para poder zanjar tales conflictos al dirimir entre las controversias planteadas por los órganos constitucionales que plantean el litigio.

A partir de la teoría de la separación de poderes puede construirse un problema para la contraloría de la constitucionalidad: ¿Cuál es el límite del poder de injerencia de quien se arroga la capacidad de interpretación? Dentro de la concepción clásica del Estado constitucional tenemos como base a los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Se considera que los dos primeros se componen a través del proceso político y deliberativo, por lo que también se encargan de trazar el rumbo y políticas del gobierno nacional. El último, por su especialización en el conocimiento del sistema jurídico, se encarga de la resolución de controversias y es considerado como *apolítico*, pues no debería tomar partido alguno en

⁷⁵ Que comprende a la legislación implementada en los estados sureños en la época de la reconstrucción para complacer al gobierno federal bajo el mantra: “Separados pero iguales”, que fue amparado a nivel constitucional con el caso *Plessy v. Ferguson* (1896). Tal línea de pensamiento revertida fue por la jurisprudencia establecida en *Brown v. Board of Education* (1954).

⁷⁶ Desde el boicott de los autobuses de Montgomery a raíz del acto de Rosa Parks (1955) hasta el lamentable final del Dr. Martin Luther King Jr. (1968). El fin de la década de 1950 y la década de 1960 no solo se caracterizó por la concientización sobre la necesidad de terminar con la discriminación racial institucionalizada; sino también por la enfatización por la defensa de derechos, garantías y libertades individuales. En la jurisprudencia constitucional relevante de esta época tenemos: *Roe v. Wade* (1973 – Debate sobre el aborto); *Loving v. Virginia* (1967 – Protección del matrimonio); *Miranda v. Arizona* (1966 – Protección contra la autoincriminación y garantía a la asistencia jurídica profesional) y *Tinker v. Des Moines* (1969 – Libertad de expresión contra la Guerra de Vietnam)

la discusión de casos de interés público. De hacerlo, se podría cuestionar la imparcialidad con la que imparte sus fallos.

La concepción apolítica del Poder Judicial lo sitúa como blanco de críticas cuando, en el ejercicio de su deber constitucional de resolución de conflictos, debe, necesariamente, hacer una interpretación desde la Constitución para hacer un juicio de valor de las medidas adoptadas por el gobierno (sea mediante el legislador o del consejo de ministros) ¿por qué un magistrado - o un tribunal - que no ha sido elegido por la democracia debería tener la capacidad de condicionar lo que los delegados de la democracia han decidido? (Goldoni, 2015). Esta crítica a la intervención judicial en temas sociales da lugar a lo que ALEXANDER y SCHAUER (1997) denominan como “no-deferencia judicial” (*non-deference*). Una de las causas de esta se origina en el entendimiento estricto del principio de separación de poderes: El Poder Judicial no puede imponerle a los poderes Ejecutivo y Legislativo límites en el marco de lo que estos a su turno puedan entender como el mejor campo de ejecución de sus deberes constitucionales. (págs. 1366-1368). En nuestro país esta afirmación ha sido corroborada en el marco de la moción de vacancia presidencial de fines de 2021, donde la Presidente del Poder Judicial, Elvia Barrios, reconoció que su entidad no puede emitir pronunciamiento alguno sobre este tema, pues es “*estrictamente político*”⁷⁷.

6.1 ¿El Tribunal Constitucional como actor político?

6.1.1 El clima político como molde del sistema de control constitucional

A efectos de exponer el rol político del Tribunal Constitucional, me permito parafrasear el siguiente pensamiento de Zagrebelsky, recogido por DÍAZ COLCHADO (2021, pág. 479): el origen de las controversias jurídicas nunca se encuentran en el derecho positivo; sino en las concepciones que cada uno presenta sobre las instituciones jurídicas. El eje de la justicia constitucional debe ser la resolución de las controversias planteadas desde la norma constitucional. Para reconocer que hay una controversia, el juez (o la entidad que haga sus veces) debe poner la norma en contexto con las pretensiones planteadas por las partes enfrentadas.

Lo particular de la justicia constitucional, tal como se presentó en la sección pertinente, radica en que esta requiere colocar a quienes ejercen el *ius imperium* del Estado en una posición procesal para encarar a quien considere que hay una infracción a la Constitución. Por ello, especialmente, el juez debe no solamente ser un lector de la norma

⁷⁷ «Presidenta del Poder Judicial: Moción de vacancia es un tema “estrictamente de carácter político”» en *Peru21*, publicado el 27.11.2021. <https://bit.ly/32WYcSD> [consultado el 02.12.2021]

positiva; sino también del contexto político que ha llevado al resquebrajo de la relación entre las partes y debe reconocer porqué tiene autoridad para ordenar que se enmiende el agravio realizado.

En el emblemático caso de *Marbury* se reconoce la pericia del *Chief Justice* Marshall al legitimar la autoridad del Poder Judicial en un caso que ponía “en el banquillo” al Poder Ejecutivo que, de forma irónica, contaba con el mismísimo redactor de la Constitución a la cabeza. Es claro que para el discurso político la norma hecha por *el pueblo* (la Constitución) es mejor estimada frente a la ley ordinaria hecha por el Congreso (*Judiciary Act*). El verdadero problema para Marshall radicaba en las consecuencias que tendría su fallo:

- i) Si amparaba la demanda, Jefferson desacataría la sentencia exponiendo la impotencia de aquella institución federal para ejecutarla (función delegada a la administración Jefferson).
- ii) Si la desestimaba, al haber sido él quien fue responsable del nombramiento de Marbury y sus demás partidarios como jueces de paz, los compromisos asumidos con los demandantes se hubieran visto entre las cuerdas afuera del tribunal.

Para evitar estos escenarios, supo reconocer el contexto político en el que se encontraba inmerso, asumiendo autoridad jurisdiccional a través del planteamiento de la revisión judicial, trasladando los motivos de su actuación al mandato constitucional reservado para la Corte. Tal es el primer hito en la confluencia de política y derecho.

La *judicial review*, a pesar de ser una institución que no es propia del derecho romano, influyó en la concepción del tribunal ideado por Kelsen para resolver las controversias que pongan en entredicho el ordenamiento jurídico. Este es el aspecto teórico del tribunal constitucional kelseniano. No obstante, debido a que la vigencia de la Constitución como norma depende del ejercicio de poder por parte de una autoridad, se desarrolló un debate con Carl Schmitt, el cual fue expuesto a inicios del presente trabajo. Con la experiencia, el *fürherprinzip* postulado por Schmitt demostró su peligrosidad para la democracia. Por ello es interesante que los tribunales constitucionales que pululan en el mundo no solamente recogen las ideas de Kelsen para ser contrapeso de los excesos del legislador; sino que también ha recogido la facultad de arbitrar entre poderes estatales según

Schmitt. El Tribunal Constitucional vela por el cumplimiento de los valores políticos de la comunidad (como la democracia y la vigencia de los derechos fundamentales) y la defiende de aquellos que osen atentar contra ellos (Díaz Colchado, 2021, pág. 482).

6.1.2 El constitucionalismo político: una crítica al rol del contralor

Si bien en el plano teórico la necesidad de contar con un órgano que realice el control de las disposiciones constitucionales ha ido ganando terreno en el último siglo; en el plano social ha resultado controvertida la aceptación a la delegación de autoridad a tal órgano. Ello es especial si se considera la construcción de la democracia en función a la participación y diálogo social (Goldoni, 2015). La animadversión al rol de las cortes constitucionales parte del principio de igualdad política. Este es entendido como el sostén que permite que los acuerdos que afectan a la sociedad, tales como la legislación, sea respetada por el hecho que en su elaboración existieron elementos de participación política de la ciudadanía; sea mediante el sistema de partidos políticos o mediante foros y mesas de diálogo el legislador puede recoger insumos para el proceso de toma de decisiones al establecer la legislación (Goldoni, 2015, págs. 71-72). Al ser la Constitución el instrumento a partir del cual la política y la sociedad guían su desarrollo, quien tenga autoridad de determinar el alcance de su aplicación no estará exento de críticas en su función.

A manera de ejemplo, tomemos el debate suscitado en el seno de la Convención Constituyente chilena electa en 2021. En ella, la Comisión de Sistemas de Justicia propone eliminar el Tribunal Constitucional por los siguientes argumentos⁷⁸:

- a) **Percepción de que actúa como “tercera cámara”**: Este argumento reitera la animadversión inicial que tuvieron nuestros constituyentes peruanos en el Congreso Constituyente Democrático como una instancia minoritaria capaz de superar el control del Senado. Uno de los casos sacados a flote se refirió a la despenalización del aborto a través de los fundamentos expuestos en una de sus sentencias⁷⁹.

⁷⁸ «Convención va por el TC: ingresan iniciativa que lo elimina en la nueva Constitución» en *BioBio*, publicado el 30.12. 2021. <https://bit.ly/3qOQK48> [consultado el 04.01. 2022]

⁷⁹ Sentencia de rol 3729-2007

- b) **La elección de sus miembros responden a compromisos políticos, antes que a su formación judicial:** Para los constituyentes, los ministros [magistrados] son, antes que jueces, agentes políticos que pueden alterar las decisiones de una instancia verdaderamente de origen popular y democrático como lo es el Congreso.
- c) **Incapacidad de distinguir el rol que le compete:** los auspiciadores de la eliminación del Tribunal Constitucional manifestaron que el tribunal “no solo revisa la ley en abstracto, sino que también no tiene deferencia con el legislador democrático”⁸⁰.
- d) **La acción de inaplicabilidad ha sido instrumentalizada:** Se denuncia que este mecanismo de defensa de la Constitución ha sido distorsionado en su aplicación en lo que se refiere al desarrollo de los procesos penales bajo la premisa del amparo a los derechos fundamentales.

Por supuesto, la alternativa que se está planteando en la Convención se trata de otorgarle nuevas competencias a la Corte Suprema; así como eliminar la acción de inaplicabilidad en el plano procesal, poniéndole fin al control preventivo. El anhelo del constituyente chileno es poder “democratizar” – a través del foro parlamentario – los cambios legislativos que se hagan necesarios a la luz de la retroalimentación que realice el Poder Judicial.

La propuesta de la Convención parte, entonces, en el uso político que se le habría dado – a ojos de la sociedad sureña – a aquel órgano de control. La conclusión que han manifestado los constituyentes consiste en que su rol sería prescindible si es que acaso el Estado Constitucional en Chile se guiaría en base a los avatares políticos. Esto se aproxima a la teoría de “Constitución auto vigilada” o “Constitucionalismo popular” propuesta por Waldron y Bellamy (Goldoni, 2015, págs. 78-85). De acuerdo con tal posición, solo el proceso político puede corregir y vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por su solo desarrollo, otorgándole un carácter vivo y orgánico. Resulta adverso considerar que las instituciones contra mayoritarias – aquellas que no representan a las mayorías

⁸⁰ Biobio. Íbid.

políticas – como árbitros legítimos en los conflictos políticos y sociales que nacen a raíz de las diferentes ideas sostenidas por el sistema de partidos.

El constitucionalismo popular discrepa del constitucionalismo jurídico tal como es ampliamente aceptado (Goldoni, 2015, págs. 72-75). Para el primero, los textos constitucionales no deberían ser consideradas como normas jurídicas; pues tal calificación limitarían el proceso de toma de decisiones en la sociedad al darle puerta de entrada al juez como árbitro del conflicto político surgido a raíz de su interpretación. Por su parte, el constitucionalismo jurídico postula métodos de contención de la acción política tales como el reconocimiento de asuntos pre - políticos, como los derechos y principios constitucionales, por lo que estos se encuentran fuera del ámbito de discusión. Además, busca estructurar las reglas de debate a través de la democracia deliberativa como medio de resolución de conflictos. Si el conflicto persiste tras el diálogo, jurídicamente se considera un fracaso. Por el contrario, desde el punto de vista político, esto solo es una consecuencia de un proceso que la Constitución debería enfrentar y de la cual surgen nuevas convenciones.

6.1.3 Evolución del control constitucional: del plano político a la jurisdiccionalidad

El constitucionalismo moderno toma una posición más elevada respecto de cómo se encontraba su planteamiento allá en el S. XVIII: la Constitución ya no es solo un texto y principios elevados para ser limitantes del poder. El constitucionalismo moderno ordena, guía y modela las relaciones entre el poder y la sociedad (Pozzolo, 1998, págs. 346-347). Se reconoce que, en el sentido axiológico, la Constitución vincula al Derecho con la moral por medio del reconocimiento de principios que permiten interpretar su alcance. Bajo esta premisa, el intérprete asume cuál es el modelo ideal de principios recogidos en el texto; pero debe contrastarlos contra el modelo real del orden constitucional puesto en la práctica. De esta manera, aplica un marco dentro del cual el ejercicio del poder, más que verse limitado en un sentido restrictivo y negativo, se desarrolla de forma proactiva.

El escenario anteriormente mencionado se encuentra supeditado a la presencia de constituciones rígidas y a las garantías que esta otorga hacia el legislador (Díaz Colchado, 2021, pág. 485). La primera característica se encuentra referida a los procedimientos especiales que deben seguirse para llevar a cabo la reforma de la Constitución, los cuales, por su temática, son totalmente distintos y más exigentes que los requeridos para en el proceso legislativo ordinario. El segundo aspecto se vincula con los procesos jurisdiccionales previstos para que un juez pueda pronunciarse sobre la conformidad

constitucional de una ley por medio de los distintos modelos de control desarrollados por este trabajo. En conjunto, ambas variables condicionan la dificultad por medio de la cual los preceptos constitucionales pueden tener mayor o menor asidero en el debate jurídico y social. El Tribunal Constitucional tiene una importante participación en el proceso de constitucionalización que se forma a partir de ambas condiciones ya que por medio de su jurisprudencia se reafirma la exigibilidad de conceptos no contemplados en la Ley, como lo son los derechos fundamentales, los cuales irradian de la Constitución (Díaz Colchado, 2021, págs. 485-486).

FERNÁNDEZ SEGADO (2007, pág. 123) rescata que el desarrollo del control de constitucionalidad realizado entre el *common law* y el *civil law* responden al enfoque de la cultura jurídica de estos respectivos sistemas. Nuestra tradición se ha caracterizado profundamente por la observancia de la ley positiva. Por ello, el juez limitaba su competencia al texto de la ley y, en caso de duda, acudía al legislador. En cambio, el sistema británico resultó ser más versátil frente a la casuística en aras de encontrar justicia. No por ello un sistema resulta superior a otro ni mucho menos se pretende desprestigiar a alguno. Simplemente son rasgos que han caracterizado la formación y la práctica del Derecho en ambos sistemas occidentales.

Desde la influencia francesa, propia de la cercanía latina, surgen los Senados Conservadores. A través de ellos el ciudadano canaliza su derecho a reclamar las infracciones de las autoridades ante el Legislativo. Por el contrario, el juez en el *common law*, considerando el análisis desarrollado en la sección pertinente al control difuso, gozaba de una mayor libertad para fundamentar sus fallos y llegar a realizar un control de constitucionalidad por medio del principio de *judicial review*.

Mientras que el juez anglosajón podía realizar un control de constitucionalidad dentro del proceso en base a los principios aplicables al caso; su par hispano se encontraba limitado al desarrollo legislativo de un proceso que le permita avocarse a tal análisis. Bajo este panorama, los Parlamentos latinoamericanos vieron un clima propicio para tomar una dimensión asambleísta de representación popular ante crisis constitucionales. Solo el paulatino implante de la revisión judicial y la creación de cortes constitucionales disminuyó el fervor parlamentario (Fix-Zamudio, 1998).

El desarrollo de las cortes constitucionales en general y de los tribunales constitucionales en particular en América Latina se debe a la mayor acogida del precepto de *judicial review* del sistema anglosajón. La comunidad jurídica del Sur del Río Grande entendió la impotencia manifestada por los jueces para hacer valer la Constitución como norma si esta no contaba con medios procesales. En la región, el régimen de la Constitución del Estado de Yucatán de 1847 es la primera en reconocer el amparo como proceso idóneo para garantizar el respeto de los derechos individuales que hubiesen sido violados tanto por particulares y autoridades estatales. Esto representa un primer cambio en la cultura jurídica sobre la defensa del orden constitucional, aun si se trata de un proceso cuyos efectos serán entre las partes.

Propiamente dichos, los tribunales constitucionales herederos de la tradición austriaca llegarán a nuestro hemisferio después de la Segunda Guerra mundial, por el contexto filosófico y político que se esbozó en la sección perteneciente. Fue en Ecuador donde se produjo el primer y efímero intento mediante el Tribunal de Garantías Constitucionales, inspirado en la institución de la Segunda República Española. A pesar del deseo del constituyente norteño en 1945 por establecer un nuevo actor en la administración de justicia constitucional, esto se vio truncado debido a las escasas competencias que le fueron asignadas y a la salvaguarda al Poder Legislativo sobre su autoridad frente a la vigencia de la ley, mediando una solución política a los procesos conocidos por el tribunal (Fernández Segado, 1999, págs. 450-451). El Tribunal de Garantías pudo resistir el cambio de texto fundamental en 1946.

Chile presenta una historia que quizás permita explicar la razón de ser de los tribunales que conjugan los preceptos políticos de Schmitt con aquellos netamente jurídicos de Kelsen: ser árbitro de los conflictos entre poderes según marco constitucional. Si bien para la Constitución de 1925 ya se había autorizado el control judicial de las leyes, el Poder Judicial se negaba a resolver los recursos de inaplicabilidad manifestando que los vicios de inconstitucionalidad provenían de la construcción de la norma por el Legislativo, donde no podía interferir (Fernández Segado, 1999, pág. 456). El Parlamento podía hacer uso de las leyes para contrariar la dirección del Ejecutivo. Para ello, se optó por la creación de un cuerpo que tenga competencia para poder articular los conflictos de tales poderes. Pese a la corta existencia del primer Tribunal Constitucional chileno (1971-1973), FERNÁNDEZ SEGADO (1999, págs. 458-460) resalta su mejor papel en la defensa de la Constitución que

la Corte Suprema. De acuerdo con tal autor, los criterios muy formales del Poder Judicial le impidieron sacar provecho a las nuevas facultades de revisión judicial que le fueron otorgadas en 1925, siendo firme en los periodos autoritarios que atravesó el país austral; razón por la cual el Tribunal Constitucional tuvo que ser cerrado con la llegada de Pinochet.

Pese a que tuvimos juristas como Felipe Masías, Javier Prado o Manuel Villarán, nuestro país fue el último de la región en adoptar tanto el sistema de control difuso como el de tipo concentrado conforme se desarrolló en la sección correspondiente al constitucionalismo peruano. Habiendo recapitulado dicho antecedente, es conclusiva la literatura que manifiesta que dicha situación se produjo tanto por el recelo parlamentario sobre sus competencias (tanto en el control de la producción legislativa como en el alcance del foro político) como al conservadurismo judicial asentado en la formalidad procesal (Fernández Segado, 1999, págs. 461-465).

El establecimiento de un alto quórum para declarar la inconstitucionalidad de una norma, que hubiera significado una negativa actuación del legislador de la democracia, era un candado tácitamente diseñado en el Tribunal de Garantías Constitucionales. Ello se refuerza con el efecto que se atribuyó a sus sentencias: Estas no anulaban en sentido alguno la norma por el solo ejercicio de jurisdicción; sino por la acción del legislador durante la *vacatio sententiae* o; por el artículo 30 de la Constitución. Los magistrados, conscientes de la impotencia que rodeaba a su institución, la mimetizaban atribuyendo su proceder en base a una deficiente Ley Orgánica e incluso invitaban a la academia a encargarse del papel de dirimir e instar la corrección al Parlamento cuando en el Pleno no se podía acordar un fallo (Aguirre Roca, 1985).

El actual Tribunal Constitucional peruano, a diferencia de su antecesor, debe el cuarto de siglo de historia institucional por los méritos que ha cosechado al encarar con delicado tino asuntos donde, inclusive, se enfrenta con el poder político (Morales Saravia, 2014, pág. 57). Desde sus primeros años ha sido partícipe de los debates que definirían y reafirmarían la Democracia y el Estado de Derecho en el país. Cabe recordar el caso de la Ley de Interpretación Auténtica⁸¹. La firmeza de los magistrados que votaron la causa⁸² detectando

⁸¹ 00002-1996-AI

⁸² Los magistrados Nugent, Acosta Sánchez, Díaz Valverde y García Marcelo se abstuvieron en la votación, asentando que no poseían idoneidad al haber adelantado su opinión sobre el caso antes de que este siquiera les haya sido planteado.

la contrariedad de la Ley 26657 fue importante en la debacle de la década fujimorista. Es cierto que con ello arriesgaron mucho más que su destitución ante el Congreso de mayoría oficialista; pero enriquecieron el debate académico sobre el rol del Tribunal Constitucional ante la política peruana (Díaz Colchado, 2021, pág. 483).

6.2 El caso de la vacancia presidencial - 2020

6.2.1 El asambleísmo como causa de los conflictos de poderes

En estos últimos 200 años, los peruanos hemos tenido el reto de construir el Estado de Derecho. Para ello, ha sido necesario que las distintas fuerzas y corrientes políticas que alguna vez ocuparon el sillón presidencial o alguna curul en el Congreso hayan tenido que cooperar en aras de mantener vigente tal anhelo. Sin embargo, ello no significa que la convivencia haya sido pacífica. El conflicto de poderes ha estado presente en los jóvenes años de la República. PERALTA RUIZ (2021) identifica al menos cuatro episodios que revelan la confrontación entre el Congreso y la Presidencia dentro de nuestra primera centuria. Estas fueron a la sazón:

- i) **La sucesión presidencial de Gamarra (1832):** el mariscal Gamarra añoraba que su sucesor en la Presidencia fuese el general Pablo Bermúdez. La Convención Nacional, entidad encargada de elegir al Presidente de la República, designó a Orbegoso como Primer Mandatario. Al apagar el consecuente levantamiento de Bermúdez, se sancionó la Constitución de 1834. Aquel texto afectó el equilibrio de poderes al eliminar la institución de la Vicepresidencia de la República para que la sucesión presidencial recaiga en el Congreso. Además se recogió la acción popular para fiscalizar los actos del Ejecutivo. La Confederación Peruano – Boliviana detuvo la vigencia del orden constitucional.

- ii) **La estocada contra Castilla (1856-57):** Si bien el apoyo del movimiento liberal fue la base que inclinó la balanza para la Batalla de La Palma, la elaboración de la Constitución de 1856 resultó ser un revés ingrato para Ramón Castilla. La Convención, dominada por sus entonces aliados, hizo incompatible la presidencia provisoria (que ejercía el tarapaqueño) con la candidatura a la presidencia y; empoderó al Legislativo haciéndolo partícipe en los ascensos militares, erosionando su apoyo institucional en pleno enfrentamiento contra las

fuerzas conservadoras de Vivanco, rival político común. Este episodio solo pudo ser superado con el cierre de la Convención Nacional por un Ejecutivo abrumado por la extrema injerencia del Legislativo en las negociaciones de paz con Vivanco.

- iii) **La reforma constitucional de 1860:** Una vez que se instaló un Congreso extraordinario ante el vacío dejado por la Convención, el Consejo de Ministros expuso la necesidad de que se elija a la fórmula de la Presidencia y Vicepresidencia; así como la necesidad de realizar reformas constitucionales para mejorar la convivencia política. Este último pedido fue acogido por los diputados; pero no por los senadores, quienes la percibieron como una imposición de Castilla. Con esta negativa, la Cámara Alta promovió una moción de vacancia de la Presidencia de la República, la cual fracasó. La guerra contra Ecuador obligó al Congreso a suspender sus actividades; pero volvió a sesionar bajo la forma de Congreso ordinario. Con este tiempo adicional, los liberales asumieron su realidad como minoría política y no opusieron resistencia en la aprobación de reformas.
- iv) **La caída de «Tiberiópolis»:** En un principio, la relación entre Mariano Ignacio Prado y el Congreso era afín, pues este confirmó su presidencia tras haber superado su periodo de dictadura a causa de la Guerra Hispano – Sudamericana. Ambos poderes del Estado eran de tendencia liberal. Sin embargo, el cambio de Prado hacia el conservadurismo empezó a erosionar la relación hasta el punto de que el Legislativo dispuso prohibir que el Presidente despache con ministros previamente censurados (15.02.1867). Ello implicó que todo su “Gabinete de Tiberiópolis” fuese, en la práctica, el primer gabinete íntegramente censurado por el Congreso. Ello fue seguido por interpelaciones a ministros y el aplazamiento a la entrega de los poderes necesarios para lidiar con las rebeliones de Diez Canseco. Este episodio cesó tácitamente cuando el Congreso dejó de sesionar paulatinamente tras el apresamiento del congresista Mariano Herencia Zevallos (04.10.1868). Si bien García Calderón, entonces congresista, propuso que la Presidencia había vacado por el quiebre de la Constitución, el Vicepresidente La Puerta ignoró la propuesta que lo hubiera elevado a la primera magistratura.

El principal objetivo que motivaría la manifestación del fenómeno asambleísta consiste en el anhelo del Poder Legislativo por constituirse o declararse como el “Primer Poder del Estado”. El asidero de esta postura radica en su mayor nivel de pluralidad y representación política de la sociedad. Dicha tradición fue propia de la facción jacobina en la Convención Nacional durante la Primera República francesa y, por similitud en la tradición política, se trasladó hacia América Latina (Peralta Ruiz, 2021, págs. 509-510).

6.2.2 La difícil cohabitación del Ejecutivo y el Congreso (2018-2020)

6.2.2.1 El camino a la disolución del Congreso de la República - 2019

La principal constante del gobierno de Martín Alberto Vizcarra Cornejo (2018-2020) radica en la áspera relación que sostuvieron el Ejecutivo y el Legislativo. Cabe recordar que la instalación de Vizcarra en la *Casa de Pizarro* se produjo a raíz de la renuncia de Pedro Pablo Kuczynski Godard, quien se encontraba encajonado por la oposición que incluso gestionaba un intento de vacancia contra el último. No es propósito del presente trabajo teorizar sobre las causas que motivaron tal enfrentamiento ni analizar el comportamiento de los actores de ambas orillas.

Si bien la llegada de Vizcarra trajo consigo una relativa estabilidad en la política nacional al haberse distanciado de su antecesor, quien se enfocó de lleno a las investigaciones del caso *Lavajato*, esta situación fue de corta duración. El año 2018 estuvo marcado por la revelación de los audios que dieron lugar al enjuiciamiento del caso conocido como *Los Cuellos Blancos del Puerto*, donde jueces, personajes de la clase política y social, así como miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, dieron a entender la realización de actos repudiados en la administración de justicia.

Bajo tal escenario, la reforma del sistema electoral y de la administración de justicia se volvieron políticas de gobierno prioritarias. La manifestación de esta situación se produjo mediante la realización de un referéndum (09.12.2018). A través de aquella consulta popular se logró: i) la creación de la Junta Nacional de Justicia; ii) reformar el financiamiento de organizaciones políticas y; iii) prohibir la reelección inmediata de parlamentarios. Pese a que también estaba previsto el retorno del Senado en la Constitución, el propio Vizcarra retractó su apoyo a tal propuesta, ya que consideró que

su proyecto de ley había sido desvirtuado en el Congreso antes que su aprobación sea llevada a referéndum⁸³.

El año 2019 no sería ajeno a la gran oposición que el Congreso haría sentir en Vizcarra. El Primer Mandatario llegó a anunciar en el Mensaje a la Nación del 28 de julio una propuesta de reforma constitucional para lograr el adelanto de las elecciones generales de 2021⁸⁴. Con ello esperaba que la renovación de las máximas autoridades políticas del Gobierno Central otorgue un respiro al ambiente cargado de fricciones. Si bien el Presidente del Consejo de Ministros, Salvador del Solar, y el Ministro de Justicia, Vicente Zaballos, sustentaron el proyecto, la Comisión de Constitución y Reglamento lo archivó al considerarlo como inconstitucional por contrariar la duración del mandato de las autoridades afectadas⁸⁵.

De forma paralela al debate de la medida mencionada anteriormente se estaba realizando el proceso de renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional. Si bien esto era un proceso necesario, la actuación del Congreso fue llevada de forma inusitadamente célere⁸⁶ y con aparente falta de transparencia⁸⁷. Conociendo el desaire del proyecto sobre adelanto de elecciones, el Ejecutivo anunció el 27 de setiembre que utilizaría la herramienta de la cuestión de confianza⁸⁸ para proponer un proyecto de ley que modifique la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en lo referido al proceso de designación de sus magistrados.

Para que tal proyecto se debata en el Congreso, era imperativo que se suspenda el proceso de designación de magistrados que se encontraba en curso. Del Solar contaba con que en la sesión del lunes 30 de setiembre se permitiría su presentación ante el

⁸³ «¿Por qué Martín Vizcarra le dice ‘no’ a la consulta sobre el retorno a la Bicameralidad?» en *RPP*, publicado el 10.10. 2018. <https://bit.ly/3fzi411> [consultado el 18.01.2022]

⁸⁴ Proyecto de Ley 4637/2019-PE.- Reforma Constitucional que prohíbe la postulación de quien ejerce la Presidencia y adelanta las Elecciones Generales.

⁸⁵ Dictamen recaído el 26.09.2019

⁸⁶ «En media hora se decidió lista de candidatos al TC» en *La República*, publicado el 20.09.2019. <https://bit.ly/3tJdBkL> [consultado el 18.01.2022]

⁸⁷ «CIDH objeta falta de transparencia en proceso de selección para el TC» en *Peru21*, publicado el 27.09.2019. <https://bit.ly/3AfUn7M> [consultado el 18.01.2022]

⁸⁸ Artículo 133 de la Constitución.

Congreso para sustentar el pedido de confianza formulado por el gobierno. No obstante, su participación sería delegada a un segundo plano. Tal fue la reacción del Legislativo que, además de no ser agendada como prioritaria la presentación del Primer Ministro, le fue impedido el ingreso al hemiciclo. Solo el auxilio de los parlamentarios de la minoría le permitió estar presente en el foro, plantear la cuestión de confianza y marcharse del Palacio Legislativo⁸⁹.

En la misma noche de los hechos recientemente descritos, Vizcarra tomó la decisión de disolver el Congreso al haber deducido la segunda crisis del gabinete por remoción de la confianza depositada. De forma paralela, en un hecho inusitado, los parlamentarios que aún sesionaban⁹⁰ declararon la “suspensión temporal” del ejercicio de la Presidencia y ungieron a la Segunda Vicepresidente de la República, Mercedes Aráoz, como mandataria. A pesar de tales gestos simbólicos de los congresistas, ninguno de ellos tuvo efecto práctico. Este conflicto fue superado mediando el Tribunal Constitucional, que reconoció la validez de la postura del Ejecutivo⁹¹. En consecuencia, se llamaron a elecciones para recomponer el Congreso para el periodo 2020-2021.

6.2.2.2 El camino a la vacancia presidencial de 2020

La recomposición del Congreso de la República se produjo a través de la elección extraordinaria dispuesta para tal propósito llevada a cabo el 26.01.2020. Con un ambiente delimitado por asuntos prioritarios como la necesaria renovación del Tribunal Constitucional y la emergente crisis sanitaria y económica que acarreó la propagación de la Covid-19 se hubiera esperado que se fortalezca la unidad de los actores políticos. No obstante, ello distó mucho de la realidad y se renovó el clima de tensión como si la disolución del Congreso 2016-2019 nunca se hubiese producido.

En mayo de 2020 se empezó a gestar lo que sería conocido como el Caso *Richard Swing*. Se hizo de conocimiento la existencia de contrataciones irregulares a favor del intérprete Richard Cisneros a través del Ministerio de Cultura por las cuales Vizcarra

⁸⁹ «Elección del TC: Hemiciclo cierra las puertas para impedir que ingrese gabinete ministerial» en *Gestión*, publicado el 30.09.2019. <https://bit.ly/3587o7X> [consultado el 18.01.2022]

⁹⁰Las congresistas de Nuevo Perú, Bancada Liberal, Frente Amplio, Unidos por la República y Peruanos Por el Cambio se retiraron.

⁹¹ Expediente 0006-2019-CC/TC

tuvo que empezar a responder y el Ministerio Público, abrir investigación⁹². Esta situación fue sorteada inicialmente por la Presidencia mediante la atribución de responsabilidad política - y consecuente renuncia - de la Ministra de Cultura, Sonia Guillén. Tiempo después, el caso empezaría a requerir de forma directa la participación de Vizcarra debido a la presentación de tres audios ante la Mesa Directiva del Congreso el 10 de setiembre. Bajo este contexto, se presentaría la Moción de Orden del Día 12090 que inició un proceso de vacancia.

En la moción se da cuenta que, en aplicación de los artículos 66, 68 y 89-A del Reglamento del Congreso y, al inciso 2 del artículo 113 de la Constitución, se formulaba pedido de vacancia contra Vizcarra por la causal de permanente incapacidad moral. Para sustentar tal acto se hizo referencia al Informe de Control Específico 025-2020-2-5765-SCE de la Contraloría General de la República, donde se concluía que el Ministerio de Cultura, desde 2018, habría favorecido a Richard Cisneros por medio de 9 órdenes de servicio por hasta S/ 155,400.00 (Ciento cincuenta y cinco mil cuatrocientos y 00/100 Soles) sin que ello se haya encontrado en el marco del objeto de contratación ni contar con el perfil mínimo. Además, los congresistas proponentes resaltaron que el Presidente de la República no haya estado dispuesto a colaborar con la justicia en el esclarecimiento del caso, limitándose a negar los hechos sin declarar en el Palacio Legislativo pese a las citaciones⁹³.

La postura jurídica – constitucional del Congreso para la moción se centra en los siguientes aspectos que se interpretaron de la Norma Fundamental:

- **Las responsabilidades constitucionales y legales de quienes ejercen el poder del Estado, con especial énfasis en la Presidencia de la República** (artículos 39, 45 y 110): A raíz del proceso de inconstitucionalidad del Fiscal de la Nación contra algunas disposiciones de la Ley 29703⁹⁴, se resalta la aplicación como principio constitucional aquel de Buena Administración, que exige que todo funcionario público actúe con transparencia y honestidad. En el escalafón

⁹²«Fiscalía abre investigación preliminar por presuntas irregularidades en contratación de Richard Swing» en *RPP*, publicado el 27.05.2020. <https://bit.ly/3FJz2Vh> [consultado el 18.01.2022]

⁹³ Oficio 167-2020-PR, mediante el cual deniega su asistencia a declarar ante la Comisión de Fiscalización y Contraloría.

⁹⁴ STC 0017-2011-PI/TC

constitucional, quien ejerce la Presidencia de la República es el principal funcionario de la Nación; por lo que debe ser ejemplo de los valores constitucionales.

- **Probidad del Presidente de la República** (inciso 2 del artículo 113): Al no existir jurisprudencia ni desarrollo constitucional sobre la causalidad de la *permanente incapacidad moral*, se recurrió a la doctrina para concluir que el Congreso debe realizar una valoración ética-moral sobre la probidad de quien actúa como Primer Mandatario para ocupar tal rol⁹⁵. En sí, es una decisión política que debe tomarse en función al curso de eventos de actualidad. Sería estimada como una medida para establecer el equilibrio de poderes cuando los actos del Presidente de la República interfieren con el ejercicio extremo de sus funciones constitucionales⁹⁶.

La respuesta de la Presidencia de la República ante tal medida consistió en el planteamiento de un proceso de conflicto competencial ante el Tribunal Constitucional. Durante el trámite del Expediente 00002-2020-CC/TC, en el Pleno del Congreso se desestimó la moción de vacancia planteada debido a que no alcanzó el número de votos requeridos para su aprobación. Cuando ello ocurrió, el Poder Legislativo aun no había respondido el emplazamiento del proceso constitucional en trámite. Con el proceso aun en trámite, en fecha 20 de octubre se presentó la Moción de Orden del Día 12684, donde también se impulsaba la declaración de vacancia presidencial por la causal de incapacidad moral permanente. No obstante, a diferencia de la anterior moción, la más reciente versaba sobre una de las investigaciones que formaban parte de *Lavajato*: el Caso *OBRAINSA*, que se remonta a hechos de cuando Vizcarra ejercía como Gobernador Regional de Moquegua. Producto de la votación de esta nueva moción, se declaró la vacancia de la Presidencia de la República mediante la Resolución 001-2020-2021-CR. En cumplimiento de la fórmula prescrita para la sucesión presidencial⁹⁷, ante la renuncia de la Segunda Vicepresidencia, el entonces Presidente de la Mesa Directiva del Congreso

⁹⁵ RUBIO CORREA, Marcial (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo IV, Fondo Editorial PUCP. p. 281

⁹⁶ BALLESTEROS, Enrique Bernales (1999). La Constitución de 1993 Análisis Comparado. Editora RAO S.R.L. p. 535-537

⁹⁷ Artículo 115 de la Constitución.

de la República, Manuel Arturo Merino de Lama, lució la banda presidencial, aunque sea por un breve periodo.

6.2.3 El rol del Tribunal Constitucional en el caso de la vacancia presidencial - 2020

El caso de la vacancia presidencial fue, sin lugar a duda, el clímax de un quinquenio marcado por la manifiesta tensión entre el Legislativo y el Ejecutivo. Es cierto que cada componente de esta relación defendía los intereses y objetivos de sus miembros⁹⁸ más allá de lo dispuesto por norma alguna. No obstante, a propósito de la institucionalidad que cada actor político ocupaba en el aparato de la estructura del Estado, estas diferencias políticas tomaron la forma de problemas jurídico – constitucionales. Ya se hizo referencia a los casos que importaron el doble proceso de disolución (2019) y vacancia (2020). Sin embargo, también es importante considerar como antecedente el caso *cuestión de confianza y crisis total de gabinete*⁹⁹. Dicho caso delimitó el poder del que dispone el Legislativo para supervisar la actuación política del Consejo de Ministros (crisis total del gabinete). De haber prosperado la pretensión del Congreso para limitar la cuestión de confianza se hubiera mermado la medida de equilibrio con la que cuenta el Ejecutivo ante tal situación: la disolución del Congreso. La temática de ambas medidas, por supuesto, es de interés del texto constitucional.

Un aspecto resaltante del caso *cuestión de confianza* consiste en que el Tribunal Constitucional reconoce que, si bien la Constitución y el Reglamento del Congreso otorgan amplio margen para que el Legislativo emita la normativa que crea conveniente, aun la efusividad de la arena política debe mantenerse delimitada por la observación de tales instrumentos¹⁰⁰. En ello se reconoce que incluso en la actividad política hay pautas y principios constitucionales que deben ser observados al haberse recogido en la Norma Fuente que crea el Estado. El Congreso, aun cuando estime que su facultad legislativa le permite emitir la legislación que estime conveniente para garantizar el orden político-social, no cuenta con un cheque en blanco para alterar los principios constitucionales. Entre ellos, el principio de equilibrio de poderes.

⁹⁸ Sea como bancada parlamentaria o como miembros del gabinete y/o del Despacho Presidencial.

⁹⁹ Demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa 007-2017-2018-CR que modifica el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República. **Expediente 006-2018-PI/TC.**

¹⁰⁰ Fundamentos 3 y 4

Ahora bien, una peculiaridad que revisten los Tribunales Constitucionales consiste en que estos no están destinados a ser mediadores de las disputas políticas (al menos no como su principal función). En el modelo de control norteamericano, vinculado al Poder Judicial, por supuesto que esta función es más que imposible dentro de la no injerencia entre poderes. Sin embargo, la turbulenta historia constitucional de América Latina y Europa Occidental ha llevado a que se establezca como parte de su competencia se conozca de forma exclusiva un proceso especial como lo es el conflicto competencial o conflicto de competencias.

En el Perú, este se encuentra regulado en el Código Procesal Constitucional. De acuerdo con el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución, el Tribunal conoce los conflictos competenciales considerando las atribuciones que aquel texto atribuye a los organismos que forman parte de la estructura del Estado. A continuación, el Código Procesal Constitucional¹⁰¹ desarrolla el esquema por el cual se sustenta el conocimiento de un caso por parte del Tribunal cuando dos o más entidades advierten que hay un entorpecimiento en la realización de sus funciones, sea porque una se arroga aquellas de otra entidad o; porque existen omisiones que impiden que la entidad afectada cumpla con sus funciones.

Es cierto que para la resolución de una controversia es necesario el desarrollo de un proceso que permita que las partes involucradas puedan conocer de antemano qué tipo de actuaciones se realizarán y que el juez sepa cómo se desarrollará hasta su conclusión. Esta ha sido la condición *sine qua non* que ha estado vinculada, en nuestra cultura jurídica, en el desarrollo de la defensa de la constitucionalidad.

Se ha descrito cómo a través del sistema del *common law*, desde *Bonham's case* hasta *Marbury*, se ha privilegiado la primacía de una constitución natural y de sus principios; con la salvedad que en *Marbury* se también se rescata el valor que tales preceptos se positivicen. Del mismo modo, se estableció que el control de constitucionalidad solo es realizado de forma incidental ante la carencia de una vía particular para tal efecto (Fernández Segado, 2007, pág. 123).

Por el contrario, en nuestro sistema del *civil law* el establecimiento de la vía procedimental ha sido una manera de permeabilizar los hitos jurisdiccionales del

¹⁰¹ Artículo 110 de la Ley 28237 y 108 del Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley 31307)

common law hacia el mundo latino, donde incluso se han realizado aportes jurídicos como el establecimiento del proceso de amparo (Fix-Zamudio, 1998). El establecimiento de un proceso adecuado, más que añadir un corte formalista y ritual a la causa, también le otorga garantía de imparcialidad y límite a la jurisdicción del árbitro del conflicto. (Verdugo R., 2010).

Como ya habían afirmado los magistrados del Tribunal Constitucional en el caso *cuestión de confianza*, incluso el devenir político que es llevado a cabo por las autoridades gubernamentales debe encontrarse sujeta a la Constitución. El juez constitucional, aun cuando recoja los principios no enumerados expresamente por la Constitución, debe fallar conforme a Derecho solo con la finalidad de aplicarlo. Sobrepasar el mandato de la Norma Fundamental o; delimitar el problema interpretativo fuera de lo que se infiere de la Constitución podría ser considerado como una suerte de confirmación de los temores sobre un *gobierno de jueces*. POZZOLO (2015) afirma que el rol de los tribunales constitucionales consiste en ser una barrera contra las decisiones políticas cuando estas desbordan el cauce constitucional.

La teoría delineada explicaría porqué, al dar cuenta de la aplicación de jurisdicción, el Tribunal Constitucional expone la relación procesal y la controversia planteada: ambos son elementos claves para el sostén y contención del proceso que será conocido. Entonces, solo con el reconocimiento de tales elementos, el Tribunal puede dar inicio al análisis del caso sin que pueda cuestionarse su interés y probidad en el mismo. El alcance de la sentencia, al analizarse el fondo, dependerá de las causas que dieron lugar al inicio de la controversia. De esta forma tal, incluso cuando este deba dirigirse mediante el fallo hacia los actores involucrados, lo realizará desde una posición de articulador entre poderes y no como un agente político más.

Con relación a lo anterior, se sostiene la posición planteada por los magistrados Blume y Sardón. El primero reconoce que es loable que desde la magistratura que otorga el Tribunal Constitucional haya un deseo discordante que quiera dar contenido al término “*incapacidad moral permanente*”; pero no es labor de tal entidad desarrollar el fondo de su contenido sin que existan elementos que permitan inferirla en la fórmula política de la Constitución u en otra norma del sistema jurídico. Le corresponde al Congreso aquella

labor¹⁰². Del mismo modo, Sardón de Taboada expresó que el Tribunal es intérprete de la Constitución a partir de su texto, desde donde se crea el contenido no explícito. Cuando el Tribunal encuentra limitaciones en el cuerpo constitucional, debe reconocer tal situación e instar al legislador para que pueda agregar mayor contenido a su texto sin que se alteren sus principios. Si el Tribunal Constitucional, ente colegiado compuesto por 7 miembros realiza la labor que le corresponde a los 130 miembros electos del Congreso, sería una verdadera afrenta al funcionamiento de la democracia (Goldoni, 2015), lo cual inclusive podría malinterpretarse con el uso político del proceso constitucional.

En la sección pertinente se desarrollaron algunos de los principios de interpretación constitucional así como los efectos que pueden tomar las sentencias del Tribunal Constitucional. Estos constituyen en sí mismos los límites y parámetros que fijan el rol interpretativo de la entidad. Si bien puede reconocerse que el magistrado del Tribunal tiene la capacidad de mejorar el estudio y comprensión de la Constitución a través de la jurisprudencia asentada y la deducción de principios no escritos en tal norma; nunca puede ponerse en el papel de *dictador* o *editor* de la misma (Sosa Sacio, 2011, págs. 101-122). Si al momento de realizar el proceso cognitivo de la Norma Fundamental no encuentra elementos o valores que puedan ser utilizados para la resolución de la causa – sea en la propia Constitución y/o cualquier otra norma infra constitucional–, el magistrado asume tal limitación y debe instar a que se produzca legislación que mejor desarrolle el espíritu de la norma constitucional.

¹⁰² Fundamento 6 del Voto del Magistrado Blume Fortini.

7. CONCLUSIONES

1. La Constitución del Perú prevé un sistema de control mixto de la constitucionalidad; pues le otorga jurisdicción tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional para poder emitir fallos en tal materia. El control difuso ejercido por el primero se encuentra abocado al análisis de la conformidad de una ley de acuerdo con la casuística presentada ante el juez o sala que conoce la causa para considerar si inaplica o no una determinada norma.
2. El establecimiento de uno u otro sistema no ha sido gratuito en el derecho occidental desde que el movimiento constitucional empezó a echar raíces hace más de 2 siglos. El control de la Constitución, como norma suprema, estuvo tentado a ser delegado al ámbito político, sea bien a un órgano representante de la Nación o al jefe de la nación. De inclinarse por una u otra opción se corre el riesgo de pervertir el control de la constitucionalidad en medio del asambleísmo parlamentario o del caudillismo. De ahí es que el reconocimiento a la autoridad interpretativa de la Constitución y el acatamiento a sus fallos ha sido relevante en la conservación del Estado de Derecho. Por tal motivo, el intérprete no debe hacer uso de su jurisdicción para sacar réditos o legislar desde el banquillo (*“to rule from the bench”*, como se plantea la noción en inglés)
3. El Poder Judicial cumple un importante papel para corregir los yerros de la legislación cuando estos afectan a los ciudadanos de forma concreta. Su composición no partidista y formación profesional en derecho¹⁰³ garantizan que la jurisdicción constitucional recaerá en un cuerpo idóneo para administrar justicia a favor de la ciudadanía. No obstante, en estricta aplicación de una noción sobre la teoría de la separación de poderes, se inhibiría a llevar a cabo una controversia en la que deba cuestionar el quehacer de otro poder u organismo del Estado para así evitar confrontación con el poder político gubernamental. Además, en nuestra

¹⁰³ Con excepción de los Juzgados de Paz No Letrados

tradición jurídica, ello se ha visto circunscrito a la necesaria existencia de un proceso dictaminado por ley para que una causa así siquiera pueda tomar forma.

4. El Tribunal Constitucional, a su turno, ha sido concebido como un canal para contrarrestar los efectos de la legislación que es contraria al Estado de Derecho y articular los conflictos que existan entre los diversos poderes del Estado y los organismos constitucionalmente autónomos en torno a sus respectivos funcionamientos. Su historia se encuentra vinculada a la preservación de la democracia y sus valores en el plano social y político. Por ello, es un actor importante en la construcción de la sociedad.

5. El intérprete de la Constitución, cualquiera que sea la posición que asuma institucionalmente, sea en el Poder Judicial o en el Tribunal Constitucional, asume la defensa de los derechos fundamentales contenidos en esta garantizándolos y concretizándolos; el correcto funcionamiento del Estado, controlándolo. Por ello sus pronunciamientos son de gran relevancia social y jurídica, más allá del efecto de la sentencia sea solo entre las partes (*res inter alias iudicata*). El ejercicio de la jurisdicción que le otorga la Constitución debe realizarse con la responsabilidad que esta le encomienda. Por medio de esta se debe asumir la responsabilidad de autorregulación estatal para respetar los principios fundamentales de la separación de poderes y el equilibrio del poder, así como la garantía de la vigencia de los Derechos Humanos contenidos en el Estado Constitucional de Derecho.

8. REFERENCIAS

- Aguirre Roca, M. (1985). Los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales. *Thémis*(3), 20-21. Obtenido de <https://bit.ly/3IiQhyt>
- Alexander, L. y., & Schauer, F. (1997). On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1359-1387. Recuperado el 03 de 09 de 2021, de <http://heinonline.org>
- Alexander, L., & Frederich, S. (Mayo de 1997). On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1359-1377.
- Álvarez Ugarte, R. (2012). El constitucionalismo popular y los problemas de la "última palabra":apuntes para un contexto latinoamericano. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 13(1), 77-125.
- Atieza Rodriguez, M. (2008). Constitución y Argumentación. (B. O. Justicia, Ed.) *Anuario de Filosofía del Derecho (2007)*, XXIV, 197-228. Obtenido de <https://www.boe.es>
- Blume Fortini, E. (1996). El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución. *Pensamiento Constitucional*, 3(3), 293-337. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe
- Caballero Juarez, J. A. (2001). *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 01 de octubre de 20221, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/47/11.pdf>
- Cáceres Arce, J. L. (2014). El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional. *Pensamiento Constitucional*(19), 231-250. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe>
- Carbonell, M. (2009). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina. *X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 1-26). Lima: PUCP. Obtenido de <http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009>
- Carpentier, E. (2008). La resolución jurisdiccional de conflictos entre órganos constitucionales: principales aportes de un estudio comparado. (P. Editores, Ed.) *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, 139-162.

- Carpentier, E. (2009). Histoire et actualité constitutionnelles françaises. *Revista Jurídica Piélagus*, 8(1), 7-45. doi:<https://doi.org/10.25054/16576799.598>
- Carranco Zuñiga, J. (2000). *El Poder Judicial*. México: Porrúa.
- Cervantes, L. (1996). Los tribunales constitucionales en el derecho comparado: Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual. En I. I. Humanos, A. A. Cancado Trindade, C. Moyer, & C. Zeledón (Edits.), *Estudios básicos de Derechos Humanos* (Primera ed., Vol. VI, págs. 356-389). San José, Costa Rica: Mundo Gráfico S.A. Recuperado el 10 de setiembre de 2021, de <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2245/estudios-basicos-06-1996.pdf>
- Díaz Colchado, J. C. (2021). El carácter político de las controversias constitucionales y los desafíos a la justicia constitucional. En D. García Belaunde, C. Landa Arroyo, & M. Jamanca Vega, *Constitución y Democracia (Libro homenaje a Valentín Paniagua)* (págs. 477-490). Lima: nomos & thesis.
- Eguiguren Praelli, F. (2003). La Jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas, propuesta para su reforma. En I. I. peruana), & I. P. Constitucional (Ed.), *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos)* (págs. 131-149). Lima: Grijley.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2003). El juez constitucional y sus márgenes de acción durante la vigencia de un estado de excepción. En I. P. Constitucional, & D. (. García Belaunde (Ed.), *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos)* (págs. 151-180). Lima: Grijley.
- Fernández Segado, F. (1999). El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales. *Derecho PUCP*(52), págs. 409-465. Obtenido de <https://bit.ly/3KkDjlm>
- Fernández Segado, F. (2007). Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 119-190.
- Fix-Zamudio, H. (1998). *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano* (Segunda ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Furnish, D. B. (1990). La "Revisión Judicial" de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 5(7), 12-38. Recuperado el 21 de 05 de 2021, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12675/13229>
- García Belaunde, D. (1992). *Esquema de la Constitución Peruana*. Lima: Justo Valenzuela EIRL.
- García Belaunde, D. (2013). La Constitución y sus Justicias. En D. Valadés, & L. R. González Pérez, *El constitucionalismo contemporáneo* (págs. 213-227). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2225-la-constitucion-y-su-defensa-algunos-problemas-contemporaneos>
- García Toma, V. (2003). Valores, principios, fines e interpretación constitucional. *Derecho & Sociedad*(21), 190-209. Recuperado el 10 de 05 de 2021, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370>
- García-Pelayo, M. (Enero-Abril de 2014). El "status" del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*(100), 15-37. Obtenido de <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39732>
- Goldoni, M. (2015). Constitucionalismo político y el valor de la toma de decisiones. (U. Austral, Ed.) *Derecho y Crítica Social*, 27(3), 67-107.
- Haynsworth Jr., C. F., & Devitt, E. (Dirección). (1977). *Equal Justice under Law* [Película]. Estados Unidos de América: Metropolitan Pittsburgh Public Broadcasting, Inc. Recuperado el 31 de mayo de 2021, de <https://www.youtube.com/watch?v=BUSZuOw0XdA>
- Helmholz, R. H. (01 de 01 de 2009). Bonham's case, Judicial Review and the Law of Nature. (S. Shavell, J. M. Ramseyer, M. D. McCubbins, R. Craswell, & D. Rubinfeld, Edits.) *Journal of Legal Analysis*, 1(1), 325-352. doi:<https://doi.org/10.4159/jla.v1i1.5>
- Hurtado Martínez, J. A. (2012). La evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad de las leyes. *Revista de Derecho de la UNED*(10), 711-730.
- Jefferson, T. (1958). Thomas Jefferson to James Madison, 06 September 1789. En T. T. University, & J. P. Boyd (Ed.), *The Papers of Thomas Jefferson* (Vol. 15, págs. 392-

- 398). Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press. Recuperado el 06 de octubre de 2021, de <https://jeffersonpapers.princeton.edu/volumes/volume-15>
- Kelsen, H. (2011). La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*(15), 249-300.
- Landa Arroyo, C. (04 de 05 de 2006). Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. *Ius et Veritas*(32), 249-262.
- Landa Arroyo, C. (2011). *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*. Palestra Editores.
- López Murcia, R. (2005). Sobre la política jurídica. *Revista Telemática de filosofía de derecho (RTFD)*, 13(9), 267-277. Recuperado el 02 de 10 de 2021, de <http://www.rtfed.es/numero9/13-9.pdf>
- Marcos, E. C. (2005). Los derechos no enumerados. En W. Gutierrez, *La Constitución Comentada* (Vol. I, págs. 332-346). Lima: Gaceta Jurídica.
- Marshall, J. &. (1803). Marbury v. Madison. En *U.S. Reports* (Vol. 137, págs. 137-180). Library of Congress. doi:<https://www.loc.gov/item/usrep005137/>
- Morales Godo, J. (2000). Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional Peruano. Análisis jurídico-político comparativo. *Derecho*(53), 65-88. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.002>
- Morales Saravia, F. (2014). *El Tribunal Constitucional del Perú: organización y funcionamiento - Estado de la cuestión y propuestas de mejora*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura.
- Palomino Manchego, J. F. (2017). El Tribunal Constitucional de Austria y su impacto en los ordenamientos iberoamericanos (los primeros pasos). En E. Ferrer Mac-Gregor, & R. Flores Pantoja, *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memorias del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (págs. 637-667). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

- Palomino Manchego, J. F., & Paiva Goyburu, D. (30 de junio de 2021). ¿Defensa de la Constitución o de la constitucionalidad? *Revista Oficial del Poder Judicial*, 13(15), 245-265. doi:10.35292/ropj
- Peralta Ruiz, V. (2021). La tradición asamblearia: El conflicto entre los poderes ejecutivo y legislativo en el Perú del Siglo XIX. En D. García Belaunde, C. y Landa Arroyo, & M. Jamanca Vega, *Constitución y Democracia* (págs. 509-518). Lima: nomos & thesis.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. (U. d. Alicante, Ed.) *Doxa*, II(21), 339-353. doi:https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.25
- Pozzolo, S. (2015). Apuntes sobre neoconstitucionalismo. En U. N. México, J. L. Fabra Zamora, & A. Núñez Vaquero (Edits.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 1, págs. 363-405). Ciudad de México: UNAM. Obtenido de <https://www.juridicas.unam.mx/>
- Quiroga León, A. (2002). El derecho procesal constitucional peruano. En J. Vega Gómez, & E. (. Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (págs. 471-504). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Quiroga León, A. (2005). La interpretación Constitucional. *Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (págs. 1-16). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Facultad Autónoma de Nuevo León.
- Quiroga León, A. (2012). *Constitucional - Biblioteca Manual del Litigante*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Ramos Nuñez, C. (2011). La obra jurídica del Libertador José de San Martín en el Perú. (I. d. Peña, Ed.) *Cuadernos de Historia*(21), 153-190. Recuperado el 20 de octubre de 2021, de <https://bit.ly/3ckFzcK>
- Rubio Correa, M. (2017). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sardón Taboada, J. L. (2011). Economía y Derecho. (UPC, Ed.) *Revista de Economía y Derecho*, 8(11), 15-21.

- Sosa Sacio, J. M. (2011). *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- UBA, U. d. (Dirección). (2018). *Teoría Pura del Derecho* [Película]. Recuperado el 17 de setiembre de 2021, de <https://www.youtube.com/watch?v=Y4L9VbwPXuc>
- Ugalde Calderón, F. V. (2010). Órganos constitucionales autónomos. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial*(29), 253-264. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/32280/29277>
- Ugarte Godoy, J. J. (1995). El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 22(1), 109-118.
- Vasquez del Mercado, O. (1978). *El control de Constitucionalidad de la ley. Estudio de derecho comparado*. México: Porrúa S.A.
- Verdugo R., S. (2010). Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador. *Estudios constitucionales*, 8(1), 201-148. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100008>