

LAS DECISIONES INCONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

THE UNCONSTITUTIONAL DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Luis Castillo Córdova*
Universidad de Piura

Can the decisions of a Constitutional Court or Supreme Court be unconstitutional? The answers found in the doctrine and even on constitutional case law are not uniform, becoming this question a controversial theme, although extremely important for Constitutional Law.

In this article, the author, considering that the Constitutional Court is the supreme interpreter and controller of the Constitution and, as such, creates Constitutional Law, maintains that the decisions which the Constitutional Court takes can be unconstitutional. Focusing on the Peruvian legal system, the author also presents alternatives to solve the problem these unconstitutional decisions cause.

KEY WORDS: *Constitutional Law; Constitutional Court; Constituent Power; constitutional interpretation; unconstitutionality; ruling.*

¿Pueden ser inconstitucionales las decisiones de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema? Las respuestas de la doctrina y de la propia jurisprudencia constitucional no son uniformes, convirtiéndose éste en un tema controvertido, pero sumamente importante para el Derecho Constitucional.

En el presente artículo, el autor, considerando que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete y controlador de la Constitución, y que, como tal, crea Derecho Constitucional, sostiene que sí es posible que las decisiones que toma éste sean inconstitucionales. Enfocándose en el ordenamiento peruano, el autor también presenta alternativas para resolver la problemática de estas decisiones inconstitucionales.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Constitucional; Tribunal Constitucional; Poder Constituyente; interpretación constitucional; inconstitucionalidad; sentencia.*

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Docente de la Universidad de Piura y de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: luis.castillo@udep.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 18 de abril de 2015, y aceptado por el mismo el 02 de mayo de 2015.

I. INTRODUCCIÓN

A continuación se abordará una cuestión decisiva para el Estado Constitucional de Derecho si realmente se pretende conseguir la vigencia plena de los derechos fundamentales. Tal cuestión es si todo lo que el Tribunal Constitucional [en adelante, TC] –o, en su caso, la Corte Suprema– decida, ha de tenerse como constitucionalmente válido.

Es una pregunta que no es sencilla de formular y que es de mucha complejidad responder. Conseguir formularla y responderla requiere necesariamente partir de la naturaleza jurídica del TC, la cual define su posición jurídica y su incidencia en el conjunto de fuentes dentro del ordenamiento constitucional. El análisis se formulará tanto desde un plano abstracto como en referencia al concreto sistema jurídico peruano.

II. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La posición jurídica de un órgano público de rango constitucional refiere necesariamente a la concreta ubicación que ocupa dentro de un sistema jurídico. Así entendida, la posición jurídica alude necesariamente a dos componentes. Uno es el conjunto de objetivos asignados y de atribuciones reconocidas que configuran una ubicación, singularizándola respecto de los objetivos y atribuciones de otros órganos. Este primer componente bien puede denominarse **funcional**. El otro componente apunta irremediablemente a las relaciones que una tal ubicación desencadena respecto de otros órganos públicos también constitucionales. Este segundo componente bien puede denominarse **relacional**. Aquí interesará referirnos al primero de ellos.

El componente funcional que conforma la posición jurídica de un órgano público constitucional puede definirse a partir de dos niveles: (i) un nivel teórico; y, (ii) un nivel práctico-normativo. El primer nivel significa un análisis abstracto de la posición jurídica-

ca que está llamado a ocupar un órgano público a partir de una definición esencial, mientras que el segundo nivel de análisis significa la determinación del lugar que ocupa un órgano constitucional en el seno de un concreto ordenamiento jurídico.

De estos dos niveles será posible concluir los elementos que conformen cada uno de los mencionados componentes, particularmente del componente funcional, que es el que aquí interesa abordar.

A. Análisis desde un plano abstracto

1. El Tribunal Constitucional como comisionado del Poder Constituyente

La Constitución del Estado Constitucional es definida a partir de un contenido material¹, conformado por los principios, valores y derechos fundamentales que representan los “intereses materiales no disponibles”². Este contenido es esencial a la existencia de la Constitución³. Y lo es al punto que el resto de contenidos constitucionales, que son meramente formales –por ser organizativos o procedimentales–, definen su significado necesariamente a la luz del contenido material⁴. De hecho, es posible sostener que si se reconoce el valor absoluto de la persona⁵ y, consecuentemente, el carácter absoluto de los derechos a ella inherentes⁶, entonces los contenidos constitucionales formales –los organizativos y procedimentales– se formularán y ejecutarán siempre como medios al servicio del contenido material.

De entre los contenidos formales organizativos de la Constitución se encuentra el destinado a crear los órganos constitucionales. En las Constituciones del Estado Constitucional se ha previsto la existencia de un órgano destinado a velar por la vigencia efectiva de todos los contenidos constitucionales. Así, en los ordenamientos constitucionales existe un órgano encargado de declarar el Derecho sobre los derechos fundamentales en instancia última y definitiva. Tal órgano puede ser el TC o la Corte

¹ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: CARBONELL, Miguel (Editor). “Neoconstitucionalismo(s)”. Madrid: Editorial Trotta. 2003. pp. 18-20.

² ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”. Séptima edición. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p. 94.

³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Constitución como objeto de control constitucional”. En: Gaceta Constitucional 55. 2012. pp. 274-276.

⁴ En palabras del TC peruano: “[...] en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada «Constitución orgánica» se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)”. Sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA, de fecha 8 de noviembre de 2005. Fundamento Jurídico 12.

⁵ KANT, Immanuel. “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”. Segunda edición. Barcelona: Ariel Filosofía. 1996. p. 187.

⁶ MARTÍNEZ -PUJALTE, Antonio-Luis. “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997. pp. 117-126.

Suprema. Aquí interesa formular el análisis respecto del primero de los nombrados, sin que exista impedimento para extender y aplicar los mismos juicios al máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial, al tratarse igualmente de un órgano de cierre de la jurisdicción interna.

Todos los órganos constitucionales tienen naturaleza de medio, pues son instrumentos que se dirigen, a través de vías distintas, a favorecer e incluso promover la consecución de un fin último: la plena realización de la persona. A diferencia de los derechos fundamentales, respecto de los cuales el constituyente realiza una operación de reconocimiento y no de creación⁷, los órganos públicos son creaciones *ex novo* respecto de los cuales el constituyente cuenta con un margen de configuración amplio, sólo condicionado: (i) por las exigencias de razonabilidad para no desnaturalizar al órgano creado; y, (ii) por las exigencias de no afectación y promoción del fin último conformado por la persona y sus derechos fundamentales. Esta exigencia es de tipo racional, y obliga al constituyente⁸.

El valor de la Constitución puede ser visto desde dos puntos de vista. El primero atañe al significado del Poder Constituyente: la Constitución es la manifestación originaria de un poder que titulariza el pueblo. El segundo atañe al contenido de la Constitución: recoge las exigencias materiales de justicia que se formulan en torno a la persona, y organiza la comunidad estatal según unos órganos y unos procedimientos que favorecen la realización de tales exigencias de justicia.

Ya sea por su valor formal de constituir una decisión directa del titular del poder, como por su contenido de justicia, la Constitución ha de ser siempre cumplida⁹. Sin embargo, en la realidad esta doble justificación del valor de la Constitución no asegura por sí misma un tal cumplimiento; surge, pues, la necesidad de prever un órgano destinado a velar

por la efectiva obediencia de la Constitución¹⁰. Está justificado que de modo racional se constituya un órgano encargado de satisfacer esta necesidad. Tal órgano tendrá asignada una finalidad muy concreta: velar por el cumplimiento pleno y efectivo de la Constitución. Un tal órgano, dependiendo del concreto sistema jurídico, podrá ser el TC o la Corte Suprema.

La consecución de esta finalidad puede ser tenida como un encargo o comisión, y al TC como un encargado o comisionado, y al Poder Constituyente como el comisionista que formula la comisión¹¹. Este es el primer elemento que define el componente funcional de la posición jurídica del TC: ser comisionado del Poder Constituyente¹²; y, como tal, se le ha encargado la misión de velar por el cumplimiento pleno de los contenidos materiales y formales de la Constitución.

2. Los medios reservados al Tribunal Constitucional para cumplir con la comisión

No basta con el encargo previsto al órgano constitucional para asegurar el cumplimiento de la finalidad, sino que es necesario atribuirle los medios razonablemente idóneos para el cumplimiento de la misma. Así, en el caso del TC, corresponde preguntarse qué medios son razonables entregarle para que cumpla cabalmente con el encargo recibido.

Para responder a esta pregunta es necesario percatarse que el cumplimiento del encargo por parte del TC tiene al menos dos momentos. El primero es determinar si ha habido o no incumplimiento de la Constitución para, en segundo lugar, procurar la desaparición o neutralización de los efectos inconstitucionales del incumplimiento, de haber ocurrido. En función a estos dos momentos se responderá a la pregunta planteada acerca de los medios a disposición del TC para cumplir con su encargo.

⁷ Por la razón sencilla de que las exigencias de justicia se formulan desde y para la persona, sin que para su existencia influya el Constituyente. Como ha dicho el TC peruano: “[...] la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal [...]”. Sentencia recaída en el Expediente 4637-2006-PA, de fecha 18 de abril de 2007. Fundamento Jurídico 45.

⁸ Obliga al constituyente en dos momentos. El primero es a la hora de definir los objetivos y atribuciones del órgano, los cuales se formularán en relación con la pre-existencia de una necesidad, a la que ha de atender de modo efectivo (racionalmente). Y el segundo es que tales objetivos y atribuciones favorezcan —en alguna medida— la consecución de la finalidad última.

⁹ Es la justificación del principio de normatividad de la Constitución.

¹⁰ Esta velación tiene un significado triple: (i) evitar incumplimientos; (ii) restituir el cumplimiento de un mandato constitucional incumplido; y, (iii) adaptar los significados constitucionales a la realidad de modo que la regule cumplidamente según la exigencia de justicia constitucionalizada.

¹¹ Bien vistas las cosas, todos los órganos constitucionales tienen el carácter de comisionados del Poder Constituyente, en la medida que todos ellos, debido a su carácter instrumental, existen para el logro de determinada finalidad encargada por el Poder Constituyente: éste crea los órganos para cumplir determinado cometido.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid: Civitas. 1991. p. 198.

a) La interpretación constitucional vinculante

Pertenece al primero de los mencionados momentos el medio siguiente: la interpretación vinculante de las disposiciones constitucionales. Para calificar si una actuación pública o privada ha contradicho a la Constitución, será necesario previamente determinar qué es lo que la Constitución manda. Determinar los mandatos de la Constitución implica necesariamente la capacidad de asignar significados normativos a las disposiciones constitucionales¹³; es decir, implica necesariamente la capacidad de interpretar la Constitución¹⁴.

La decisión que el TC adopte respecto a si hubo o no vulneración de la Constitución, ha de ser necesariamente vinculante. Si no declarase vinculantemente que en un caso concreto ha habido incumplimiento de la Constitución, el encargo sencillamente sería imposible de cumplir¹⁵. Si la decisión es vinculante, vinculante ha de ser también la justificación que de modo necesario se une a ella; de esta manera, la justificación necesaria viene conformada indefectiblemente por las interpretaciones que de la Constitución formula el TC.

El referido Tribunal concluye que ha habido o no vulneración de la Constitución porque antes ha atribuido un determinado significado jurídico a una determinada disposición constitucional, y es a partir de tal significado que decidirá si ha habido o no inconstitucionalidad en el derecho infraconstitucional que examina. Así, son vinculantes las interpretaciones que de la Constitución formule el TC en los procesos a través de los cuales ha de decidir si hubo o no incumplimiento de la Constitución. Tales interpretaciones son normativas y valen como normas constitucionales adscriptas, tal y como se justificará más adelante¹⁶.

b) El control constitucional

Pertenece al segundo de los mencionados momentos el medio siguiente: los instrumentos jurídicos a través de los cuales se puede restituir la quebrantada vigencia de la Constitución, de modo que se neutralice eficazmente la agresión constitucional detectada. El TC necesita tener reconocida una suerte de

energía correctora, la suficiente para enfrentar con éxito las incorrecciones –por exceso o por defecto– en las que incurra el poder público y privado, y así neutralizar las vulneraciones de la Constitución.

Varias potestades pueden conformar esta energía correctora. Una de ellas, y además decisiva, es la de declarar la invalidez jurídica de los actos públicos o privados que contravienen la Constitución, ya sea para derogarlos y con ello expulsarlos del ordenamiento jurídico (efectos *erga omnes*), ya sea para declarar su ineficacia en el marco de un caso concreto e inaplicarlos al mismo (efectos *inter partes*).

El ejercicio de estas potestades es posible a través de la realización de un juicio de constitucionalidad, el cual consiste en comparar, por un lado, el mandato contenido en una disposición constitucional y, por otro, la acción pública o privada supuestamente inconstitucional. Si ésta no se ajusta a aquél, el TC así lo declarará, perdiendo validez y eficacia jurídica, o perdiendo sólo eficacia jurídica –según sea el proceso constitucional activado–, la actuación pública o privada examinada.

Éste es el modo a través del cual el TC realiza el control de constitucionalidad en cumplimiento de la comisión encargada. La decisión de declarar inconstitucional una acción pública o privada es vinculante como exigencia esencial del mismo concepto del control encomendado; de no ser así, la neutralización del incumplimiento sería ficticia, y con ello desaparecería también cualquier posibilidad de cumplir con el encargo.

Entonces, interpretación y control constitucional vinculantes son, pues, los dos instrumentos que razonablemente se concluyen como necesarios para cumplir el encargo de velar por el cumplimiento pleno y efectivo de la Constitución que el TC tiene encargado por el constituyente.

3. La supremacía de la posición del Tribunal Constitucional

Todos los demás órganos constitucionales, en tanto tienen asignados por el constituyente unos concretos objetivos que favorecen la consecución

¹³ GUASTINI, Riccardo. “Disposición vs. Norma”. En: POZZOLO, Susanna y Rafael ESCUDERO (Editores). “Disposición vs. Norma”. Lima: Palestra Editores. 2011. pp. 133-156.

¹⁴ DE ASIS ROIG, Rafael. “Sobre la interpretación de la Constitución”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDIVAR LELO DE LARREA (Coordinadores). “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho”. Tomo VI. México D.F.: Marcial Pons. 2008. pp. 217 y siguientes.

¹⁵ Y porque es vinculante la decisión, el mecanismo a través del cual el mencionado Tribunal forma su voluntad en un sentido u otro debe ser un procedimiento rodeado de garantías que aseguren, en la mayor medida de lo posible, la corrección formal y material de la decisión que adopte.

¹⁶ Ver el acápite III del presente artículo: El Tribunal Constitucional coo creador de Derecho Constitucional.

de la finalidad última, pueden ser tenidos también como comisionados del Poder Constituyente. Sin embargo, la singularidad de la posición de cada uno de ellos se define por el encargo asignado y por los medios atribuidos para el cumplimiento cabal del mismo.

En este contexto, si bien los encargos concretos son distintos, todos ellos están igualmente dirigidos a la consecución de una misma gran finalidad: la plena realización de la persona. Esta finalidad permite justificar una conjunta actuación por parte de los órganos públicos: están llamados a coordinar sus actuaciones para que, cumpliendo con los encargos propios, se verifique plena y realmente la realización del fin último.

Esto permite posicionar a todos los órganos mirando hacia una misma dirección. Por ello, los medios para cumplir con los respectivos encargos están llamados a definir y singularizar aún más la posición de cada órgano constitucional. Interesa referir a los concluidos desde la misión encargada al TC, y conviene empezar con el análisis del control constitucional para luego abordar la interpretación constitucional.

a) Supremo controlador de la Constitución

El TC tiene el encargo de velar por el cumplimiento efectivo de la Constitución. Este encargo lo cumple controlando la constitucionalidad de las actuaciones públicas y privadas, de modo que aquellas que se desajustan respecto de lo mandado por el constituyente dejan de tener eficacia e, incluso, validez jurídica.

Un medio semejante es posible de ser reconocido en el órgano judicial: éste tiene el encargo de decir el Derecho –*iusdictio*–; es decir, de resolver las distintas controversias entre particulares o que atañen al poder público, conforme al Derecho vigente. Asimismo, en la medida que el Derecho vigente se conforma a partir de la Constitución, los jueces tienen el encargo de resolver las controversias desde los mandatos constitucionales. Así, a la hora de resolver desde la Constitución, promueven la vigencia de la Constitución. La función judicial provoca de modo indirecto lo que el TC persigue directamente.

Por esta razón, es posible reconocer aptitud al órgano judicial para ser depositario de medios pro-

prios de control constitucional a la hora de cumplir su función jurisdiccional¹⁷. Cuando así ocurra, nos hallaremos con dos órganos constitucionales, el TC y el órgano judicial –el Poder Judicial–, con una posición jurídica muy próxima, que hace inevitables las fricciones entre sí. Estas fricciones, no obstante, se reducirán al máximo o matizarán su fuerza si es posible justificar una relación entre ambos para el ejercicio de la atribución de control constitucional.

Con ese propósito, está justificado construir una relación de cooperación razonable entre estos dos órganos constitucionales para el ejercicio del control constitucional. Tal relación necesariamente es una de complementariedad: en aquellos ámbitos en los que los dos órganos están llamados a ejercer un control de constitucionalidad, primero se ha de pronunciar uno, y luego, el otro. Cuál órgano se ha de pronunciar primero y cuál después, viene determinado por dos elementos.

Primero, por un elemento de especialidad. Por su naturaleza, el TC es un órgano que decide solo asuntos de relevancia constitucional, mientras que los órganos del Poder Judicial resuelven asuntos constitucionales e infraconstitucionales. Una exigencia de razonabilidad dice que ha de revisar el órgano especialista la decisión del órgano no especialista. Segundo, por un elemento organizacional. El Poder Judicial se organiza en varios niveles de decisión jurisdiccional interna, ordenadas según instancias distintas, mientras que el TC resuelve en una sola instancia.

En este contexto organizativo interno, resulta razonable que las cuestiones constitucionales sujetas al control de constitucionalidad de ambos órganos se resuelvan primero en las instancias del Poder Judicial y después en instancia única ante el TC. Consecuentemente, lo razonable es que los jueces del Poder Judicial ejerzan control constitucional en primeras instancias, y el TC lo ejercerá en última instancia.

La consecuencia necesaria de la actuación conjunta de estos dos elementos es que el control constitucional que realice el TC prevalecerá sobre el control que realice el Poder Judicial. De modo que, en el ejercicio de esta función compartida, es posible reconocer una posición más fuerte a aquél que a éste y, consecuentemente, una mayor –en extensión e intensidad– energía correctora al TC que a los jueces del Poder Judicial.

¹⁷ Este no es un medio necesario, porque la vigencia de la Constitución que produce el control constitucional sólo es perseguida de modo indirecto por el órgano judicial. Será necesario cuando el constituyente haya atribuido el encargo de velar por la vigencia de la Constitución sólo al órgano judicial. El órgano judicial perfectamente cumplirá con su encargo de administrar justicia, aún sin reconocerle mecanismos de control constitucional. Así, existen sistemas jurídicos –como el español– en los que los jueces ni tan siquiera pueden inaplicar leyes que consideran inconstitucionales, sino que tendrán que realizar la consulta respectiva, por ejemplo, al TC.

b) Supremo intérprete de la Constitución

Es posible sostener que la interpretación constitucional no es exclusiva competencia del TC¹⁸, sino que se extiende, entre otros, también a los distintos órganos constitucionales. Todos los órganos constitucionales, tengan encargos gubernativos –como el órgano Ejecutivo y el Parlamento–, de control político –como el Parlamento–, de control jurisdiccional –como el órgano judicial–, requieren interpretar vinculadamente a la Constitución para cumplir con el encargo asignado¹⁹. Si todos son intérpretes vinculantes de la Constitución, ¿qué singulariza la posición jurídica del TC respecto de los demás órganos constitucionales que también interpretan la Constitución de modo vinculante?

La singularidad vendrá definida por dos elementos. El primero tiene que ver con su calidad de controlador de la constitucionalidad. El intérprete controlador tiene una posición de mayor fuerza que el intérprete controlado. Todas las interpretaciones vinculantes que de la Constitución formulen los intérpretes controlados, pueden ser luego corregidas –anuladas, por ejemplo– a través de las interpretaciones que de la Constitución formulen los órganos intérpretes controladores de la constitucionalidad.

El segundo elemento tiene que ver con la relación de controlador mayor que respecto del otro potencial controlador –el juez del Poder Judicial– tiene el TC. Las interpretaciones de la Constitución que formulen los jueces en el ejercicio del control constitucional encomendado pueden ser revisadas y enmendadas por las interpretaciones que de la Constitución realiza el TC.

De esta manera, la pregunta formulada puede ser contestada de la manera siguiente: lo que singulariza a la posición jurídica del TC respecto de los demás órganos constitucionales que también interpretan vinculadamente la Constitución, es la de ser supremo intérprete; es decir, que su interpretación es la que prevalecerá sobre la interpretación que formulen los demás intérpretes constitucionales.

A igual conclusión se llega desde su consideración de controlador supremo de la constitucionalidad que fue desarrollada en el apartado anterior. Si todo controlador es intérprete de la Constitución, entonces quien la controle de modo supremo la interpretará de modo supremo también, porque todo acto de control presupone necesariamente un acto de interpretación²⁰.

B. Análisis desde el ordenamiento constitucional peruano

1. Sobre la comisión

El constituyente peruano, en el artículo 201 de la Constitución, ha decidido que el TC “es el **órgano de control de la Constitución**” [el énfasis es nuestro]. Quien realiza una labor de control tiene el encargo de garantizar el cumplimiento de aquello que controla. Desde esta disposición, es fácil concluir que aquí se contiene el encargo atribuido a este órgano constitucional: velar por el cumplimiento de la Constitución²¹. Se trata de un encargo con un doble significado.

a) Primer significado: la Constitución como objeto del control constitucional

Un primer significado tiene que ver con la literalidad de la mencionada disposición: el TC controla a la Constitución. La idoneidad de este primer significado depende de la manera cómo se conteste a la pregunta siguiente: ¿Es posible controlar a la Constitución? Es decir, ¿pueden darse razones suficientes para justificar que la Constitución puede convertirse en objeto de la acción de control? La respuesta a esta última pregunta, a su vez, depende de cómo se conteste a esta otra: ¿es posible que la Constitución se **descontrole**?

Por descontrol se ha de entender una situación tal en la que una determinada realidad, debiendo sujetarse a las determinaciones de una concreta fuerza, se aparta de ella y actúa al margen o de manera contraria a lo que por esa fuerza es exigido o determinado. Así, la Constitución se des-

¹⁸ HÄBERLE, Peter. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. En: HÄBERLE, Peter. “Retos actuales del Estado Constitucional”. Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública. 1996. pp. 15-46.

¹⁹ Y lo harán en un doble sentido: (i) uno positivo, conformado por la interpretación de todas las disposiciones que conforman el encargo y los instrumentos de ejecución del encargo; y, (ii) otro negativo, conformado por la interpretación de las disposiciones constitucionales que actúan como límites al ejercicio de la función pública atribuida (tanto las disposiciones constitucionales de contenido material, como las de contenido formal que definen el encargo y los medios de los otros órganos constitucionales).

²⁰ Inmediatamente por debajo de la posición del TC, se encuentran los jueces del Poder Judicial como intérpretes y controladores de la constitucionalidad.

²¹ En palabras del TC, éste “[...] se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona”. Sentencia recaída en el Expediente 2877-2005-PHC, de fecha 27 de enero de 2006. Fundamento Jurídico 23.

controlaría si, estando vinculada a las exigencias o determinaciones de una fuerza concreta, resulta posible que actúe al margen o en contra de ellas. Responder esta cuestión exige, necesariamente, plantear un concepto básico de Constitución²². Si se preguntase por aquello que hace que un determinado documento normativo sea Constitución y no otra cosa, tendríamos que admitir que hacen a la esencia de la Constitución al menos los siguientes dos elementos.

El primero tiene carácter de fin: conseguir en la mayor medida de lo posible el pleno desarrollo de la persona. El segundo tiene carácter de medio: a través del reconocimiento de una serie de exigencias de justicia que se formulan desde y en torno a la persona, y que se recogen como derechos fundamentales (contenido material o parte dogmática de la Constitución), que limitan positiva y negativamente el actuar del poder público y privado (contenido formal o parte orgánica de la Constitución). Una norma de cuyo contenido no es posible concluir este significado esencial, no será una Constitución verdadera, aún cuando ella misma se (auto)denomine como Constitución²³. Hace, pues, a la esencia de la Constitución, el reconocer las exigencias de justicia que se formulan desde la persona.

Estas exigencias de justicia –como ya se refirió arriba– no son creadas por el constituyente, sólo son reconocidas. Esto significa que éstas preexisten a la decisión del Constituyente; consecuentemente, es posible que el reconocimiento pueda ser desajustado respecto de las exigencias de justicia. Naturalmente, de existir tal desajustamiento, debe de ser puntual, pues de otra manera no sería posible reconocer al documento normativo como Constitución. Así, cuando de ella pueda predicarse que es una verdadera Constitución, porque recoge el componente esencial para ser reconocida como tal, y a la vez alguna o algunas de sus concretas

disposiciones se aleja o contradice las exigencias de justicia constitucionalizadas o por constitucionalizar, entonces se habrá producido una situación de descontrol de la Constitución.

Es el caso de disposiciones y normas que están recogidas en la Constitución, por lo cual han de ser tenidas como constitucionales desde un punto de vista formal, pero que a la vez contradicen el contenido material de la Constitución, por lo que han de ser tenidas como inconstitucionales desde un punto de vista material. En este supuesto, la Constitución se habrá descontrolado y necesitará ser controlada²⁴.

La labor del TC en este caso consistirá en detectar aquellas disposiciones constitucionales de las que necesaria u alternativamente brotan normas que, al contravenir exigencias de justicia constitucionalizada, son inconstitucionales, para inmediatamente después declarar su invalidez jurídica. La injusticia y consiguiente inconstitucionalidad de un contenido normativo recogido en la Constitución puede aparecer de forma manifiesta o de forma no manifiesta.

Será del primer tipo cuando objetiva y razonablemente no exista ninguna duda de que el contenido normativo contraviene una determinada exigencia de justicia. Dicho de otro modo: una norma formalmente constitucional será manifiestamente inconstitucional desde un punto de vista material, cuando no pueda ser sostenida ninguna razón a favor de su constitucionalidad, y si alguna es formulada es tan débil que se convierte en razón aparente. Para estos casos no se exige ninguna justificación especial, por lo que es posible afirmar que la injusticia o inconstitucionalidad es posible de apreciar desde el solo texto o disposición constitucional²⁵. Del mismo modo, será del segundo tipo cuando se necesite y sea posible dar una particular justificación para concluir que una decisión del

²² Este asunto lo tengo desarrollado en: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Constitución del Estado constitucional” (obra inédita, artículo en prensa). En: *Advocatus*.

²³ Más allá de sus defectos, la Constitución peruana es una verdadera Constitución en este marco dogmático. Ella se abre colocando a la persona como fin del Estado y de la Sociedad –artículo 1 de la Constitución–, para inmediatamente después reconocer una lista enunciativa de derechos fundamentales que vinculan la actuación del poder, ya sea privado –artículos 38 y 200 de la Constitución– o público, al disponer que el ejercicio del poder debe ajustarse a las limitaciones –negativas de no hacer y positivas de hacer– que dimanen de la Constitución, en particular de los derechos fundamentales, conforme al artículo 45 de la Constitución.

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Constitución como objeto de control constitucional”. Óp. cit.

²⁵ Sería, por ejemplo, el caso que una Constitución, que proclama a la persona como fin, constitucionalice la exigencia de justicia natural de libertad de los padres a la hora de decidir el número de hijos que han de tener y lo haga sólo para los padres que acrediten haber concluido con éxito un determinado nivel de educación escolar. Si una Constitución recogiese un mandato de esta naturaleza, no habría duda que contravendría de modo manifiesto la exigencia de justicia natural referida a la libertad de decisión, que es predicable de la persona por ser tal al margen de un nivel de educación reglada. Sería el caso de un contenido normativo formalmente constitucional porque está recogido en el texto de la Constitución, pero materialmente, inconstitucional por contravenir la naturaleza o contenido esencial de la exigencia de justicia natural que anima, en este caso, el derecho fundamental a la libertad de decidir el número de hijos que se quiera tener.

constituyente está aquejada de una inconstitucionalidad material²⁶.

Por lo que es posible afirmar, al menos para el caso peruano, que el TC tiene la competencia para controlar la justicia o constitucionalidad material de las decisiones del Constituyente, las cuales siempre serán consideradas constitucionales desde un punto de vista formal por estar recogidas en la Constitución. Esta competencia ha de desenvolverse a través de las distintas herramientas que el constituyente le ha dispuesto para el ejercicio de su labor de control, las cuales serán referidas más adelante.

- b) Segundo significado: los actos públicos y privados infraconstitucionales como objeto de control constitucional

La definición del TC como **órgano de control de la Constitución** tiene un segundo significado, que puede formularse de la siguiente manera: controlar la Constitución significa controlar la constitucionalidad de las distintas actuaciones de los poderes públicos y de los particulares; es decir, del Derecho infraconstitucional. En este caso, se trata de establecer si estas actuaciones han cumplido o no con los mandatos que son posibles de concluir desde las disposiciones constitucionales.

Este significado viene además perfectamente justificado por el valor infraconstitucional de las referidas actuaciones públicas y privadas, o, dicho de otra manera, viene a ser una exigencia necesaria de la consideración de la Constitución como una

norma (artículos 38 y 45 de la Constitución), y además de rango supremo (artículo 51 de la Constitución). Este segundo significado, por lo demás, coincide con el análisis abstracto de la posición jurídica del TC que fue realizado líneas arriba, por lo que aquí no queda más por referir, salvo los concretos procedimientos a través de los cuales se desenvuelve este control de constitucionalidad y que a continuación se pasa a explicar.

2. Los medios para llevar a cabo el encargo

Corresponde ahora indagar acerca de los medios constitucionalmente previstos por el constituyente para que el TC peruano cumpla con la comisión encargada en ese doble significado analizado arriba. Esta previsión ocurre en el artículo 202 de la Constitución.

En esta disposición constitucional se le reconoce, primero, la atribución de conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad que se dirige contra normas con rango de ley, y así neutralizar los excesos inconstitucionales del poder normativo estatal²⁷.

La segunda atribución que se le asigna expresamente es conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo y hábeas data²⁸. Tal como se definen estas garantías constitucionales²⁹, se puede concluir que, a través de ellas, el TC podrá controlar las actuaciones públicas y privadas que contravengan a la Constitución en su contenido material; es decir, que contravengan sus contenidos ius-fundamentales.

²⁶ Es, por ejemplo, el caso actual del artículo 140 de la Constitución peruana en relación al inciso 1 del artículo 2 de la misma norma fundamental. Desde esta disposición, está ordenado que a todos y en toda situación se ha de respetar la vida; dicho negativamente, está prohibida la muerte de toda persona independientemente de la situación jurídica en la que se haya colocado. Para justificar que el artículo 140 de la Constitución es una disposición formalmente constitucional y materialmente inconstitucional, se ha de argumentar de modo fuerte que la pena de muerte no es una decisión justa ni para los condenados por traición a la patria en tiempo de guerra ni para los condenados por terrorismo. En ambos casos, la justificación fuerte ha de provenir del carácter absoluto del derecho a la vida por ser un presupuesto de existencia del absoluto que representa la persona humana y, para el caso de condenados por terrorismo, se ha de añadir el hecho de que el inciso 2 del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo prohíbe expresamente (Opinión Consultiva OC-3/83 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de setiembre de 1983). En este caso, la justificación vendrá exigida por la exigencia de quebrar la presunción de validez jurídica que se ha de reconocer a toda prescripción normativa, la misma que no se ha visto quebrada por el carácter no manifiesto de la inconstitucionalidad material de la disposición.

²⁷ Si se advierte cuáles son las normas con rango de ley que son pasibles de ser cuestionadas en su constitucionalidad a través de una demanda de inconstitucionalidad –inciso 4 del artículo 200 de la Constitución–, se concluirá con facilidad que la acción de inconstitucionalidad está destinada a controlar la constitucionalidad de la actuación normativa del poder público, ya sea del central (leyes, reglamentos del Congreso, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados), ya sea del regional como del local (las normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, respectivamente).

²⁸ Junto a estos procesos constitucionales, el constituyente también ha reconocido a la acción de cumplimiento. Sin embargo, a ésta no se hará referencia por su carácter sólo formalmente constitucional pero materialmente legal o infraconstitucional. La razón es que su objeto de protección es el orden infraconstitucional (legal o reglamentario). Ver: CARPIO MARCOS, Edgar. "La acción de cumplimiento". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (Coordinadora). "Derecho Procesal Constitucional". Segunda edición. Tomo II. Lima: Jurista Editores. 2004. p. 963.

²⁹ El amparo, el hábeas corpus y el hábeas data comparten una misma esencia como procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad". En: Pensamiento Constitucional 15. 2011. pp. 52-58.

La tercera atribución es conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución a los distintos órganos constitucionales³⁰.

Aquí se impone la pregunta siguiente: ¿Es un medio constitucionalmente previsto al TC la capacidad de inaplicar leyes o reglamentos inconstitucionales? La pregunta surge porque el texto constitucional nada dice expresamente al respecto. No obstante, pueden ser dadas una serie de razones para justificar esta atribución como reconocida implícitamente.

Una primera razón es que negarle esta atribución implicaría contradecir cuándo no negar, el ejercicio de las facultades expresamente reconocidas al TC. Así, no es razonable entender que el órgano que puede invalidar una ley no pueda a su vez inaplicarla, siendo lo primero más trascendente y requiriéndose para ello una mayor fuerza que para lo segundo. Igualmente, en última instancia no podría defender el contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales cuando sean atacados por una ley o un reglamento en un caso concreto, ni podría resolver desde la Constitución los conflictos de competencia cuando las competencias hayan sido reguladas a través de una ley inconstitucional. En buena cuenta, se vaciaría de contenido la posición jurídica del TC.

Una segunda razón consiste en que el artículo 138 de la Constitución, disposición que recoge el poder-deber de inaplicar leyes, puede ser razonablemente interpretada de modo que abarque también al TC. Tal disposición ha ordenado al juez preferir a la Constitución en caso de contradicción con la ley, y preferir a la ley en caso de contradicción con los reglamentos. El significado de la palabra juez está vinculado al ejercicio de la *iurisdictio*, y ésta se encuentra reconocida no solo al juez del Poder Judicial, sino también al juez de las otras jurisdicciones, como la arbitral, la militar, la electoral o la constitucional, ésta en manos últimas del TC³¹.

Consecuentemente, será posible reconocer como función atribuida al TC la inaplicación de leyes y/o reglamentos inconstitucionales cuando tenga que

resolver controversias concretas de relevancia constitucional. De esta manera, las actuaciones del poder público –normativas y no normativas– así como las de los particulares pueden someterse al control de constitucionalidad a través de cada una de estas atribuciones. Los procesos constitucionales que se desencadenasen a partir del ejercicio de la atribución serán los únicos caminos que tendrá el TC para controlar la constitucionalidad de la Constitución y del derecho infraconstitucional.

3. El TC como supremo intérprete y controlador de la Constitución

El constituyente peruano, sólo del TC, ha referido expresamente su condición de controlador de la Constitución. ¿Es posible justificar que la ha reconocido implícitamente de otro órgano? Será posible, si es posible reconocer que otro órgano constitucional, aunque no haya sido expresamente nombrado como controlador de la Constitución, expresamente lleva atribuidas funciones propias de control constitucional. Y este reconocimiento es posible advertirlo del juez del Poder Judicial. En efecto, es posible reconocer como controlador de la constitucionalidad al juez del Poder Judicial, porque a pesar de no haber sido reconocido expresamente como tal, sí se le ha reconocido expresamente atribuciones propias de control constitucional.

Así, en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución se ha reconocido a los jueces judiciales la capacidad para inaplicar leyes y reglamentos inconstitucionales. Del mismo modo, el constituyente ha previsto que, en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data, el TC actúe como última instancia en estos procesos de defensa de derechos fundamentales (artículo 202 de la Constitución). Quiere esto decir que el o los órganos que actúen como primeras instancias lo podrán hacer porque tienen la capacidad de neutralizar las arremetidas del poder –público y privado– contra la Constitución en la parte que recoge los derechos fundamentales. En este caso, las dos primeras instancias en los referidos procesos constitucionales corresponden a Juzgados y/o Salas del Poder Judicial (artículos 28, 29, 35, 36, 51 y 57 del Código Procesal Constitucional).

³⁰ Se trata de conflictos que se suscitan sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales (artículo 109 del Código Procesal Constitucional). Ver: GARCÍA ROCA, Javier. "El Tribunal Constitucional como tribunal de conflictos: Los conflictos constitucionales". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (Coordinadora). Óp. cit. pp. 491-534.

³¹ En la jurisprudencia del TC, ésta interpretación ha sido recogida en varias oportunidades. Por solo citar una, y en referencia al artículo 138 de la Constitución, tiene dicho el TC que: "De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional". Sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI, de fecha 29 de marzo de 2006. Fundamento Jurídico 10.

Junto a estas atribuciones compartidas, se encuentra otra solamente reconocida a los jueces del Poder Judicial: la tramitación y solución de los procesos de acción popular³². El constituyente peruano ha reconocido al legislador un margen de acción para decidir a cuál órgano le encarga el trámite y decisión de los procesos de acción popular, y el legislador ha decidido que tal órgano son los jueces del Poder Judicial (artículo 85 del Código Procesal Constitucional).

Si bien en estos casos la participación del órgano judicial no ha sido recogida en el texto de la Constitución sino más bien ha sido decisión del legislador del Código Procesal Constitucional, no debe olvidarse que este código es ley de desarrollo constitucional, en la que se recogen normas constitucionales adscritas a la Constitución, conformándola, por lo que ha de ser tenido también como Derecho Constitucional.

Por tanto, para el sistema constitucional peruano, es posible sostener que a los jueces del Poder Judicial se les ha reconocido una serie de atribuciones que en su conjunto permiten concluir que tales jueces han de ser tenidos como controladores de la constitucionalidad. Concluido esto, se impone la cuestión siguiente: ¿existe alguna relación entre ambos órganos de control? Un elemento objetivo ayudará a la respuesta.

El TC tiene más atribuciones de control constitucional en número e intensidad que las que tiene el Poder Judicial. Más en número porque conoce de las acciones de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencias, procesos constitucionales en los que no participa el Poder judicial.

Más en intensidad porque el TC actúa en última instancia en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento; mientras que en esos mismos procesos, el juez actúa como primeras dos instancias, pudiendo el TC revisar y corregir el control constitucional que realice el juez. Y más en intensidad, también, porque si bien ambos tienen la posibilidad de declarar de modo general la inconstitucionalidad de una norma y con efectos derogatorios, el juez sólo podrá hacerlo de normas infralegales y el TC de normas con rango de ley.

Para el concreto sistema constitucional peruano, es posible reconocer al TC una posición jurídica mayor que a los jueces del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de la Constitución y del derecho infraconstitucional. Aquél es controlador de la constitucionalidad mayor o supremo, y los jueces del Poder Judicial serán los controladores menores o inferiores. La validez del control que realicen estos está supeditada a su ajustamiento al control que realice el TC.

Si el TC peruano es controlador supremo, entonces ha de ser tenido también como intérprete constitucional supremo³³, siéndole aplicable las razones presentadas de modo general en la primera parte³⁴. De entre los dos controladores de la constitucionalidad, al TC le corresponde una posición mayor y a los jueces del Poder Judicial una posición menor³⁵, sin que para alterar ésta pueda invocarse la independencia del Juez³⁶. No se trata, desde luego, de una subordinación administrativa, sino de una razonable ordenación del ejercicio compartido de la función de control constitucional que ambos tienen atribuida.

³² LANDAARROYO, César. "Teoría del derecho procesal constitucional". Lima: Palestra Editores. 2004. p. 147.

³³ Aunque sus decisiones cierran la jurisdicción interna para abrir las puertas de la jurisdicción internacional, esto no implica que, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convierta en intérprete suprema de la Constitución peruana, por la sencilla razón que el mencionado tribunal internacional no formulará su decisión con base en los mandatos de la Constitución peruana, sino que aplicará la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, su juicio no es de constitucionalidad, sino de convencionalidad.

³⁴ En esta dirección, recuerda el TC que "[...] la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución". Sentencia recaída en el Expediente 00005-2007-AI, de fecha 26 de agosto de 2008. Fundamento Jurídico 26.

³⁵ Esto no significa una subordinación o jerarquía institucional o de cualquier otro tipo, sino una jerarquía en el ejercicio de la interpretación y control constitucional. Así ha de entenderse lo que el TC ha dicho al respecto: "[s]i bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución). Sentencia recaída en el Expediente 0030-2005-PI, de fecha 2 de febrero de 2006. Fundamento Jurídico 46.

³⁶ En palabras del TC, es "[...] necesario precisar que la incardinación de la independencia del juez, dentro del ordenamiento constitucional, exige entenderla, necesariamente, en conexión con otros principios y bienes que la Constitución tutela; su desconexión con la interpretación de la Constitución que haya realizado el Tribunal Constitucional, por tanto, resultaría claramente inadmisibles y supondría una indudable violación de la supremacía jurídica constitucional. Y ello porque la calificación de *última ratio* de lo que es o no constitucional radica en el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución". Sentencia recaída en el Expediente 00006-2006-CC, de fecha 13 de febrero de 2007. Fundamento Jurídico 47.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CREADOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Una vez justificada la posición de controlador e intérprete supremo que está llamado a ocupar el TC –tanto de modo general como particularmente ocurre con el TC peruano–, corresponde atender a una de las principales cuestiones que se derivan del desempeño de su labor como comisionado mayor del constituyente: ¿Crea Derecho Constitucional el TC peruano? De esta manera, se entra a analizar en qué consiste su “tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución”³⁷.

A. Tipos de disposiciones y normas iusfundamentales

Las disposiciones y consecuentes normas de la Constitución son de una tipología variada. Un tipo son las disposiciones con máxima generalidad lingüística, que da como resultado normas de máxima indeterminación. Éstas normalmente componen el contenido material de la Constitución. Son disposiciones que se limitan a recoger el nombre del bien humano que da justificación al derecho humano constitucionalizado, que es el derecho fundamental³⁸. Son ejemplos de éstas la disposición que afirma que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley” (artículo 2.2 de la Constitución), o la que reza que “toda persona tiene derecho a la libertad personal” (artículo 2.24 de la Constitución). En estos ejemplos, el constituyente se ha limitado a mencionar a la igualdad o a la libertad personal, ambos bienes humanos debidos, a la hora de formular los derechos fundamentales respectivos. A través de estas disposiciones y normas consiguientes, se constitucionaliza la esencia del derecho fundamental positivado: el contenido esencial del derecho a la igualdad y el contenido esencial del derecho a la libertad personal, respectivamente³⁹.

Otro tipo de disposiciones y normas constitucionales son aquellas que tienen una relevante generalidad lingüística y una consiguiente indeterminación normativa también relevante, sin ser máxima. Son

ejemplos de estas disposiciones aquella que establece que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (artículo 2.2 de la Constitución); o aquella otra que dispone que “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito” (artículo 2.24 de la Constitución).

Estas disposiciones no se limitan a recoger el nombre del bien humano debido, como ocurría con las disposiciones del primer tipo, sino que dicen algo del bien humano “igualdad” y “libertad personal”, concretándolo en su significado jurídico. Pero tal concreción se presenta a través de fórmulas con algún grado relevante de generalidad lingüística y consecuente indeterminación normativa: expresiones como “o de cualquier otra índole”, o “mandamiento motivado”, así lo acreditan rápidamente.

Un tercer tipo de disposiciones constitucionales lo conforman aquellas que se formulan sin grado relevante de generalidad lingüística y, consecuentemente, sin relevante grado de indeterminación normativa. Es un ejemplo de estas disposiciones aquella que manda que “el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia” (artículo 2.24.f de la Constitución). Esta disposición y derivada norma también significa una concreción de aquella del primer tipo, que se limitaba a nombrar el bien humano libertad personal que justificaba el derecho a la libertad personal, pero formulada con relevante grado de precisión.

B. El Tribunal Constitucional como creador supremo de Derecho Constitucional adscripto

Todas éstas son modalidades de disposiciones y normas constitucionales sobre derechos fundamentales, y todas conforman, con distinto grado de indeterminación normativa, el contenido que brota directamente de la esencia o naturaleza jurídica del derecho humano positivado⁴⁰. Es, en este sen-

³⁷ Sentencia recaída en el Expediente 2409-2002-AA, de fecha 7 de noviembre de 2002. Fundamento Jurídico 1. a.

³⁸ Los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados. Mientras que los derechos humanos pueden ser definidos como “el conjunto de bienes humanos debidos a la persona humana por ser persona humana, y cuya adquisición le permite alcanzar su pleno desarrollo en la medida que con ello logra satisfacer necesidades y exigencias humanas”. Al respecto, ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”. En: SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador). “Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales”. Lima: Gaceta Jurídica. 2009. p. 42.

³⁹ En palabras del TC, “[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa”. Sentencia recaída en el Expediente 1417-2005-PA, de fecha 8 de julio de 2005. Fundamento Jurídico 10.

⁴⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La Constitución como objeto de control constitucional”. Óp. cit. pp. 275-279.

tido, un contenido esencial⁴¹. Y, en la medida que ha sido decidido por el constituyente, tal contenido esencial ha de ser tenido como contenido constitucional⁴². Éste es el material con el que trabajan los intérpretes constitucionales. Corresponde detenerse en el intérprete supremo, el TC, y aunque el análisis se efectuará respecto de las disposiciones y normas referidas a derechos fundamentales, las conclusiones podrán ser extendidas también a las disposiciones y normas constitucionales orgánicas.

Cuando se activa un mecanismo de control constitucional, el TC primero interpreta una disposición iusfundamental de cualquiera de los tres tipos arriba presentados, luego concluye la norma constitucional directamente estatuida desde la disposición interpretada⁴³ y, finalmente, formulará una concreción directa –no sucesiva– de tal norma, la necesaria para resolver el problema jurídico que se le ha presentado. La norma directamente estatuida no es creada por el TC, sino por el mismo Constituyente, y el TC se limita a sacarla a la luz. Por el contrario, la concreción supone la determinación creativa⁴⁴ de algo que como tal tiene varias posibles especificaciones⁴⁵, y que se adhiere irremediable y fuertemente a la norma concretada⁴⁶. Por esta razón, ha de ser tenida como norma adscrita a una norma directamente estatuida.

Esta adhesión genera dos consecuencias. Una es el carácter normativo de la concreción: si la interpretación a través de la cual se formula la concre-

ción es vinculante, y el objeto concretado es una norma, entonces la concreción no tiene otra forma de existir que adoptando la forma de una norma que vincula⁴⁷. La otra consecuencia es el rango normativo de la concreción: la concreción viene formulada para dar respuesta a un problema jurídico –abstracto o concreto– que el TC debe resolver, y tal problema será uno de relevancia constitucional, desde que el TC no atiende asuntos infraconstitucionales; consecuentemente, la concreción normativa será una de relevancia constitucional, es decir, será una concreción directa y necesaria de la norma directamente estatuida concretada. Precisamente, el carácter directo y no sucesivo de la concreción permitirá reconocerle rango constitucional.

Así, a través de las interpretaciones de la Constitución, el TC crea normas de rango constitucional⁴⁸, y sus sentencias –que contienen las concreciones– se convierten en fuente de Derecho Constitucional⁴⁹. La creación de Derecho Constitucional puede manifestarse tanto en la dimensión material como en la dimensión procesal de la Constitución. Puede crear, entonces, Derecho Constitucional material y Derecho Constitucional procesal. En este sentido debe ser reconocida e interpretada la autonomía procesal del TC⁵⁰, a través de la cual realiza su “labor de concretización o complementación del Derecho Procesal (Constitucional) [directamente estatuido]”⁵¹, mencionada en no pocas oportunidades en la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución⁵².

⁴¹ Sirve para este propósito los dos caminos que para definir el contenido esencial manifestó el TC español en su temprana sentencia 11/1981, de fecha 8 de abril de 1981. Fundamento Jurídico 8. Uno es “la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”, y el otro es “los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”.

⁴² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 14. 2010. pp. 92 y siguientes.

⁴³ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. pp. 63-66.

⁴⁴ HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992. p. 40.

⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”. En: Neue Juristische Wochenschrift 27. 1974. p. 1529.

⁴⁶ Sobre la adscripción, véase: ALEXY, Robert. Óp. cit. pp. 66-73.

⁴⁷ De modo que “[...] el hecho de que las normas adscritas concretadas [...] sean vinculantes para sus destinatarios, es; sin embargo, el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas”. BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador”. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014. p. 127.

⁴⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). “El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente”. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional 3. Lima: Palestra Editores. 2007. pp. 13-17.

⁴⁹ Sentencia recaída en el Expediente 1333-2006-PA, de fecha 8 de enero de 2006. Fundamento Jurídico 11.

⁵⁰ LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. “El amparo contra amparo y el principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). Óp. cit. pp. 205-228.

⁵¹ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “Amparo contra amparo: La reparación de las lesiones de derechos fundamentales en un proceso de amparo”. En: SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). Óp. cit. p. 237.

⁵² Solo por citar algunas decisiones del Tribunal Constitucional: (i) Sentencia recaída en el Expediente 4119-2005-PA, de fecha 29 de agosto de 2005. Fundamento Jurídico 38; (ii) Sentencia recaída en el Expediente 5033-2006-PA, de fecha 29 de agosto de 2006. Fundamento Jurídico 62; (iii) Resolución recaída en el Expediente 0025-2005-PI y 0026-2005-PI

Hay que reconocer, no obstante, que el TC no es el único creador de Derecho Constitucional. Lo son también otros dos intérpretes constitucionales: (i) el juez; y, (ii) el Parlamento. El primero crea Derecho Constitucional adscrito cuando interpreta la Constitución a la hora de resolver un caso en la última instancia que representa la Corte Suprema, y tal interpretación no es recurrida ante el TC, o, si lo es, termina siendo confirmada. Mientras que el segundo crea Derecho adscrito cuando aprueba una ley que desarrolla –concreta– directamente el contenido esencial de un derecho fundamental, de un bien jurídico constitucional o de un órgano o procedimiento constitucional⁵³. En este marco, hay que afirmar que en la medida que el TC es supremo intérprete de la Constitución, tiene la condición también de supremo creador de Derecho Constitucional adscrito.

C. La posible inconstitucionalidad material de las creaciones y decisiones del Tribunal Constitucional

La naturaleza constituida de los intérpretes constitucionales exige reconocer que su actividad creadora de Derecho Constitucional adscrito está limitada por la Constitución, más precisamente, por las normas constitucionales directamente estatuidas. En ningún caso es posible crear Derecho Constitucional *ex novo*, sino que se tratará siempre de una creación dentro de un marco jurídico decidido por el constituyente.

La generalidad de las disposiciones constitucionales, particularmente de las iusfundamentales, abre las puertas para un riesgo importante: la creación constitucional está limitada por la Constitución, pero la Constitución normalmente es vaga

en sus mandatos, y son los creadores de Derecho Constitucional los que la precisan, y con esas precisiones establecen de modo vinculante lo que la Constitución manda.

Este riesgo se muestra especialmente dramático respecto del TC⁵⁴: está limitado por la Constitución, y es el TC el que decide de modo supremo lo que la Constitución manda⁵⁵. Su interpretación, y consecuente creación constitucional, se impone a la interpretación y creación constitucional que puedan manifestar el legislador y los jueces. En una posición así, el peligro de extralimitación es grande: el TC se convertiría en una instancia omnipotente⁵⁶ y autoritaria⁵⁷, que podría incluso adoptar decisiones con base en “juicios irracionales”⁵⁸.

Frente a estos posibles excesos, a lo más que se ha llegado es a reconocer la incorrección, mas no la inconstitucionalidad, de las decisiones del TC peruano⁵⁹. Éste, además, ha sido enfático al negar la posibilidad de que en sus sentencias pueda incurrir en inconstitucionalidad: “[...] éste es el Intérprete Supremo de la Constitución [...], por lo que no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales”⁶⁰. Sin embargo, este modo de ver las cosas carece de justificación atendible, porque las razones fuertes apuntan precisamente en sentido contrario.

El TC, como comisionado del poder constituyente, es un poder constituido, por lo que su actuación se ha de desenvolver según las decisiones del constituyente comitente. Esta actuación se exterioriza a través de resoluciones, las mismas que se componen tanto de un fallo como de los fundamentos jurídicos que lo sostienen. En estos se recogen las interpretaciones de la Constitución, que como concreciones normativas de las normas directamente

(admisibilidad), de fecha 25 de abril de 2006. Fundamento Jurídico 18; y, (iv) Sentencia recaída en el Expediente 1417-2005-AA, de fecha 8 de julio de 2005. Fundamento Jurídico 48.

⁵³ En esta lógica, el Juez puede crear Derecho infraconstitucional –legal o reglamentario– a la hora de interpretar y concretar normas legales o reglamentarias con algún grado de indeterminación normativa. Son creadores por antonomasia de Derecho infraconstitucional tanto el Parlamento (creador de Derecho legal) como el Ejecutivo (creador de Derecho reglamentario).

⁵⁴ No es dramática respecto del legislador y del juez porque tienen una esfera más limitada de creación constitucional: la creación que formulen debe caer dentro del marco constitucional tal y como lo ha interpretado el TC, en la medida que es controlador e intérprete supremo de la Constitución, y las concreciones que formule –el Derecho Constitucional que haya creado– también vinculan al legislador y al juez.

⁵⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial”. Lima: Palestra Editores. 2008. pp. 69 y siguientes.

⁵⁶ ALEXY, Robert. “Rechtssystem und praktische Vernunft”. En: *Rechtstheorie* 18. 1987. p. 406.

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. “Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats”. Frankfurt: Suhrkamp. 1997. p. 315.

⁵⁸ *Ibid.* p. 316.

⁵⁹ Por todos: LEÓN VÁSQUEZ, Jorge y Luis CASTILLO CÓRDOVA. “Poder Judicial *versus* Poder Ejecutivo: ¿Se extralimitó el Tribunal Constitucional en su sentencia al Expediente 0006-2006-PC/TC: Caso casinos y tragamonedas?”. En: THÉMIS-Revista de Derecho 55. 2008.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2704-2004-AA, de fecha 5 de octubre de 2004. Fundamento Jurídico 2.e.

estatuidas ha creado el TC. Las concreciones –tal y como se explicó antes– son verdaderas normas que pueden ser conformes o contrarias a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente a las que se adscriben. Digámoslo así: la concreción puede ser conforme o contraria al objeto concretado.

Si las normas constitucionales adscriptas que a través de las interpretaciones de la Constitución formula el TC son contrarias a las normas constitucionales directamente estatuidas por el constituyente, entonces nos hallaríamos ante una norma formalmente constitucional, porque se adscribe a una disposición constitucional expresa, pero materialmente inconstitucional, porque contraviene la norma constitucional misma que pretende concretar⁶¹. Será esta una modalidad de normas constitucionales inconstitucionales⁶².

Pero no sólo las normas –formalmente– constitucionales formuladas por el TC pueden ser –materialmente– inconstitucionales. También lo puede ser el fallo. En efecto, el fallo es la decisión que resuelve un problema jurídico y, consecuentemente, el fallo resulta de la aplicación de la norma constitucional adscripta –las interpretaciones de la Constitución– al problema jurídico. Si aquella es una materialmente inconstitucional, la solución del problema jurídico será inconstitucional también. Y no puede ser de otra manera, desde que el fallo contiene una regla jurídica que confirma, anula o constituye una posición jurídica, y tal regla puede ser evaluada normativamente según su ajustamiento o no a la Constitución. Toda posición jurídica puede ser acorde o contraria a la fuente de validez de toda posición jurídica: la Constitución⁶³.

De esta manera, cuando se afirma la posibilidad de que una resolución del TC pueda ser inconstitucional, significará que tanto las normas constitucionales adscriptas que el TC ha creado y que se recogen en los fundamentos jurídicos, como la regla jurídica en que consiste el fallo, pueden ser contrarias a las normas constitucionales directamente esta-

tuidas y, cuando esto ocurre, han de ser tenidas como inconstitucionales desde un punto de vista material. Este modo de ver las cosas es acorde con la posición jurídica del TC y con el significado de la comisión constitucional que tiene encargada por el Poder constituyente.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE DEFENSA CONTRA DECISIONES INJUSTAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Aquí ha sido justificado para el caso peruano que el TC, como comisionado del Poder Constituyente, puede incurrir en inconstitucionalidad al menos en dos situaciones: (i) cuando crea normas que, al adscribirse a la Constitución, son formalmente constitucionales, pero que pueden ser materialmente inconstitucionales al contravenir una norma constitucional directamente estatuida; y, (ii) cuando en su fallo formula una decisión inconstitucional. En este punto, la pregunta que se formula es clave: ¿Qué mecanismos existen para defendernos de los excesos en los que pueda incurrir el TC?

Estos mecanismos pueden ser nacionales e internacionales. Los internacionales solo pueden ser jurídicos, y se dispensan a través de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, tanto el universal como los regionales. En los tratados internacionales sobre derechos humanos se positivizan las exigencias de justicia que se formulan en torno a la persona, y normalmente se les acompaña de unos órganos internacionales encargados de velar por el cumplimiento del tratado.

Solo se podrá controlar las decisiones de un TC cuyo Estado haya no solo firmado el tratado internacional, sino que a su vez haya reconocido la competencia contenciosa del órgano internacional encargado de velar por su cumplimiento. En estos casos, formalmente el órgano internacional no enjuiciará una decisión del TC como tal, sino que enjuiciará al Estado respectivo; y resolverá no según la Constitución y leyes nacionales, sino según el tratado o convención internacional sobre Derechos Humanos⁶⁴.

⁶¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Quis custodit custodes. Los riesgos que implica la justicia constitucional". En: Actualidad Jurídica. Tomo 149. 2006. p. 136.

⁶² BACHOF, Otto. "¿Normas constitucionales inconstitucionales?". Lima: Palestra Editores. 2008. p. 65.

⁶³ Son dos las posibles situaciones de inconstitucionalidad del fallo. La primera es la inconstitucionalidad de las normas constitucionales adscritas que sostienen el fallo. La segunda situación es que, habiendo sido formulado en base a normas adscritas formal y materialmente constitucionales, por alguna razón fáctica –de ausencia de apreciación o de error o arbitrariedad en la apreciación de algún elemento de hecho del caso– se formula una decisión inconstitucional.

⁶⁴ Sobre esto último conviene, no obstante, realizar la siguiente precisión: las exigencias de justicia se positivizan internacionalmente en los tratados o convenciones sobre Derechos Humanos, mientras que en el ámbito nacional ocurre a través de la Constitución. En uno y otro caso se trata del recogimiento de lo mismo: exigencias de justicia que se formulan en torno a la persona. De modo que, cuando un tribunal internacional decide que un Estado ha vulnerado el tratado o convención sobre Derechos Humanos, normalmente significará que ese Estado ha vulnerado la Constitución en aquella parte que constitucionalizó la misma exigencia de justicia declarada internacionalmente como incumplida. Esto permitirá saber si efectivamente la decisión del TC fue o no inconstitucional.

Los mecanismos nacionales pueden ser: (i) jurídicos; (ii) políticos⁶⁵; y, (iii) sociales⁶⁶. Aquí me referiré muy brevemente solo al jurídico para presentar tres posibilidades de control.

Primero, si la norma constitucional adscripta o el fallo son manifiestamente inconstitucionales, entonces no vincularán. Con base en el principio según el cual la norma injusta no es verdadera norma⁶⁷, será posible sostener que el Derecho manifiestamente injusto no es Derecho⁶⁸, lo que significará que las normas constitucionales adscritas manifiestamente inconstitucionales, por contravenir una exigencia de justicia constitucionalizada a través de una norma directamente estatuida, no podrán ser tenidas como Derecho válido, lo que justificará su desobediencia⁶⁹. Esto que puede ser sostenido desde un plano abstracto, posiblemente requiera de algún matiz a la hora de llevarlo a la práctica en una concreta realidad social y jurídica.

Segundo, si la norma constitucional adscripta no es manifiestamente inconstitucional, el juez podrá inaplicarla en un caso concreto solamente si para el caso que conoce le es posible presentar razones suficientemente fuertes que permitan concluir que la aplicación de la norma al caso sería inconstitucional; rompiendo con ello la presunción de constitucionalidad material que necesariamente se ha de reconocer a toda norma formalmente constitucional creada por el TC⁷⁰.

El fallo no manifiestamente inconstitucional siempre se ha de cumplir, por el contrario. Por esta razón, y en tercer lugar, resulta justificado crear un recurso ante el propio TC –así se respeta su posición de supremo controlador de la constitucionalidad– que permita advertirle de la inconstitucionalidad del fallo para que inmediatamente lo invalide⁷¹. 

⁶⁵ Normalmente los magistrados del TC son nombrados por los poderes públicos, los mismos que pueden llegar a mantener una suerte de control político sobre ellos. En el caso peruano, los magistrados del TC son designados en su totalidad por el Parlamento (artículo 201 de la Constitución), y ha sido previsto constitucionalmente el juicio político contra ellos en caso contravengan la Constitución (artículo 99). Un tal juicio puede terminar con la “suspensión o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad” (artículo 100 de la Constitución).

⁶⁶ El control social de la constitucionalidad de las resoluciones del TC será fruto del ejercicio del “derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales” (artículo 139 de la Constitución). A favor de este control, qué duda cabe, la doctrina académica está llamada a jugar un papel trascendente dando las razones jurídicas que permitan detectar los verdaderos excesos.

⁶⁷ HERVADA, Javier. “Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho”. Tercera edición. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A. 2000. p. 370.

⁶⁸ Un estudio de la famosa fórmula de Radbruch actualizada por Alexy en: VIGO, Rodolfo Luis. “La injusticia extrema no es Derecho (de Radbruch a Alexy)”. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Editorial La Ley. 2004.

⁶⁹ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. “En defensa de la Constitución”. Segunda edición. Lima: Palestra Editores y Universidad de Piura. 2012. pp. 483-484.

⁷⁰ Ha sido el mismo TC el que ha dicho que “[...] las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado”. Sentencia recaída en el Expediente 4853-2004-PA, de fecha 19 de abril de 2007. Fundamento Jurídico 16.

⁷¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La necesidad de un recurso de reconsideración por manifiesta inconstitucionalidad de una sentencia del Tribunal Constitucional”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 154. 2011. pp. 245-260.