

# La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Sobre el Examen de Constitucionalidad y el Modelo de Control Derivado y Sinérgico

Víctor García Toma\*

## RESUMEN

El autor nos presenta un profundo análisis sobre los modelos de control de la constitucionalidad – originarios y derivados – y sus respectivos sub sistemas, ambos acompañados de notables definiciones, citas y ejemplos de Derecho Comparado. Posteriormente, se enfoca en el caso peruano explicando los modelos que rigen nuestro Ordenamiento Jurídico mediante citas e interpretaciones a normas de la materia. Luego de ello, efectúa un análisis de los casos en que se puede realizar un control de constitucionalidad y las normas que son objeto de control. Por último, hace un examen de la incidencia de la cuestión política en la figura del control constitucional.

## PALABRAS CLAVE:

Constitución - Tribunal Constitucional - Examen de Constitucionalidad - Control de Constitucionalidad - Control Derivado - Control Sinérgico - Política.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LOS MODELOS ORIGINARIOS.
3. LOS MODELOS DERIVADOS.
4. LAS NORMAS OBJETO DE CONTROL Y LAS MANIFESTACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.
5. EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA DENOMINADA CUESTIÓN POLÍTICA.

---

\* Socio del Estudio Benites, Forno & Ugaz. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Ministro de Justicia del Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

Existe concordancia académica en clasificar a los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad como originarios o derivados.

Los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad *originarios* son aquellos que históricamente han surgido como consecuencia de la actividad legisferante o jurisprudencial creadora de instituciones, principios, categorías o reglas destinadas a asegurar la supremacía de la Constitución. Estos son de dos clases: el control orgánico-político y el control orgánico-jurisdiccional (este último tiene dos variables: concentrado y difuso).

Los sistemas de control de la constitucionalidad *derivados* son aquellos que recogiendo la matriz de algún modelo originario han sido adaptadas a una necesidad o realidad político-constitucional específica. Se insertan en Estados carentes de tradición jurídica propia; los cuales en ese contexto se empeñan en desarrollar una tarea de trasplante de instituciones, principios, etc. En ese orden de ideas, son tres las adaptaciones conocidas a la fecha: el control sobrepuesto, el control mixto y el control dual.

Como veremos posteriormente, el caso peruano presenta una situación aún más compleja.

Ahora bien, es patente que la diferenciación básica de los sistemas o modelos se hace por el tipo de órgano estatal que tiene a su cargo la responsabilidad del control de la constitucionalidad.

## 2. LOS MODELOS ORIGINARIOS

De acuerdo con la doctrina se comprende como tales al control orgánico político y al control orgánico jurisdiccional.

### 2.1. El control orgánico político o no jurisdiccional

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad al órgano parlamentario en su condición de portavoz omnicompreensivo de la soberanía popular. Excepcionalmente, puede ser encargada a un ente *ad hoc* no jurisdiccional constituido sobre la base de una designación puramente política.

La fundamentación de su existencia radica en el principio genérico del poder sumo e inalienable

encarnado en los representantes de la voluntad ciudadana, que impide el control judicial de la legislación parlamentaria. En ese sentido, se sostiene que la magistratura únicamente puede participar *secundum legem* y no como *legisvus*.

En atención a que la magistratura no proviene de la voluntad ciudadana, sino de la designación por un órgano estatal; por tal motivo se encuentra impedido de anular o abrogar una ley, que es la expresión suma de aquella soberanía.

Enrique Álvarez Conde<sup>1</sup> expone que en este modelo un mismo órgano –el Parlamento– se convierte simultáneamente en juez y parte de sus propias decisiones. Ello supone el apostar y confiar en la capacidad institucional de la autocensura, la moderación corporativa o la corrección de sus primiciales determinaciones; así como en la presencia activa de las minorías parlamentarias como agentes de control de los excesos legisferantes de la mayoría.

Este modelo se sustenta en la premisa que el Parlamento, como expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto que no admite ninguna erosión del principio de la omnipotencia de la ley; amén de preservar las decisiones institucionales de remoción legislativa y acción reformadora.

Como bien expone Víctor Ferreres Comella<sup>2</sup> el principio de separación de poderes planteado por Carlos Luis de Secondant, barón de la Brede y Montesquieu instituyó la idea del juez vedado de escrutar la constitucionalidad de las leyes.

Así, en su obra *El Espíritu de las Leyes* Montesquieu expone que al Parlamento no solo le corresponde la función de crear sino además de interpretar la ley. Bajo dicho influjo se introdujo en el novísimo republicanismo francés de finales del siglo XVIII, denominado Recurso de Urgencia ante la Asamblea Legislativa, por el cual el ente legisferante aclaraba a solicitud del Juez, la voluntad de la ley.

A lo sumo, la acción legislativa tenía como parámetros de control el veto del Poder Ejecutivo y la lealtad constitucional del pueblo.

Los antecedentes del control orgánico político pueden encontrarse en la Ley del 16-24 de agosto de 1790, mediante la cual la Convención francesa dispuso que «los tribunales no podrán tener directa o indirectamente ninguna injerencia en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo

1 Curso de derecho constitucional. Madrid: Tecnos, 1999

2 Una defensa del modelo de control de constitucionalidad. Madrid: Marcial Pons, 2011

legislativo sancionados por el rey, bajo pena de prevaricación». Asimismo, en la Constitución de 1791 se fijó claramente que «los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo ni suspender la ejecución de las leyes».

Al respecto, como bien sintetiza Maurice Hauriou<sup>3</sup> lo expuesto apuntaba a «exaltar la ley y abatir al juez».

En puridad, dicho modelo fue inspirado en los postulados planteados por el abate Emmanuel Sieyès en un texto conocido como «*Opiniones*». Dicho ente alcanzaría una cierta concretización en la Constitución francesa de 1852.

Al respecto, debe anotarse que la desconfianza en el operador jurisdiccional provenía de los ataques ideológicos perpetrados por la, en ese entonces, supérstite magistratura del *Ancien Regime* contra las bases del constitucionalismo democrático emanados de la Revolución Francesa. Como tal encontrará cierta cabida en el constitucionalismo liberal europeo.

La expresión tenue de este modelo en el constitucionalismo liberal europeo, renovará su influencia a través de la Constitución de la extinta URSS de 1936, lo que promoverá su impronta al resto de los países de la entonces estentórea orbita socialista.

La incorporación de este modelo en la experiencia estadual marxista leninista emana de la doctrina del centralismo democrático y en donde el Parlamento deviene en el portador clasista de la soberanía nacional.

Al respecto, cabe señalar que en la teoría marxista del derecho se considera que el control de constitucionalidad es parte del engranaje del principio de separación de poderes, el cual es una pauta basilar de la sociedad burguesa en donde el interés de clase hace «necesario» fragmentar el ejercicio de poder y sujetarlo a un sistema de frenos y de contrapesos. En cambio, en el marco de la utopía de la sociedad sin clases, no se hace necesario el control constitucional al margen del poder único e indivisible expresado en la voluntad monolítica del proletariado.

En América Latina apareció en las constituciones de Perú y Bolivia de 1826 con la creación de la Cámara de Censores, en la Constitución de Brasil de 1830 y en las constituciones ecuatorianas de 1830 y 1851.

Daniel Soria Luján<sup>4</sup> refiere que en nuestro país durante la vigencia de la Constitución de 1828, el Parlamento a través de su órgano denominado Consejo de Estado ejerció, por primera vez, un control de constitucionalidad al anular mediante una disposición de fecha 26 de enero de 1830 un Decreto Supremo expedido por el Poder Ejecutivo por el cual se ordenaba observar en todas las Cortes de Justicia de la República un acuerdo de la Corte de Lima.

Asimismo, mediante disposición de fecha 22 de noviembre de 1832 anuló un Decreto Supremo expedido por el Poder Ejecutivo que, contrariamente a lo dispuesto por la Ley de Presupuesto, transfería una partida de contribución a favor de la provincia de Huaylas al Colegio de Huaraz.

Dentro de una óptica especial aparece en la Constitución francesa de 1958 el denominado Consejo Constitucional. Dicho ente se compone de nueve miembros; los cuales son designados paritariamente por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

El Presidente del Consejo es designado por el Presidente de la República.

Tiene la responsabilidad de examinar preventivamente la validez de las Leyes Orgánicas y los Reglamentos de las Asambleas Parlamentarias. Asimismo, se pueden someter a la evaluación de la constitucionalidad las Leyes antes de su promulgación por parte del Órgano Ejecutivo.

Asimismo, tiene la responsabilidad de examinar ulteriormente –por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación– si una Ley vigente es atentatoria de los derechos y libertades consagradas en la Constitución.

La calidad de ente político es esgrimida por Bernard Chenot –ex presidente de dicho órgano– al afirmar en 1977 que «El Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple». Por ende, deviene en la perspectiva francesa en una «pieza clave de contención política».

En esa orientación, Francisco Fernández Segado<sup>5</sup> expone que en el sistema político francés, el Presidente de la República ejerce una función de arbitraje político, en tanto que el Consejo

<sup>3</sup> Principios de derecho público y constitucional. Granada: Comares, 2003

<sup>4</sup> Los mecanismos de defensa de la Constitución en el Perú. El poder conservador y el Consejo de Estado. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995

Constitucional asume la responsabilidad de garantizar desde una perspectiva técnica las reglas constitucionales que rigen el funcionamiento de los poderes públicos.

## 2.2. El control orgánico jurisdiccional

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad de manera directa o indirecta en un ente administrador de justicia. Dicho modelo puede ser clasificado en sistema americano o de jurisdicción difusa y sistema europeo o de jurisdicción concentrada.

### 2.2.1. El sistema americano o de jurisdicción difusa

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del órgano judicial ordinario (se le denomina también de revisión judicial –*Judicial Review*– o de contralor judicial). Así, la pluralidad de los Jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial.

En este caso no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*, sino que son los jueces comunes los que ante una determinada controversia deberán examinar si existe contradicción entre la norma invocada –teóricamente aplicable para amparar un supuesto derecho– y los alcances de la propia Constitución, por lo que, de ser el caso, aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la Ley inconstitucional.

En suma, dicho sistema tiene como características los presupuestos de control extendido, incidental, residual y de eficacia interpartes.

### 2.2.2. El sistema europeo o de jurisdicción concentrada

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional especial (se le denomina *ad hoc* o de contralor concentrado); se confía el control de la constitucionalidad a un ente particular y autónomo del resto de los órganos del poder estatal.

En este caso, el sistema es establecido *expressis verbis* por el propio texto supra; esto es, es creado expresamente por el legislador constituyente.

En dicha formulación tuvo protagónica responsabilidad el jurista austriaco Hans Kelsen, el cual posteriormente fundamentó sus alcances doctrinarios en una obra denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928).

En dicho documento Hans Kelsen desestimará la capacidad de autocensura y moderación legislativa por parte del Parlamento en lo relativo al resguardo de la jerarquía normativa de la Constitución; y postulará las bondades de un órgano autónomo de este para que actúe como legislador negativo, vale decir, con facultades de anulación de las Leyes contrarias a la Constitución.

Este sistema romperá con la tradicional concepción según la cual no se podía modificar, anular o suprimir la vigencia de una Ley, ya que ella era, hasta ese entonces, la expresión omnimoda del pueblo reunido en el Parlamento. Al respecto, debe anotarse que Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu<sup>5</sup>, había señalado lo siguiente:

«El juez es simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor.»

Su aplicación se concretará en la Constitución austríaca de 1920.

Domingo García Belaúnde<sup>7</sup> señala que el sistema de jurisdicción concentrada se caracteriza por entregar el control a «un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la tríada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial [...]». Este órgano tiene atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la declaración –que produce efectos generales– de inconstitucionalidad de una Ley, declaración que se desarrolla por vía principal y sin necesidad de que exista un conflicto particular previo. Es decir, existe un órgano especialmente encargado de conocer las acciones de inconstitucionalidad.

El resultado de la intervención jurisdiccional ocasiona que la Ley cuestionada sea anulada (es decir, se le considere inexistente), decisión que se reviste de la autoridad absoluta que emana de la cosa juzgada. Así pues, la impugnación de la Ley, por esta vía, puede llevar a su expulsión del Ordenamiento Jurídico; generalmente desde el momento mismo del pronunciamiento jurisdiccional (efectos *erga omnes* y *ex nunc*).

5 La justicia constitucional: una versión del derecho comparado. Madrid: Dykinson, 2009

6 El espíritu de las leyes. México: Porrúa, 1992

7 Derecho procesal constitucional. Bogotá: Tecnos, 2001

El efecto, *ex nunc* (a futuro) se explica por el propósito de tutelar principios como la estabilidad y la seguridad jurídica, que podrían verse gravemente afectados en caso de que se admitiesen alcances retroactivos del fallo declaratorio de inconstitucionalidad. No obstante lo expuesto, en vía de excepción, cuando existiese grave afectación de derechos fundamentales puede admitirse un efecto *pro praeterito* (retroactivo) en materia penal y tributaria.

En suma, dicho sistema tiene como característica los presupuestos de control condensado, principal, abstracto y de eficacia general.

### 3. LOS MODELOS DERIVADOS

De acuerdo con la doctrina, se comprende como tales al control sobrepuesto, al control orgánico mixto y al control orgánico dual. En el caso peruano se ha creado una expresión contralora que denominaremos sinérgico.

Dicho modelo comprende a una pluralidad de órganos con competencia para el control constitucional, así, como en su capacidad para ejercerlo de manera preventiva o reparadora según sea el caso.

#### 3.1. El control orgánico sobrepuesto

Este surge como consecuencia del otorgamiento de competencias de control constitucional concentrado a una Sala de la Corte Suprema de un Estado.

En este modelo el ente contralor se encuentra adscrito al Poder Judicial y ejerce, exclusiva y originalmente, la función de expulsar del Ordenamiento Jurídico aquellas Leyes incompatibles con los principios, valores o normas de la Constitución.

Al respecto, son citables los casos de Costa Rica, Paraguay, Uruguay, etc.

Recibe tal denominación en razón de que la máxima instancia del Poder Judicial ejerce una función de control constitucional concentrado con carácter monopólico.

En suma, el Poder Judicial aparece como un órgano postizo de control concentrado.

#### 3.2. El control orgánico mixto

Este surge como consecuencia de la mezcla, fusión o combinación de dos o más modelos originarios,

constituyendo un modelo sui géneris que, por ende, deviene en distinto de aquellos que le sirvieron de base. En ese aspecto, Domingo García Belaúnde<sup>8</sup> señala que «cuando las influencias son tan fuertes [...] se adquiere una nueva fisonomía». Así, partiendo de las influencias asimiladas se genera en la praxis un modelo relativamente diferente.

Esta mezcla o combinación de dos o más modelos da lugar a un *tertium*, en donde los rasgos sincréticos permiten señalar algo distinto, pero no tanto para calificarlo como original.

En pureza, de la imitación y la recepción surge algo parcialmente diferente.

En este modelo el órgano administrador de la justicia ordinaria –Poder Judicial– ejerce simultáneamente un control difuso y concentrado, según sea la naturaleza de la acción objeto de su conocimiento.

Al respecto, son citables en Europa los casos de Grecia, Irlanda y Estonia.

En Grecia, cualquier órgano del Poder Judicial puede inaplicar Leyes; empero, existe uno *ad hoc* que resuelve los conflictos que surjan entre diversos órganos jurisdiccionales a propósito de la constitucionalidad de las Leyes.

En Irlanda, la Corte Suprema tiene competencia para pronunciarse preventivamente acerca de la constitucionalidad de los proyectos de Ley.

En Estonia, el Tribunal de Casación también cumple funciones de control constitucional, ya sea por la vía de la inaplicación o expulsión de la norma del Ordenamiento Jurídico, según el tipo de procedimiento invocado para su decisión.

En América Latina son citables los casos de Brasil, Venezuela y México.

En el caso del Brasil, al máximo órgano de la justicia ordinaria denominado Supremo Tribunal Federal se le han conferido las decisiones que son propias dentro de una jurisdicción concentrada a una Corte o Tribunal Constitucional. Entre las distintas modalidades procesales aparece la acción directa de declaración de inconstitucionalidad, bajo las modalidades de acción de declaración de inconstitucionalidad interventiva y genérica. Empero, también aparece el recurso extraordinario para revisar una sentencia supuestamente contraria a la Constitución.

8 Ob. cit.

En ese contexto, Ernesto Blume Fortini<sup>9</sup> señala que:

*A pesar de la existencia de un control disperso de constitucionalidad se ha incorporado la acción directa de inconstitucionalidad, bajo las modalidades interventiva y genérica. La primera controladora del orden interno respecto de los ordenamientos federales, y la segunda, cauteladora de la constitucionalidad de las leyes en general.*

En el caso de Venezuela, existe el control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial, y concretamente se cuenta con un control concentrado a cargo de la Corte Suprema que tiene facultades exclusivas y excluyentes para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellas Leyes y demás actos estatales que tengan rango legal o que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.

En el caso de México existe un control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial, y simultáneamente se le ha conferido a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad contra normas generales.

En ese sentido Arturo Zaldívar Telo de Sarria<sup>10</sup> señala que México cuenta «con un sistema de justicia constitucional complejo, formado por distintos instrumentos procesales: a) controversias constitucionales; b) acciones de inconstitucionalidad; c) medios de impugnación en materia política electoral; y d) juicio de amparo».

En relación a lo expuesto, Domingo García Belaúnde<sup>11</sup> plantea que se trata de un control orgánico mixto en razón a que

*(...) un solo órgano, la Corte Suprema aparece como única instancia final, pues conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (a través de la acción popular de inconstitucionalidad [...]). Es decir, se fusionan armoniosamente las peculiaridades del modelo americano con el europeo, y dan origen a un tertium quid.*

### 3.3. El control orgánico dual o paralelo

Este modelo surge como consecuencia de la aplicación de dos modelos originarios que coexisten en forma independiente o autónoma,

manteniendo cada uno de ellos sus propias características. Es decir, en este caso existe una aplicación paralela sin proceso alguno de mezcla o fusión entre los modelos originarios transplantados.

Domingo García Belaúnde<sup>12</sup> –autor de la nomenclatura aquí adoptada– señala que el modelo dual o paralelo «es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse».

En puridad, se trata de un modelo que plantea la coexistencia del control jurisdiccional concentrado y el control jurisdiccional difuso, sin interferencia mutua.

A nuestro entender, la tesis de Domingo García Belaúnde es aplicable para el caso de la Constitución peruana de 1979 en lo relativo al ámbito orgánico, habida cuenta que el Tribunal de Garantías Constitucionales operaba con independencia de las competencias del Poder Judicial.

En efecto, el artículo 298 del referido texto instituyó al Tribunal Constitucional como órgano de control concentrado, empero, paralelamente en el artículo 236 reconoció al Poder Judicial como órgano de control difuso.

### 3.4. El control orgánico sinérgico: el modelo peruano

En nuestro país aparece un modelo derivado y sinérgico en donde se acredita la existencia de un control político preventivo y en algunos aspectos autocorrector y hasta reparador; y un control jurisdiccional reparador en sus dos variables.

Recibe dicha denominación por la asimilación de la pluralidad de modelos originarios; esta variable procura una acción coexistente de varios entes tendentes a lograr un efecto único: la salvaguarda de los principios, valores y normas constitucionales, frente a una actividad legislativa incompatible con la Constitución o ante la expresión de conductas irregulares o arbitrarias de gobernantes y ciudadanos.

Al respecto, cabe señalar que la denominación de sinérgica se ampara en razón a que la Real

9 Ob. cit.

10 La justicia constitucional en México. Balance y ritos. En: Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002

11 Ob. cit.

12 Ob. cit.

Academia de la Lengua Española define dicho término como «la acción combinada de diversas acciones tendentes a lograr un efecto único, así como, a la asociación de varios órganos para realizar una función».

### 3.4.1. El control orgánico político en el Perú

Por una interpretación concordada entre los artículos 94 y 102 de la Constitución y los artículos 70, 90, 91 y 92 del Reglamento del Congreso de la República, dicho ente realiza un control orgánico político.

En ese contexto, importante papel le corresponde a la organización parlamentaria la Comisión Ordinaria de Constitución y Reglamento.

Al respecto, veamos lo siguiente:

#### **Constitución de 1993**

##### **Artículo 94.- Reglamento del Congreso**

*El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga beneficios que les corresponden de acuerdo a ley.*

##### **Artículo 102.- Atribuciones del Congreso**

*Son atribuciones del Congreso:*

1. *Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.*
2. *Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.*
3. *Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.*
4. *Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.*
5. *Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.*
6. *Ejercer el derecho de amnistía.*
7. *Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.*
8. *Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.*
9. *Autorizar al Presidente de la República para salir del país.*
10. *Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa.*

#### **Reglamento del Congreso**

##### **Dictámenes**

**Artículo 70.- Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios**

**que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una sumilla de las opiniones que sobre el proyecto de ley hubiesen hecho llegar las organizaciones ciudadanas.**

**Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.**

*Los dictámenes pueden concluir:*

- a) *En la recomendación de aprobación de la proposición en sus términos.*
- b) *En la recomendación de aprobación de la proposición con modificaciones. Para este efecto se acompaña el respectivo proyecto sustitutorio. El Presidente de la Comisión dictaminadora remite al Pleno la documentación completa de la aprobación del dictamen.*
- c) *En la recomendación de no aprobación de la proposición y su envío al archivo o en la inhibición de la Comisión por no tener competencia en la materia de la proposición. Las proposiciones rechazadas de plano no requieren dictamen y solo se archivan mediante decreto, informándose a la Oficialía Mayor. **En el acta de la respectiva sesión, debe especificarse las causales que determinan la decisión de la Comisión, tales como la copia de otros proyectos y su incompatibilidad con la Constitución Política, entre otras.***  
(...).

#### **Procedimiento de control sobre la legislación delegada**

**Artículo 90.-** El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) *El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.*
- b) *Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.*
- c) *La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. **En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la***

**delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros.**

**Procedimiento de control sobre los decretos de Urgencia**

**Artículo 91.-** El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del Decreto de Urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles. La Comisión da cuenta al Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día útil siguiente a la aprobación del dictamen. El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y ordena su publicación en el Portal del Congreso o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano.
- c) **La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política.** En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo.
- d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley.

**Procedimiento de control sobre los tratados ejecutivos**

**Artículo 92.-** Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente

de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan 'Tratados Internacionales Ejecutivos' para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y **solo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política.**

**Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento.** Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos.

Realizado el trámite a que se refiere el párrafo anterior, y a más tardar dentro de los tres (3) días útiles, el Presidente del Congreso remite copia a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso de la República las que estudian y dictaminan los tratados internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el plazo de treinta (30) días útiles; **verificando si ha cumplido con lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Constitución Política y la presente Resolución Legislativa.**

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en este artículo, ello no impide el control parlamentario con arreglo a la presente norma.

En la primera sesión siguiente a la recepción de los dictámenes de las Comisiones Dictaminadoras que recomiendan dejar sin efecto un tratado internacional ejecutivo, el Presidente del Congreso lo pone en consideración del Pleno o de la Comisión Permanente. Si el Congreso aprueba los términos del dictamen negativo, emite resolución legislativa dejando sin efecto el tratado, lo que notifica al Presidente de la República para que dentro de los cinco (5) días útiles siguientes corra aviso a las demás partes. Una vez publicada la resolución legislativa, el tratado pierde vigencia interna.

Sin perjuicio del aviso a las demás partes del tratado, el Presidente de la República al recibir la decisión del Congreso, puede tramitar el tratado en vía de subsanación, conforme lo establece el artículo 56 de la Constitución Política.

El Presidente de la República puede someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso, el texto de los tratados internacionales

*ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que estas los estudien.*

*La opinión de las citadas comisiones no condiciona al Presidente de la República.*

Cabe señalar que la comisión es un grupo de trabajo especializado de congresistas que, entre otras tareas, le compete el estudio y dictamen de los Proyectos de Ley.

En este caso en particular, la Comisión de Constitución y Reglamento expide dictámenes, que son documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un Proyecto de Ley.

Dicho dictamen aprobado por la Comisión es elevado al Pleno del Congreso de la República el cual, luego del correspondiente debate, procede a aprobar o desestimar el dictamen. En dicha circunstancia, cabe la posibilidad que un Proyecto sea enviado al archivo por haberse encontrado un vicio de inconstitucionalidad que impide la prosecución del trámite de convertirse en Ley.

De otro lado, el artículo 108 de la Constitución, a través de la figura de la observación presidencial, instituye a favor del Poder Ejecutivo una competencia residual de control orgánico político.

En efecto, el artículo 108 de la Constitución textualmente señala que:

**Artículo 108.- Promulgación de las leyes**

*La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.*

***Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a este en el mencionado término de quince días.***

*Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.*

La observación permite que el Presidente de la República solicite al Congreso de la República el reexamen y ratificación de aprobación de una Ley, ya sea por razones de supuesta existencia de vicios técnicos sobre la materia legislada, contradicciones con la política general del gobierno, así, como por supuestos vicios normativos de inconstitucionalidad, sean estos formales o materiales.

A manera de colofón, cabe recordar que el Tribunal Constitucional en el caso Cien Congresistas de la República (Expediente N° 00019-2005-PI/TC) ha señalado que «aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad, existe sin embargo, de conformidad con el artículo 108 de la Constitución, la aplicación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

En suma, el Congreso de la República actúa como órgano de control preventivo en el caso de los Proyectos de Leyes objeto de una cuestión previa de constitucionalidad; como órgano de control reparador en el caso de la revisión de la delegación delegados (Decretos Legislativos), de los Decretos de Urgencia y los tratados ejecutivos; y como órgano de control autocorrector en el caso de la observación presidencial sobre Leyes aprobadas pero no promulgadas.

**3.4.2. El control orgánico americano o difuso en el Perú**

El artículo 51 de la Constitución expresamente establece la supremacía jerárquica de la Constitución, al señalar que esta prevalece sobre toda norma legal.

En atención a dicha determinación constitucional aparece como correlato, en el artículo 138 del mismo texto, el establecimiento del denominado control constitucional difuso o *judicial review*.

**Artículo 138.- Impartición de justicia. Control difuso**

*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a sus leyes.*

*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*

Asimismo, en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se expone lo siguiente:

**Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional**

*Cuando existe incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea*

*posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.*  
(...).

Este modelo contralor se encuentra en principio a cargo del Poder Judicial. Así, la totalidad de Jueces tiene facultades para establecer la inconstitucionalidad de una norma dentro del marco de una controversia concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a los partes intervinientes en dicha litis.

En efecto, dicha facultad contralora no se encuentra en un Juzgado o Sala, sino que se disemina en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una norma inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta, ergo, no puede ser planteada como una acción directa. Asimismo, es dable advertir que la decisión judicial tiene efectos declarativos, consiguientemente, al decidirse la inaplicación de una norma a un caso concreto, generará la declaración formal de su inobservancia, por lo que dicho precepto no surtirá efecto alguno en el caso sometido a consideración.

Este modelo se caracteriza por ser expresión de un control extendido, incidental, con eficacia relativa, residual y declarativa.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel (Expediente N° 01124-2001-AA/TC) ha señalado que

*El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental. En el caso de nuestro país, cabe mencionar que en el artículo 10 de la Constitución liberal de 1856 textualmente se reconoció por primera vez el principio de supremacía normativa de la Constitución al establecerse que «Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución».*

La referida norma no fue objeto de desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial.

Durante la vigencia de la entonces novísima Constitución de 1920 se produjo el caso Cecilia

Althaus de Pardo. En puridad, se trató de un hábeas corpus presentado por la esposa de Luis Pardo Barreda (hermano del ex presidente José Pardo). El beneficiario de la acción había sido detenido, conjuntamente con periodistas, ex congresistas y ex ministros, en razón a su calidad de opositores al régimen de Augusto B. Leguía.

La interposición del hábeas corpus fue respondida por el gobierno con la deportación del beneficiario, hacia la ciudad de Nueva York bajo el eufemismo de «viaje al exterior».

Asimismo, el propio gobierno dictó la Ley N° 4007 en donde se dispuso el corte y archivamiento definitivo de todos los procesos judiciales abiertos contra las autoridades políticas, como consecuencia de actos realizados en «salvavarda» del orden público. En suma, enervaba el derecho de los justiciables a la interposición de un hábeas corpus en casos de naturaleza política.

En fecha 26 de agosto de 1920, la Corte Suprema recogiendo íntegramente el dictamen fiscal elaborado por el doctor Guillermo Seoane finalmente declaró fundado el hábeas corpus presentado a favor de Luis Pardo Barreda, disponiendo que este tuviera el derecho de residir en el territorio nacional en tanto no existiese una ejecutoria judicial de expatriación como pena.

La argumentación del fiscal supremo Guillermo Seoane se sustentó en que la Ley N° 4007 era violatoria de los artículos 35 y 36 de la Constitución de 1920; los cuales sustentaban que bajo ninguna circunstancia se podía suspender por ninguna ley o autoridad, el derecho a la interposición de un hábeas corpus. Ergo, implícitamente la Ley N° 4007 fue objeto de inaplicación por infracción al principio de supremacía jerárquica de la Constitución.

Ahora bien, el control difuso se introduce formalmente en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 en donde se establece que: «(...) cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera».

Cabe señalar, que dicha competencia contralora fue desdeñada por la propia judicatura por temor a las reacciones a los gobiernos de turno.

En ese sentido, resulta emblemático el caso del ex-presidente de la República José Luis Bustamante y Rivero derrocado y desterrado el 27 de octubre de 1947.

En 1955, José Luis Bustamante y Rivero decidió regresar al Perú, empero, el Cónsul General del

Perú en Ginebra (Suiza) le negó la visa de su pasaporte, luego de recibir instrucciones del gobierno encabezado por el dictador Manuel A. Odría.

En razón a ello, el doctor Luis Bedoya Reyes interpuso a favor de aquel un hábeas corpus, por violación al derecho de libre tránsito (ingreso y salida del país).

La Corte Suprema de la República desestimó la referida acción de garantía, amparándose en argumentos tales como:

- a) Que la Ley de Seguridad Interior de fecha 1 de julio de 1949 (Ley N° 11049) se encontraba vigente, por ende, era legal impedir el ingreso al país del beneficiario a efectos de velar por el orden público y mantener la tranquilidad ciudadana ad portas de los comicios electorales de 1956.
- b) Que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 relativo al control difuso de constitucionalidad solo es aplicable al ámbito del derecho civil.
- c) Que el control difuso de constitucionalidad, al margen de lo estrictamente señalado en el Código Civil, no se encuentra reconocido en forma expresa e inequívoca en la Constitución (texto de 1933).
- d) Que el texto supra no le ha otorgado competencia a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la Ley.

La sentencia elaborada por los magistrados Sayan Álvarez, Lengua, Tello Vélez, Ponce Sobrevilla y Gonzáles marcó indeleblemente la actuación de dicho órgano. Cabe dejar constancia del honorable voto singular expuesto por el doctor Domingo García Rada.

Igualmente, en 1970, durante el gobierno militar encabezado por el general Juan Velasco Alvarado se produjo el caso Fundo Tumán, a raíz de la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716).

En la demanda se planteó que dicho proceso era infractorio de lo dispuesto en la Constitución de 1933, e incluso que su aplicación era contraria a lo consignado en el propio Decreto Ley.

En ese contexto, la Corte Suprema de la República expresó lo siguiente:

*El Poder Judicial emana de la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puesto que la Constitución no se le concede como tampoco le acuerda la facultad de apreciación y preferencia establecida en el artículo XII del Título Preliminar del Código, disposición circunscrita al*

*ámbito de los juicios civiles, según lo proscribe la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo Octavo; y por lo tanto extraña a los alcances de la acción de Hábeas Corpus.*

Posteriormente, vía el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Ley N° 14605) se estableció específicamente la facultad de control difuso en la vía judicial ordinaria. Para tal efecto, se declaró que a la Corte Suprema de la República le correspondía pronunciarse en última instancia sobre la inaplicación de una Ley por inconstitucional.

En esa orientación, por primera vez a nivel constitucional en el artículo 236 de la Constitución de 1979 se consignó lo siguiente:

*En caso de inconstitucionalidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera.*

*Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.*

Por último, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (T.U.O. del Decreto Supremo 017-93-JUS) se determinó lo siguiente:

**Artículo 14.-**

*(...) cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelvan la causa con arreglo a la primera (...).*

**3.4.2.1. Los presupuestos de aplicación del control difuso**

El Tribunal Constitucional en el caso del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel (Expediente N° 01124-2001-AA/TC), en aplicación de lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha consignado como presupuestos para la inaplicación de una norma, las siguientes:

- a) Que en el proceso judicial, en donde específica y concretamente el objeto de la litis sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. En esta hipótesis el operador jurisdiccional debe acreditar que la afectación del derecho constitucional de un justiciable es «obra» de la existencia de una norma inconstitucional. Para tal efecto, debe probarse la concatenación lógica siguiente: existencia y reclamo de resguardo de un derecho constitucional por parte de un justiciable; existencia de una

norma inconstitucional; existencia de un acto de amenaza o violación de un derecho constitucional como consecuencia de la intención o efectiva aplicación de una norma inconstitucional.

- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la solución de la controversia planteada. Es decir, tal como expone Luis Castillo Córdova<sup>13</sup> «debe tratarse de una norma que regule la totalidad o parte del caso que se ha presentado y que la solución del mismo pase por la aplicación de esa norma». En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el caso Jorge Luis Borja Urbano (Expediente N° 01680-2005-PA/TC) ha expuesto que la norma cuestionada se liga inescindiblemente con las pretensiones procesales en sentido lato (principal y accesorias), es decir, con la manifestación de voluntad de las partes de exigir el respeto de un supuesto derecho o el cumplimiento de una obligación.
- c) Que no sea posible al operador jurisdiccional obtener una interpretación conforme a la Constitución. En esta hipótesis, el operador jurisdiccional tiene la obligación funcional de encontrar dentro de lo razonable una interpretación constitucional de la ley. En consecuencia, la inaplicación solo es factible cuando se hace imposible «salvar» a la ley de una declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, en la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) se establece que «los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución, cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional».

### 3.4.2.2. Los límites al ejercicio del control difuso

Dicha actividad contralora está sujeta a las dos consideraciones siguientes:

- a) Que el operador jurisdiccional acredite que la norma objeto de examen haya o pudiera ser utilizada por un funcionario estatal o una persona de derecho privado, ocasionando la violación de un derecho constitucional; que esta sea relevante en la solución de la litis bajo su competencia; y que no sea posible interpretación alguna que salve su expulsión del ordenamiento jurídico.
- b) Que el operador jurisdiccional respete los precedentes y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación a esto último, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) señala que dicho ente es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. De allí que en el artículo VI y en la Primera Disposición Final del Código Procesal Constitucional aparezca la prohibición a los jueces ordinarios de evadirse de las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de interpretación.

En ese contexto, los Jueces no pueden dejar de aplicar una ley o norma con rango de Ley, cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad. En suma, en dicha hipótesis no opera el control difuso.

Asimismo, tampoco podrán dejar de aplicar las normas reglamentarias, las normas administrativas y las Resoluciones de carácter general que hubieren obtenido por la vía de la acción popular la confirmación de su constitucionalidad, por parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Ahora bien, en este supuesto no debe obviarse que conforme lo dispone el artículo 80 del Código Procesal Constitucional «los jueces deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, hasta que este expida resolución definitiva».

### 3.4.2.3. El control difuso y el principio de conservación de las normas

La doctrina es uniforme al señalar que la declaración de inaplicación solo es admisible cuando el Juez no puede encontrar a favor de la norma –en principio aplicable para la solución de un conflicto judicial– una interpretación conforme con la Constitución. Así, Pablo Pérez Tremps<sup>14</sup> expone que cuando una norma admite más de una lectura interpretativa y, en ellas existe un criterio hermenéutico que posibilita la conservación y aplicación de la ley, el juez deberá utilizar dicha opción de significación armónica y, por consiguiente, no podrá declarar su inaplicación.

En suma, como bien lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú (Expediente N° 00024-2004-CC/TC) la inaplicación de una norma por inconstitucional es la última ratio a la que debe acudir un juez; es decir, cuando ha quedado claramente establecido que ello es imprescindible e inevitable para la correcta solución del conflicto jurídico.

13 Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I, Lima: Palestra, 2006

14 Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y Jueces Ordinarios. En: Documentación Jurídica, N° 45-46. Madrid, 1985

En ese contexto, la inaplicación deviene en un acto hermeneuticamente complejo, en la medida que implica preferir la aplicación de la Constitución sobre una norma de rango inferior; la cual ostentaba hasta ese momento del beneficio de la presunción de validez.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el caso Defensoría del Pueblo (Expediente N° 00017-2003-AI/TC) ha señalado que el principio de la conservación de las normas se encuentra sujeto a las reglas siguientes:

- a) Que se verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe por lo menos una que salve a la norma de la declaración de invalidez.
- b) Que la interpretación efectuada resulte razonable. Ergo, implica expresar una justificación lógica. Así, es exigible que la conceptualización, proposiciones y razonamientos en pro de la información, contengan argumentos coherentes y ordinariamente aceptables por la comunidad.

#### 3.4.2.4. El control difuso y la consulta de oficio

El instituto procesal de la consulta es obligatorio para el Juez o Sala que declare la inaplicación de una norma en un caso particular y concreto. Ello, bajo el presupuesto que no existiendo impugnación pendiente de resolver, el Superior Jerárquico debe revisar la decisión adoptada, a efectos de aprobar la medida adoptada, previniendo los problemas de interpretación que se pudieren haber cometido.

En suma, la consulta permite verificar la correcta aplicación del control difuso.

Al respecto, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (T.U.O. del Decreto Supremo N° 017-93-JUS) dispone lo siguiente:

**Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución**

*(...) cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelvan la causa con arreglo a la primera.*

*Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueren impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en la que se aplique este mismo concepto,*

*aún cuando contra estos no queda recurso de casación.*

*En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y medio que la Constitución establece.*

*Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin proyección del proceso por acción popular.*

A lo expuesto cabe señalar que para el caso de la aplicación del control difuso en los procesos constitucionales (Hábeas Corpus, Amparo, etc.) es aplicable lo dispuesto en el artículo 3 del Título I del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que:

**Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas**

*Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.*

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

*Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.*

*En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.*

*Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.*

#### 3.4.2.5. El control difuso a cargo de otros órganos jurisdiccionales

El control difuso de constitucionalidad es compartido con otros órganos jurisdiccionales en sentido lato.

En ese sentido, también puede ser efectuado por el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el fuero arbitral y los órganos de justicia administrativa.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlenque (Expediente N° 03741-2004-AA/TC) ha señalado que la potestad para realizar el control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución, no corresponde ser ejercido exclusiva y excluyentemente por el Poder Judicial ni que el control de constitucionalidad se verifique únicamente en el marco de un proceso judicial propiamente dicho.

Más aún, ha señalado que el cumplimiento del principio de supremacía normativa de la Constitución tiene eficacia en el ámbito de cualquier tipo de proceso o procedimiento legal. Por ende, ha declarado que el control difuso debe ser interpretado de conformidad con el principio de unidad de la Constitución reconocido jurisprudencialmente en el caso Congreso de la República (Expediente N° 00005-2003-AI/TC).

Consiguientemente, también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución, en lo relativo al deber de respeto, cumplimiento y defensa de esta, así como considerar el principio de eficacia vertical de los derechos fundamentales previsto en el caso Apolonia Ccollca Ponce (Expediente N° 03179-2004-HA/TC) en su capacidad de ser oponible frente a todos los poderes y órganos del Estado.

El propio Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la Constitución, concordante con el artículo 3 del Código Procesal Constitucional en el marco de los Procesos de Amparo, Hábeas Data, Hábeas Corpus o Cumplimiento, puede ejercer el control difuso de constitucionalidad y legalidad.

En relación al Jurado Nacional de Elecciones, el artículo 178 de la Constitución le establece competencia para impartir justicia en materia electoral.

En ese contexto, le alcanzan las disposiciones prescritas en el artículo 138 del citado texto supra.

En efecto, en su condición de garante orgánico del cabal cumplimiento de las normas electorales previstas en la Constitución, su decisión tiene carácter jurisdiccional, y en su contexto pasible de aplicar el control difuso.

En relación a los entes de justicia adscritos a la Administración Pública, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien los funcionarios públicos

se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con el cumplimiento de la facultad-deber que supone preferir la aplicación de la Constitución sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. De allí que cualquier Tribunal u Órgano Colegiado de la Administración Pública pueda y deba inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnere manifiestamente.

Así, de conformidad con lo resuelto en el caso Ramón Salazar Yarlenque (Expediente N° 03741-2004-AA/TC), los órganos de justicia administrativa ejercen control difuso.

Dicho proceso se originó por la disposición de la Municipalidad de Surquillo de exigirle al demandante el pago de una tasa dispuesta por el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) para proceder a admitir un recurso impugnatorio contra la imposición de una multa.

En ese contexto, el Supremo Intérprete declaró que es intolerable que arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la Administración Pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho constitucional concreto.

Asimismo, señaló que el control difuso en el ámbito de la Administración Pública está sujeto a las condiciones siguientes:

- a) Que el órgano administrativo imparta justicia administrativa sobre todo el territorio nacional. A mayor abundamiento que se encuentre adscrito al gobierno central.
- b) Que el control difuso tenga por objeto la defensa de los derechos fundamentales de los administrados.
- c) Que el control difuso se ejerza a pedido de parte, salvo que se efectúe para verificar el cumplimiento de la jurisprudencia o el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional.

En relación al fuero arbitral, el Tribunal Constitucional en el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Expediente N° 00142-2011-PA/TC) ha dispuesto que «de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deberán preferir la primera».

Al respecto, ha señalado que «el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene

una dimensión objetiva definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna».

En ese contexto, ha consignado que el control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por dicho órgano.

El control difuso arbitral solo será ejecutable bajo los dos presupuestos siguientes:

- a) Se realice sobre una norma aplicable al caso de la que depende la validez del hecho arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución.
- b) Se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

#### 3.4.2.6. El reexamen extrainstitucional de las decisiones en materia de control difuso

El reexamen extrainstitucional del ejercicio de la competencia de control difuso de las normas, es realizado por el Tribunal Constitucional al amparo de lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

El artículo 201 concordante con el artículo 202 de la Constitución, le atribuye la calidad de órgano de control de la constitucionalidad, lo cual le permite conocer en instancia única la Acción de Inconstitucionalidad, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento; y los conflictos de competencia o de atribuciones.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) precisa su condición de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

En ese contexto, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) dispone que los jueces –por interpretación analógica los operadores jurisdiccionales en sentido lato– no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de constitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Más aún, se encuentran obligados a interpretar y aplicar las Leyes o toda norma con rango de Ley y

los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, el artículo VII del citado cuerpo normativo dispone que los precedentes vinculantes dictados por el Supremo Intérprete de la Constitución tengan carácter vinculante; y, por ende, son de cumplimiento obligatorio.

En resumen, el reexamen del control constitucional ejercido por el Poder Judicial y demás entes con competencia para inaplicar una norma, es asumido por el Tribunal Constitucional (en el marco del conocimiento de cualesquiera de los procesos constitucionales previstos en el artículo 202 de la Constitución) en los casos siguientes:

- a) Cuando se hubiesen desconocido sus precedentes vinculantes.
- b) Cuando se hubiese inaplicado una norma que previamente hubiese obtenido de aquel la declaración de confirmación de constitucionalidad.

Dicha situación fue evaluada por el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 00006-2006-PCC/TC) en atención a que tras haber declarado la constitucionalidad de la Ley N° 27153 –relativa a la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas de tragamonedas– el Poder Judicial vía Acciones de Amparo declaró la inaplicación de la misma.

Ahora bien, cabe señalar que en relación a la restricción de efectuar el control de constitucionalidad en la de una Ley confirmada en su validez por el Tribunal Constitucional, no rige cuando en el marco de la jurisdicción supranacional se hubiese determinado su manifiesta incompatibilidad con un Tratado sobre Derechos Humanos. Así, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el caso Aquilino Portella Núñez (Expediente N° 00275-2005-PH/TC).

En efecto, ello se produjo en el caso de las Leyes de Amnistía N° 26479 y N° 26492 dictadas durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori las cuales fueron declaradas incompatibles por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barrios Altos vs. Perú (2003).

En dicho proceso, el Supremo Intérprete señaló que «el Estado peruano no puede tolerar la impunidad y de estos y otros graves crímenes y violaciones de los derechos humanos (...) por el debido cumplimiento de compromisos expresos

contraídos (...) ante la comunidad internacional (...).

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse (...).

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso Jesús Haro Suárez (Expediente N° 00009-2001-AI/TC) ha declarado que el Juez puede realizar el control de constitucionalidad de una Ley, en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento del Supremo Intérprete declarando en abstracto la validez constitucional de una Ley, encontrase que su aplicación en un caso concreto y bajo circunstancias específicas podría resultar inconstitucional.

Igualmente, en el caso Colegio de Abogados del Cuzco (Expediente N° 00004-2004-AI/TC) ha señalado que a pesar de la declaración de constitucionalidad de una Ley, ocurriese la eventualidad que en un caso concreto, esta pudiese generar consecuencias inconstitucionales, aquella podrá ser analizada en vía de amparo y de ser oportuno aplicarse el control difuso.

Por último, en el caso Luis Borja Urbano (Expediente N° 01680-2005-PA/TC) ha expuesto que pese a la existencia de un pronunciamiento con declaración de validez de una Ley, en caso se modificase la Constitución, puede evaluarse el supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente por acción de la reforma constitucional.

### 3.4.3. El control orgánico concentrado o europeo en el Perú

La Constitución vigente ha instituido al Tribunal Constitucional como órgano concentrado de constitucionalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

#### **Artículo 201.- Tribunal Constitucional**

*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.*

*Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.*

*Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos*

*magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.*

#### **Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional**

*Corresponde al Tribunal Constitucional:*

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

#### **Artículo 203.- Sujetos legitimados para interponer demanda de inconstitucionalidad**

*Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:*

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Dicho órgano cuenta además para el cumplimiento de sus funciones con lo dispuesto en la Ley N° 28301 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y con la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional).

#### **4. LAS NORMAS OBJETO DE CONTROL Y LAS MANIFESTACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Al respecto, deben tomarse en cuenta los supuestos siguientes:

- a) El parámetro de constitucionalidad

La Constitución deviene en término de referencia para determinar la validez o no validez de una norma de inferior jerarquía. Empero, como bien se expone en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) dicho

baremo se extiende a aquellas leyes que dentro del Ordenamiento, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los Derechos Fundamentales de la persona (bloque de constitucionalidad); así como aquellas que asumen la condición de normas con requisito de validez para la producción jurídica (normas interpuestas).

b) *Las normas objeto de examen*

El artículo 200 inciso 4 de la Constitución señala que la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de Ley: Leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Tratados, Reglamentos del Congreso de la República, Normas Regionales de carácter general y Ordenanzas Municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Ahora bien, en función al tiempo de expedición de las normas el Tribunal Constitucional a través de los casos Marcelino Tineo Silva (Expediente N° 00010-2002-AI/TC) y José Nina Quispe-Hernández (Expediente N° 00047-2004-AI/TC) ha declarado que los Decretos Leyes forman parte del conjunto normativo objeto de control constitucional, en aplicación de la teoría de la continuidad.

Se incluye también a las Leyes preconstitucionales (las dictadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución) las cuales a través de dicho examen obtienen el carácter de «constitucionalizadas» por haber acreditado su concordancia y coherencia con la nueva Constitución.

En efecto, en el caso Marcelino Tineo Silva (Expediente N° 00010-2002-AI/TC) el Supremo Intérprete declaró que

*(...) no es ajeno al Tribunal Constitucional que tratándose del control de la legislación preconstitucional entre la Ley anterior (o Decreto Ley) y la Constitución actual, no se resuelva únicamente en un control de validez y bajo los alcances del principio de jerarquía sino, incluso, en una de nueva vigencia.*

*En efecto, una vez que entre en vigencia una nueva Constitución, esta es capaz de derogar tácitamente la legislación «preconstitucional» que se le oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio «lex posterior derogat priori». Sin embargo, lo anterior no impide que, en el seno de una acción de inconstitucionalidad, este Tribunal pueda declarar su inconstitucionalidad en caso de ser incompatible con la nueva Constitución (...).*

*Por lo tanto, habiéndose promovido una acción de inconstitucionalidad contra Leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional*

*es competente para pronunciarse sobre su compatibilidad por el fondo, con la Constitución de 1993.*

Al respecto, debe recordarse que la acción de inconstitucionalidad fue planteada contra los Decretos Leyes N° 25475, N° 25659, N° 25708 y N° 25880 (bloque de normas autodeterminativas) dictadas durante el gobierno de facto de Alberto Fujimori Fujimori en 1992.

Asimismo, incorpora a las Leyes derogadas, en la medida en que como bien expusiera el Tribunal Constitucional en el caso Impuesto a las Transacciones Financieras (Expediente N° 00004-2004-AI/TC) dichos preceptos pudieran continuar desplegando efectos ultraactivos o versado sobre materia penal o tributaria.

Más aún, en el caso Congresistas de la República (Expediente N° 00019-2005-PI/TC) el Supremo Intérprete ha declarado que

*(...) la derogación de la ley no es impedimento para que (...) se pueda evaluar su constitucionalidad, pues ella es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (...), la declaración de inconstitucionalidad «aniquila» todo efecto que la norma pudiere cumplir (...).*

En efecto, el artículo 83 del Código Procesal Constitucional señala que las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en materia penal o tributaria conforme los artículos 103 y 74 de la Constitución.

Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

Cabe señalar, que conforme al referido artículo 74 del texto supra, no surten efecto las normas tributarias dictadas con relación de los principios de legalidad, igualdad, reserva tributaria, etc.

En ese contexto, en el artículo 81 del Código Procesal Constitucional se señala que cuando se declara la inconstitucionalidad de aquella, el Tribunal Constitucional deberá determinar de manera expresa los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

En el caso *Congresistas de la República* (Expediente N° 00019-2005-PI/TC), se acreditó que la Ley impugnada fue objeto de una solicitud de excarcelación por parte de Moisés y Alex Wolfenson, propietarios de una cadena de diarios «chicha» vinculados a la dictadura fujimorista, lo cual implicó una aplicación ultratractiva de la misma, ya que estos obtuvieron transitoriamente su libertad al amparo de una norma derogada.

Por último, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso *Pedro Fernández Solís* (Expediente N° 00012-2005-PI/TC) ha señalado que la declaratoria de inconstitucionalidad en un caso de control concentrado no se restringe únicamente a los preceptos derivados de la misma norma cuestionada, que haya sido materia del contradictorio, sino que se extiende a aquellas otras normas que se encuentren ligadas por conexión o consecuencia, aun cuando hayan sido materia del petitorio.

c) Las modalidades de examen

La actividad contralora puede hacerse en función al supuesto de vicios formales, materiales o por omisión legislativa.

Asimismo, ella se extiende al caso *sui generis* del vicio de inconstitucionalidad indirecta

Al respecto, veamos la posición asumida por el Tribunal Constitucional en relación a alguna de estas modalidades de examen.

#### 4.1. El examen de inconstitucionalidad por omisión legislativa

En este caso, se examina si aparecen transgresiones a la Constitución por ocio, incuria, negligencia, etc., de los órganos con capacidad legisferante.

En puridad, se trata del examen de inconstitucionalidad por abstención en la ejecución de actos legislativos.

Esta omisión, inactividad, inacción, o un *non facere* por parte del legislador ordinario, se presenta como un incumplimiento del encargo que la propia Constitución le ha formulado para que dicte una Ley que haga viable parte de su ulterior práctica.

José Fernández Rodríguez<sup>15</sup> señala que dicha omisión alude a «la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto

desenvolvimiento, de forma tal que se impide su eficaz aplicación».

El Tribunal Constitucional en el caso *Poder Ejecutivo* (Expediente N° 00006-2008-PI/TC) ha señalado que el control de las omisiones legislativas se justifica por las razones siguientes:

- a) La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución.
- b) La necesidad de reivindicar la naturaleza «social» del Estado constitucional, habida cuenta que por lo general los derechos sociales son los más afectados con la inacción legislativa.
- c) La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo razonable de los contenidos constitucionales.
- d) La naturaleza y el rol de la jurisdicción constitucional.
- e) La necesidad de afirmar el concepto de obligación constitucional en materia de ejercicio de las labores parlamentarias y su correspondencia con la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

En ese sentido, consideramos, en principio, que el tema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa se afronta teniendo en consideración lo siguiente:

- a) Cuando la Constitución ordena expresamente al órgano parlamentario el ejercicio de una competencia legislativa, a efectos de asegurar el ulterior desarrollo del texto base, dicho ente se encuentra en la imperativa obligación de hacerla efectiva.
- b) Cuando un órgano parlamentario omite o se abstiene de ejercer una competencia legislativa sin cumplir el plazo expresamente asignado por la Constitución. Asimismo, cuando sin existir *in concreto* se verifica la irrazonabilidad del ente legislativo para cumplir en función al tiempo con el mandato constitucional. Esta infracción constitucional es equivalente, por consecuencia, a la acción de disponer o atribuirse una competencia no asignada ni atribuida. Como afirma Alberto Borea Odría<sup>16</sup>, dicha infracción se configura una vez que se hubiere acreditado que la oportunidad de la expedición de la legislación reglamentaria no ha quedado, por mandato constitucional, al arbitrio del legislador ordinario. Así, la infracción por omisión existirá siempre que se establezca fehacientemente que la expedición reglamentaria infraconstitucional no se encuentra sujeta a la discreción de aquel

15 La inconstitucionalidad por omisión. Derecho comparado. Madrid: Civitas, 1998

16 Evolución de las garantías constitucionales. Lima: Grijley, 1996

legislador. Tal arbitrio, en todo caso, debe encontrarse expresamente consignado en la Constitución, ya sea con plazo fijo o abierto. Este último se encuentra sujeto al principio de responsabilidad legislativa en el cumplimiento de un mandato constitucional.

- c) Cuando la omisión u abstención legislativa genera un daño o gravamen a un ciudadano, este se encuentra legitimado para impulsar la jurisdicción constitucional. En ese sentido, la omisividad tiene un efecto relacional, ya que la carencia indebida de una norma perpetra la afectación de un derecho constitucional.

La omisión legislativa puede ser clasificada como absoluta o relativa. En el primer caso, la inconstitucionalidad aparece por la ausencia de una ley exigida expresamente por la Constitución. En el segundo caso, la inconstitucionalidad aparece cuando se dicta una Ley exigible por la Constitución; empero, con exclusión arbitraria de un grupo de destinatarios amparados por el propio texto supra.

De otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha construido la figura de la omisión legislativa por falta de configuración dispuesta jurisprudencialmente.

En efecto, el Supremo Intérprete puede disponer la obligación de desarrollo legislativo, cuando en vía de interpretación de una cláusula constitucional se ha constatado la imprescindible necesidad de regularla a efectos que se haga posible su vigencia efectiva.

#### 4.1.1. Las opciones jurisprudenciales

Así, en el caso Poder Ejecutivo (Expediente N° 00006-2008-PI/TC) ha señalado que la omisividad constatada jurisprudencialmente se configura como mandatos normativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución y 81 y 82 del Código Procesal Constitucional, los que se proyectan con efectos *erga omnes* en razón de la defensa del orden constitucional y la tutela de los Derechos Fundamentales.

El accionar del órgano de control constitucional puede llevar a adoptar alguna de las soluciones propuestas por la doctrina o alguna de aquellas que ofrecen las experiencias jurisdiccionales de la ex Yugoslavia, Portugal, etc., a saber:

- a) Exponer formalmente la existencia de ocio o negligencia legislativa. Esta medida plantea una suerte de sanción moral al legislador ordinario.
- b) Intimar al órgano Legislativo omiso, a efectuar en un plazo razonable la expedición de una norma reglamentaria de la Constitución.

- c) Integrar la laguna legal generada por la omisión o abstención legislativa, mediante una resolución judicial aplicable al caso concreto del reclamante y con vigencia transitoria, hasta que el legislador ordinario cumpla con emitir la correspondiente norma reglamentaria (en caso no fuere factible que se pudiese cubrir la laguna legal por vía jurisprudencial, se debería disponer el pago de una indemnización al ciudadano afectado por un acto de omisión legislativa).

Lo anterior implica el ejercicio de una facultad legislativa excepcional y temporal que se justifica por la urgencia y el apremio de evitar un daño irreparable a los Derechos Fundamentales de una persona. Para tal efecto, el órgano encargado de la defensa de la constitucionalidad podrá hacer uso de la analogía, los principios generales del derecho o buscar una solución heterointegrativa (justificación en la adhesión al valor justicia).

Al respecto, cabe señalar que en la judicatura argentina se aplicó este criterio en los fallos de los casos Siri y Kot, los mismos que abrieron paso a la dación de una Ley que garantizara de manera efectiva aquellos Derechos Fundamentales no vinculados con la libertad personal (Ley de Amparo).

En nuestro país, el primer caso de cuestionamiento judicial de una omisión legislativa se presentó el 17 de junio de 1987, vía la interposición de una Acción de Amparo. El Partido Popular Cristiano, accionando contra el Ministerio de la Presidencia y el Sistema Nacional de Comunicación Social, demandó que la judicatura exigiese se cumpliera con proporcionársele acceso gratuito en todos los medios de comunicación social de propiedad del Estado, en atención a que hasta entonces el Estado no había cumplido con establecer la regulación reglamentaria de dicho derecho, el cual se encontraba declarado en los artículos 70 y 71 de la Constitución de 1979. Dicho proceso concluyó en sustracción de la materia, en razón a que durante su tramitación se dictó la correspondiente norma reglamentaria.

Posteriormente la omisividad ha sido cuestionada por su carácter relacional para afectar un derecho constitucional. En ese contexto, si bien la norma faltante no era exigida por la propia Constitución en los hechos la terminaba violentando. Así, en ocasión de la Acción de Amparo presentada en 1992 por la Asociación de Servidores Civiles del Ejército (Expediente N° 00083-1992-AA/TC) a raíz de una supuesta omisión legislativa al no cumplirse con reglamentar el artículo 60 del Decreto Legislativo N° 608 expedido el 11 de julio de 1990.

Dicha reglamentación apuntaba a efectivizar la incorporación del personal civil nombrado de los Ministerios de Defensa e Interior en la categoría remunerativa de Oficiales y Subalternos de las mismas instituciones.

Aun cuando la referida acción fue declarada improcedente en atención al carácter programático de la norma, sin embargo el Tribunal Constitucional, ha reconocido expresamente la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, esgrimiendo «que a la Constitución no solo se le transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer [...]».

En el caso Rafael Tejada Goicochea (Expediente N° 09617-2006-PA/TC) dicho ente expuso consideraciones más concretas sobre el tema. Dicho proceso apuntaba a que se extendiese a los magistrados provisionales y suplentes los beneficios económicos establecidos para los magistrados titulares en el Decreto de Urgencia N° 114-2001.

Así, declaró que dicho dispositivo legal había generado una omisión relativa, ya que el carácter incompleto de la misma afectaba el principio-derecho de igualdad. Por ende, exhortó a que el Poder Ejecutivo subsane la omisión e incluyese a los magistrados provisionales y suplentes como beneficiarios de dicho dispositivo legal.

En el caso María Elena Choque Choquenayra (Expediente N° 02695-2006-PC/TC) declaró fundada una Demanda de Cumplimiento, ordenando que ante una acreditada omisión legislativa, el Ministerio de Educación cumpliera con reglamentar los aspectos señalados en la Ley N° 28044, relativa a la regulación del servicio educativo, la cual estaba sujeta por propio mandato a la dación de un Decreto Supremo en el plazo vencido de ciento veinte días.

En el caso Poder Ejecutivo (Expediente N° 00006-2008-PI/TC) declaró la omisividad legislativa por falta de desarrollo de una Ley regulatoria sobre el empleo de la hoja de coca como parte del patrimonio cultural de la Nación.

Por último, en el caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Expediente N° 05427-2009-PC/TC) declaró la omisión legislativa por falta de desarrollo de las disposiciones relativas al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

#### **4.2. El caso sui generis del examen de inconstitucionalidad indirecta**

El Tribunal Constitucional en el caso Hoja de Coca (Expediente N° 00020-2005-PI/TC) ha señalado que

el examen de inconstitucionalidad no se reduce a una vulneración directa de la Constitución en donde el parámetro de control es el texto fundamental.

Así, cabe la posibilidad que la invalidez de una norma no quede acreditada con un mero juicio de incompatibilidad directa frente a la Constitución, sino solo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al bloque de constitucionalidad.

Por ende, el Tribunal Constitucional en el caso Presidente de la República (Expediente N° 00020-2005-AI/TC) en donde se dilucidó la validez de Ordenanzas Regionales emanadas de los Gobiernos Regionales del Cuzco y Huánuco, sobre la regulación de los cultivos de hojas de coca, declaró que la infracción indirecta de la Constitución implica incorporar en el canon de constitucionalidad a determinadas normas con rango de Ley además de las propias del texto supra.

En ese contexto, la validez de una norma con rango de Ley, quedará acreditada luego de una verificación de su disconformidad con otra norma legal de la misma jerarquía, empero, perteneciente al parámetro de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad aparecerá cuando la norma impugnada viola aquella otra norma que delimita el requisito esencial de elaboración, el contenido material autorizado o la competencia orgánica. Por ende, se incurre en infracción constitucional por inobservancia de los límites señalados por una Ley interpuesta o conectiva con el texto supra.

En suma, tal como lo ha planteado el Tribunal Constitucional el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución, en concreto, a determinadas normas con rango de Ley, siempre que esa condición sea reclamada inescindiblemente por una disposición constitucional (v.g. la Ley autoritativa en relación con el Ddecreto Legislativo).

En tales casos, estas fuentes asumen la condición de *normas con requisitos de validez para la producción jurídica*, en un doble sentido: por un lado, como *normas sobre la forma de la producción jurídica*, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; por otro, como *normas sobre el contenido de la normación*, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

En tal sentido, en atención a que la Constitución reenvía a una Ley denominada interpuesta

el establecimiento de los trámites formales y materiales a tenerse en cuenta en la producción legislativa, queda claro que la infracción constitucional deviene en indirecta, por la incoherencia de una Ley ordinaria en relación a la Ley interpuesta.

En consecuencia, el marco de control es vertical y tercial ya que en el extremo superior aparece la Constitución, en el extremo inferior la Ley impugnada y entre ambas aparece la Ley interpuesta.

La infracción constitucional es declarada cuando el modelo de regulación a través de una Ley interpuesta, es inobservada por la Ley impugnada.

El Tribunal Constitucional ha determinado a la fecha que las normas interpuestas son las Leyes de otorgamiento de facultades delegadas, las Leyes de configuración legal de los derechos constitucionales y los de determinación de competencias orgánicas.

De lo expuesto se colige, que las normas interpuestas en razón de las circunstancias devienen eventualmente en confortantes del bloque de constitucionalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- a) La expedición de un Decreto Legislativo al amparo de lo dispuesto en una Ley autoritativa (delegación de facultades). Tal es el caso de los Decretos Leyes que se expiden fuera del plazo de autorización concedido o sobre materia no delegada.
- b) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa. Tal el caso Defensor del Pueblo (Expediente N° 00041-2004-AI/TC) en donde se estableció que la ratificación de las Ordenanzas Distritales por parte de la Municipalidad Provincial, previsto en el artículo 40 de la Ley N° 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades–, constituye un requisito de validez de tales Ordenanzas. Al respecto, cabe señalar que dicho dispositivo textualmente señala lo siguiente: (...) Las Ordenanzas en materia tributaria expedidas por las Municipalidades distritales, deben ser ratificadas por las Municipalidades Provinciales de su circunscripción para su vigencia. De allí, que el Supremo Intérprete, declarase que

En un Estado descentralizado, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer -sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que

puedan tener algunos niveles-, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74 de la Constitución.

- c) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Tal el caso de las Leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados Derechos Fundamentales. En ese contexto, es citable la relación existente de lo establecido en la Ley N° 28094 –Ley de Partidos Políticos– por mandato del artículo 35 de la Constitución, respecto de los denominados derechos políticos.
- d) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos Órganos Constitucionales. Tal el caso de la Ley de Bases de la Descentralización. Esta sirve de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna Ordenanza Regional.

Mientras las normas legales a las que se ha hecho referencia, sean plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado «bloque de constitucionalidad», a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*.

En estos casos, las normas delegadas actúan bajo la condición de «interpuestas», de manera tal que su disconformidad con otros preceptos de su mismo rango, desencadena su invalidez constitucional.

A dicho bloque hace alusión el artículo 79 del Código Procesal Constitucional:

*Para apreciar la validez constitucional de las normas del Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona..*

## 5. EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA DENOMINADA CUESTIÓN POLÍTICA

En la doctrina y jurisprudencia constitucional se ha establecido la exclusión de ciertos actos gubernamentales del control de constitucionalidad, en razón a que estos implican una *cuestión política*.

Como bien sabemos, lo político tiene que ver con los fenómenos relacionados con los fundamentos,

organización, ejercicio, objetivos y dinámica del poder de mando y disposición dentro de una colectividad.

Como tal tiene que ver con la práctica del gobierno de un pueblo, por ende, involucra las nociones de autoridad y sujeción autorizada en el seno de una comunidad, en aras de alcanzar y sostener un orden de convivencia libre y en lo posible justo.

El acto político es imprescindible para la gestación y consolidación de un orden político, mediante este, el Estado de manera unilateral, promueve medidas eficaces para el logro de los intereses supremos de la Nación. Ello supone una apreciación subjetiva de los aspectos a afrontarse y las consecuencias a producirse.

Dicha manifestación es expresión concreta del poder discrecional del gobernante, el cual se fundamenta en una autorización expresa o implícita de la Constitución. Esto implica tener en cuenta la oportunidad y conveniencia de la acción política en aras de salvaguardar los intereses del cuerpo político.

Este poder discrecional indica libertad de arbitrio en la toma de decisiones sobre determinados asuntos.

El Tribunal Constitucional en el caso Juan Carlos Callegari Herazo (Expediente N° 00090-2004-AA/TC) ha señalado que los actos del Estado pueden ser calificados de discrecionalidad mayor, intermedia y menor.

Los actos de discrecionalidad mayor tienen naturaleza política y son aquellos en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acortado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente político dotado de competencias no regladas se encuentra en la facultad de optar plenariamente.

Dicho tipo de discrecionalidad, está solo sujeto al control político.

La cuestión política se refiere a lo esencial, básico y primordial para la vida misma de la comunidad política.

Denomínese como tal a aquella decisión vinculada expresa y directamente con la dirección política del Estado. Dicho acto ostenta una naturaleza suprema en virtud que manifiesta la voluntad de un órgano político –Ejecutivo o Legislativo– a

efectos de crear, regular, modificar o extinguir una relación de poder.

Samuel Warren señala que la cuestión política hace referencia «a aquellas situaciones que, bajo la Constitución son decididas por el pueblo en su capacidad soberana, o que han sido delegadas a la completa discreción de los departamentos ejecutivo o legislativo»<sup>17</sup>.

Lucio Pegoraro sostiene la imposibilidad jurídica de acceder a una definición concreta, ya «que la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas»<sup>18</sup>.

Los actos que conforman la denominada cuestión política quedan a merced de decisiones discrecionales de las autoridades del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, respectivamente. En efecto, existen aspectos vinculados con la actividad estatal que por disposición expresa de la Constitución han de ser decididos por los representantes del pueblo en su capacidad soberana, a los cuales les ha sido conferida la potestad de decidir excluyentemente con el solo resguardo de su propia sensatez, prudencia, tino, inteligencia o agudeza.

La adopción de determinada medida comprendida como «cuestión política» está librada a los criterios de oportunidad, conveniencia, necesidad y utilidad que el propio Ejecutivo o Legislativo establezca según sea la competencia constitucional asignada.

Tales decisiones no se vinculan inmediata o directamente con los derechos subjetivos de los ciudadanos, ergo, no fija para ellos consecuencias jurídicas que los afecten de manera contigua, propinqua o inminente.

La teoría fue enunciada primigeniamente en los tribunales ingleses con el objeto de enervar que las materias relacionadas con la monarquía pudiesen ser objeto de intervención judicial.

Entre los antecedentes de esta materia pueden citarse los casos del tercer duque de York vs. Enrique VI (Inglaterra), Jonathan Robbins vs. Estados Unidos (Estados Unidos), Marbury vs. Madison (Estados Unidos), Luther vs. Borden (Estados Unidos) y Cullen vs. Llerena (Argentina).

Al respecto, es emblemático lo expuesto por John Marshall en el citado caso Marbury vs. Madison:

17 Citado por Segundo Linares Quintana. Derecho constitucional e instituciones políticas. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976

18 Lineamientos de la justicia constitucional comparada. Turin: Coiappichelli, 1998

*La competencia de la Corte es **solamente**, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir como el Poder Ejecutivo o los funcionarios del Poder Ejecutivo, desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Las cuestiones de naturaleza política, o las que por la Constitución o las leyes están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal.*

Dicha postura ha sido recientemente confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Gore vs. Busch* (2000) cuando consideró que era inconstitucional la decisión de la Corte de Florida, de realizar un recuento de votos en el proceso de elección presidencial de dicho año.

A la fecha la jurisprudencia ha establecido gruesamente cuatro grandes grupos de actos excluidos total o parcialmente del control jurisdiccional, a saber: la política exterior y relaciones internacionales; la defensa nacional y régimen interior; el derecho de gracia; y los asuntos diversificados.

Al respecto, veamos lo siguiente:

*a) Las cuestiones políticas en materia de política exterior y relaciones internacionales*

La política exterior implica la conducción y establecimiento de líneas de acción dentro del concierto de las naciones, relativas a las vinculaciones de carácter económico-financiero, al comercio y a la acción política, a efectos de garantizar o reformular el orden político, económico, social e internacional.

Las relaciones internacionales aluden a la dirección de la política internacional en lo atinente al reforzamiento específico de vínculos con algunos estados en particular, en atención a razones geográficas, económicas, ideológicas, etc.

En ese contexto aparecen los asuntos en materia de celebración, aprobación, ratificación o denuncia de los tratados, la creación, retiro o cierre de las legaciones diplomáticas, la autorización de las actividades consulares en el país, etc.

*b) La cuestión política en materia de defensa nacional y régimen interior*

La defensa nacional alude al conjunto de acciones y previsiones que permiten la supervivencia y permanencia del Estado. Ello incluye la integridad de este, así como su unidad y facultad de actuación con autonomía en lo interno y libre de subordinación en lo externo, posibilitando

con ello que el proceso de desarrollo nacional se realice en las mejores condiciones.

El régimen interior alude al conjunto de acciones tendentes a vigilar y asegurar la protección de la ciudadanía en lo relativo a su integridad física, moral y patrimonial. Ergo, tiene que ver con la tranquilidad ciudadana y el respeto a las normas de orden público.

En ese contexto, se encontrarían exentas de control jurisdiccional las decisiones relativas a la declaración de guerra, la firma de la paz, el decretamiento del estado de excepción, etc.

*c) La cuestión política en materia de derecho de gracia*

El derecho de gracia constituye una prerrogativa que tienen los poderes políticos para extinguir la potestad punitiva concedida al Poder Judicial. Debe ser entendido como un acto de benevolencia o beneficio que se otorga como expresión primaria de una potestad soberana. Este derecho tiene las expresiones siguientes: la amnistía, el indulto y la conmutación de penas.

*d) La cuestión política en asuntos diversificados*

Los asuntos diversificados aluden al conjunto de actos no clasificables en ninguno de los otros grupos; es decir, aparecen como una suerte de «cajón de sastre» de las decisiones políticas del Ejecutivo y del Legislativo.

En ese contexto, se encuentran exentas de control jurisdiccional las decisiones relativas al otorgamiento de pensiones de gracia, las condecoraciones a nombre de la Nación, la autorización parlamentaria de viajes del Presidente de la República al exterior, etc.

Desde nuestra perspectiva, todos los actos en principio son justiciables. Ahora bien, por excepción algunas materias pueden ser consideradas como cuestiones políticas, con sujeción a las consideraciones siguientes: la materia exenta de control debe tratarse de un asunto político por naturaleza, vale decir, que es irrelevante para declarar un hecho como cuestión política, la importancia o significación que revista.

Una decisión política depende de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo o Poder Legislativo en lo relativo a su realización o no realización. Por ende, la existencia fáctica de los requisitos materiales o causas que abren camino al uso de la autorización constitucional para obrar conforme al mero juicio de valor o prudencia gubernamental, queda a criterio exclusivo y

excluyente del órgano de poder político dotado de dicha discrecionalidad.

En suma, la determinación de la oportunidad, la conveniencia, la necesidad y la utilidad queda a merced del pleno y absoluto «tacto gubernamental». Así, Ricardo Haro expone que «la relación de estas pautas constituye una zona de reserva política, en la que la prudencia política guiará al gobernante, en la búsqueda de los mejores medios para el logro de los objetivos propuestos»<sup>19</sup>.

Ahora bien, como hemos expuesto, aun así cabe efectuar sobre estos un residual control jurisdiccional.

Dicha comprobación jurisdiccional de los actos políticos descansa en la revisión del cumplimiento de los aspectos formales que revisten la decisión política, la extensión de la discrecionalidad y la justificación lógica *in concreto*.

En relación a la primera hipótesis se trata de verificar el proceso de elaboración de la norma que contiene la decisión política o *íter* administrativo previo a la expedición de la misma. Tal es el caso del otorgamiento presidencial de una condecoración a nombre de la Nación, sin la previa aprobación del Consejo de Ministros (inciso 22 del artículo 118 de la Constitución peruana), o la concesión de un pedido de indulto sin la preexistencia de la evaluación a cargo de la Comisión Permanente de Calificación de Indultos (Resolución Ministerial N° 162-2010-JUS).

En relación a la segunda hipótesis, se trata de verificar que la facultad discrecional no haya rebasado objetivamente el ámbito de la materia objeto de examen. Tal el caso de la aplicación de las reglas del Juicio Político a aquellas situaciones que no tienen dicho carácter (artículos 99 y 100 de la Constitución peruana).

Debe añadirse que la doctrina admite la evaluación de una decisión política cuando no promueve la satisfacción de un interés general, sino el mero beneficio particular o uso antijurídico del poder.

En relación a la tercera hipótesis se trata de verificar la justificación lógica o axiológica de una decisión política en su aplicación concreta a los hechos, conductas y circunstancias que lo ameritan, vale decir, se supervisa el vínculo de causalidad existente entre los motivos que

la originaron, la obtención de los fines que se persiguen alcanzar con dicha determinación y su concretización en el ámbito de la casuística. Tal el caso de la necesaria correspondencia que debe existir entre el decretamiento de un estado de emergencia ante la situación de actividad subversiva de un grupo político y el objetivo de pronto restablecimiento del orden público y la paz social. Por ende, sería irrazonable declarar el estado de emergencia para enfrentar los actos terroristas y en la práctica ser utilizado por la fuerza pública para justificar la detención de sospechosos por delitos comunes. En este caso, se habría producido una grave distorsión de los agentes públicos al momento de aplicar una decisión política, la misma que no es cuestionada en su sentido general y abstracto, sino en su irregular concretización de cara a los objetivos perseguidos y en contra de un derecho fundamental reconocido a un ciudadano o grupo de ciudadanos. Asimismo, sería el caso de un acto expropiatorio destinado a generar expresa, específica y concretamente un beneficio patrimonial a favor de un allegado al gobierno.

El Tribunal Constitucional en el caso Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur (Expediente N° 00340-1999-AA/TC) ha establecido que

*si bien [...] entiende que el ejercicio de la potestad de sanción específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como 'political questions' o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, es el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo que la imposición de una medida de sanción se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que [...] es un hecho inobjetable que este colegiado si pueda evaluar su coherencia a la luz de la norma constitucional.*

Es oportuno comentar que tras esta lucida argumentación, dicho colegiado –entroncado políticamente al gobierno del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori– convalidó la ignominiosa destitución congresal de los magistrados al declarar infundada la demanda de Acción de

19 Las cuestiones políticas: ¿Prudencia o erosión judicial?. En: Estudios de homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio. Tomo I. México: UNAM, 1998

Amparo por ellos presentada. Debe recordarse que la arbitraria sanción les fue impuesta tras contestar un Recurso de Aclaración deducido por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, con relación a la sentencia que emitieran sobre la inaplicación de los alcances de la Ley N° 26657 conocida como Ley de Interpretación Auténtica.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso Alfredo Jalilie Awapara (Expediente N° 04053-2007-PHC/TC) ha señalado que la facultad presidencial denominada derecho de gracia, contemplada en el artículo 118 inciso 21 de la Constitución, se encuentra comprendida como cuestión política, aunque sujeta a límites adjetivos y materiales.

En el primero aparece el cumplimiento de las formalidades procesales (refrendo, condición penitenciaria del beneficiado, etc.), en el segundo caso implica el respeto a los fines constitucionalmente protegidos de las penas y el respeto al principio-derecho a la igualdad de trato.

En ese contexto, el referido órgano avaló el cumplimiento de la Resolución Suprema N° 097-2006-JUS que concede el derecho de gracia a Alfredo Jalilie Awapara, en razón de haberse acreditado conforme a lo dispuesto en el artículo 118 inciso 21 de la Constitución, que era un procesado con un proceso penal en Etapa de Instrucción abierta por más del doble de su plazo de tramitación más su ampliatoria. Por ende, declaró nula la resolución de la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima que había inaplicado la gracia presidencial concedida.

Por último, en el caso José Enrique Crousillat López Torres (Expediente N° 03660-2010-PHC/TC) señaló que era viable declarar la nulidad de la concesión de un indulto cuando este se hubiese concedido por error en la información entregada para la toma de decisión. Ello, en razón a que existiría una motivación aparente, lo cual no es admisible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución. En ese contexto, estableció que quedaba habilitado el control constitucional de la medida adoptada. ☒