

En “contra-ataque” al Tribunal Constitucional: diferentes apuntes sobre los límites al control de constitucionalidad

Andrés Calderón López^{(*)(**)}

1. Introducción

El título del presente trabajo hace alusión directa al texto publicado hace unos pocos meses por el Consorcio Justicia Viva⁽¹⁾. En el referido texto se desarrollan argumentos de defensa de las atribuciones del Tribunal Constitucional frente a un no menos polémico proyecto de ley que se presentó ante la Comisión de Constitución del Congreso, producto de la iniciativa del entonces congresista Ántero Flores-Araoz (Proyecto Flores-Araoz) que, precisamente, pretendía recortar ciertas atribuciones funcionales al Tribunal Constitucional⁽²⁾.

Una vez hecho público tal proyecto, han surgido diversos artículos académicos e informes sustentados por conocidos juristas, en su mayoría

constitucionalistas, que han criticado el Proyecto Flores-Araoz, defendiendo la labor que ha venido realizando el Tribunal Constitucional en los últimos años⁽³⁾.

Nos hemos valido de esta suerte de “defensa” al Tribunal Constitucional, para proponer un “contra-ataque”, en particular a su rol de control abstracto de constitucionalidad⁽⁴⁾. Hemos de advertir al lector, en primer lugar, que no es que compartamos la posición del Proyecto Flores-Araoz, ni tampoco que critiquemos la “defensa” del Tribunal Constitucional; este trabajo tiene por finalidad esbozar críticas no realizadas (al menos no debidamente) a ciertas atribuciones que ha tomado el Tribunal, que en nuestra opinión no tienen sustento jurídico⁽⁵⁾. La segunda advertencia a realizar es que este trabajo no tiene ningún fin educativo a modo de descripción

(*) Alumno del Octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia del Curso de Derecho de Represión de la Competencia Desleal en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Deseo agradecer la asesoría del profesor español Javier Díaz Revorio en la discusión sobre los temas, materia del presente trabajo. Sin embargo, las opiniones aquí vertidas son de exclusiva responsabilidad del autor. Dedico estas austeras líneas a Vanessa por su apoyo, y a la memoria del doctor Valentín Paniagua, modelo de persona.

(1) RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *En Defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*. Lima: Consorcio Justicia Viva, abril 2006.

(2) Proyecto de Ley 14321-2005/CR, *Propone Ley para garantizar el Principio de Separación de Poderes y la seguridad jurídica en los Procesos de Inconstitucionalidad*, presentado el 20 de enero de 2006.

(3) Así tenemos: SÁENZ, Luis y otros. *Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de Ley que modifica alguna de sus funciones*. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Número 6. Lima: Palestra, junio 2006. pp. 441-471; CARPIO MARCOS, Edgar. *La limitación de facultades del Tribunal Constitucional: Un Proyecto de Ley Inconstitucional*. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Número 6. Lima: Palestra, junio 2006. pp. 517-521; ABAD, Samuel. *Tribunal Constitucional: Un Proyecto que no debe prosperar*. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Número 6. Lima: Palestra, junio 2006. pp. 523 y 524; Oficio 169-2006-DP/PAD del 26 de junio de 2006, remitido al Señor Ántero Flores-Araoz, Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, por Samuel Abad, Primer Adjunto (e) de la Defensoría del Pueblo. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Número 6. Lima: Palestra, junio 2006. pp. 473-476; LANDA, César. *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, 2006, pp. 413-418.

(4) Nos referimos a la potestad conferida por el artículo 202 de la Constitución Política del Perú de 1993: “Artículo 202. Atribuciones del Tribunal Constitucional: Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. (...)”. En lo sucesivo, haremos referencia en sentido lato a “leyes”, “legislador” y “función legislativa”, para incluir no solamente a la función realizada por el Congreso de la República, sino también a la realizada por aquellas entidades políticas a quienes se les ha otorgado potestades similares, y cuyo control de constitucionalidad también se encuentra dentro del alcance del artículo 200 de la Constitución “Artículo 200. Acciones de Garantía Constitucional. Son garantías constitucionales:

(...) 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo (...)”.

(5) Recientemente encontramos una crítica a la labor realizada por el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad, en el trabajo

o disquisición teórica sobre la naturaleza, fines o funciones del Tribunal Constitucional, más bien el objetivo es mucho más práctico, determinar los límites concretos del Tribunal Constitucional, a partir del estudio de una materia, cuya discusión ha sido soslayada indebidamente, motivo por el cual tal vez nuestra posición pueda ser estimada de alguna forma como una crítica muy enérgica, pero en esta ocasión preferimos pecar por exceso que por defecto frente al riesgo de no ser lo suficientemente claros al dejar sentada nuestra postura.

Este “contra-ataque” parte de la premisa de que el Tribunal Constitucional en su función de control de constitucionalidad se ha extralimitado, admitiendo el control en ámbitos no permitidos por la Constitución. De este modo, como preámbulo haremos una pequeña descripción del contexto actual mostrando los recientes “ataques” y “defensas” a la función del Tribunal Constitucional. Luego de ello, pasaremos a analizar dos ámbitos concretos donde encontramos el exceso del Tribunal Constitucional: (i) el control de constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional; y, (ii) el control abstracto de “razonabilidad” de normas legales.

El reciente activismo evidenciado por el Tribunal Constitucional puede ser positivo, pero un exceso por parte del mismo puede ocasionar problemas aun peores, que pueden desprestigiar y deslegitimar la función de tan importante organismo constitucional. De este modo, reiteramos que no compartimos el fondo del proyecto Flores-Araoz, pues creemos

firmemente en la importancia del Tribunal Constitucional y en su rol de supremo intérprete de la Constitución, así como en la utilidad de las sentencias interpretativas. Sin embargo, sí compartimos un fin subyacente: el Tribunal estaría extralimitando sus funciones y como todo órgano público debe tener límites.

2. Ataque y defensa. Sobre la función y potestades del Tribunal Constitucional

El “ataque” al Tribunal Constitucional que habíamos adelantado se materializa con el Proyecto Flores-Araoz. De manera resumida este proyecto plantea: (i) quitar la función de supremo intérprete al Tribunal Constitucional; y, (ii) prohibir que dicho órgano emita sentencias interpretativas en el marco de los procesos de inconstitucionalidad que conoce.

La motivación que se efectúa en este proyecto hace referencia a un exceso de facultades del Tribunal en la expedición de las sentencias interpretativas, estimando que su función se ciñe únicamente a la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma (legislador negativo)⁽⁶⁾. Asimismo, en el proyecto se señala que el Tribunal Constitucional no es el único intérprete de la Constitución (atribución también conferida al Poder Judicial y al Congreso), y se pretende eliminar su atribución como intérprete supremo de la Constitución⁽⁷⁾, en atención a presuntos efectos negativos derivados de tal consideración.

realizado por QUIROGA, Aníbal. *Los Excesos del Tribunal Constitucional peruano: A propósito del Control Concentrado de la Constitución*. En: *Ponencias desarrolladas: VIII congreso de derecho constitucional*. Arequipa: Legislación Peruana General, 2005. pp. 519-537. Sin embargo, en este trabajo en realidad solo encontramos una verdadera alusión a un exceso por parte del Tribunal Constitucional al admitir el control de constitucionalidad de una norma ya derogada. Los otros dos presuntos excesos encontrados en realidad son en un caso una crítica del autor en base a una opinión discrepante respecto a una interpretación de la Constitución realizada por el Tribunal Constitucional (ver más adelante, nota a pie de página 16); y en el segundo, parece tratarse de un reclamo similar a una queja por defecto de tramitación en un determinado expediente, donde por otro lado, no se hace mayor referencia al asunto controvertido.

(6) Propuesta de redacción del Proyecto Flores-Araoz:

Artículo 1.- Incorporase como artículo 81-A de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, el siguiente texto:

“Artículo 81-A. Prohibición de legislar positivamente mediante sentencias.

En las sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional solo declara que la norma cuestionada, de acuerdo con los incisos 4) del Artículo 200 y 1) del Artículo 202 de la Constitución, trasgrede o no algún principio, precepto, derecho o prerrogativa previstos en dicho texto. En tales procesos, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad la norma cuestionada o la deja sin efecto por incompatibilidad con la Constitución. El Tribunal Constitucional solo actúa como legislador negativo”.

Artículo 2.- Adicionase un segundo párrafo al artículo 4 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el siguiente texto:

“Constituye función del Tribunal Constitucional en las acciones de inconstitucionalidad que conoce, identificar los posibles vacíos normativos que ameriten la expedición de una nueva norma, debiendo proponer al Congreso de la República, como consecuencia de ello, las iniciativas legislativas que juzgue pertinentes. El Congreso de la República dará trámite preferente a tales iniciativas”.

(7) Ley 28301. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

“Artículo 1. Definición

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido solo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

Propuesta de redacción del Proyecto Flores-Araoz.-

“Artículo 3.

Modifícase el artículo 1 de la Ley 28301, Ley orgánica del Tribunal Constitucional, con el siguiente texto:

“Artículo I. Definición

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido solo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

Compartiendo la opinión expresada en los aludidos trabajos de “defensa” de las atribuciones del Tribunal Constitucional, no consideramos negativo el hecho que se atribuya a un determinado órgano el rol de intérprete supremo de la Constitución. Por el contrario, esta condición permite otorgar seguridad a los particulares y a los órganos que ejercen diversas funciones del poder, toda vez que sabrán cuál es la interpretación vinculante o última de la norma constitucional.

Si bien es cierto, distintas entidades realizan una función interpretativa de la Constitución al momento de ejercer las funciones por ella encomendadas (Congreso, Poder Judicial, Defensoría del Pueblo, Jurado Nacional de Elecciones, etcétera), sí resulta importante que, en caso de conflicto entre las posibles interpretaciones, prime una de ellas. No resulta difícil imaginarse los problemas prácticos que se generarían si no atribuyéramos un cierto carácter de vinculatoriedad a una determinada interpretación, como ejemplo se puede hacer referencia a las diversas y dispersas sentencias en procesos ordinarios ante el Poder Judicial, donde podemos encontrar resoluciones contradictorias o cuando menos incoherentes, ocasionadas por la diversidad de criterios no uniformizados por una debida práctica jurisprudencial vinculante⁽⁸⁾.

Ahora bien, ¿quién mejor que el órgano encargado del control de la supremacía constitucional para detentar esta función de intérprete supremo de la Constitución? En realidad, en el proyecto Flores-Araoz no existe un fundamento válido que permita atacar dicha conclusión. Ello, sin embargo, no quiere decir que el Tribunal Constitucional no pueda tener límites en su función. Como desarrollaremos más adelante, consideramos que mientras más numerosas e importantes son las funciones de poder atribuidas a una entidad, es más necesario limitar dicha función.

Como se sabe, la labor interpretativa es realizada por cualquier órgano de naturaleza jurisdiccional, ya no estamos frente a una simple “aplicación pura de la ley”; la realidad nos muestra que existen muchas situaciones a las cuales no se podría dar una respuesta legal si las normas no son interpretadas debidamente por los órganos jurisdiccionales, para lo cual se valen de diversas herramientas.

En este contexto, el Tribunal Constitucional, en concordancia con la práctica comparada⁽⁹⁾, ha acudido a la utilización de las denominadas sentencias interpretativas, cuya expresa prohibición se plantea también en el Proyecto Flores-Araoz. Dado que no es nuestro propósito entrar al desarrollo de la tipología de tales sentencias, describiremos de manera muy resumida en qué consisten, excusándonos por la simplicidad de dicho desarrollo⁽¹⁰⁾.

En esencia, mediante estas sentencias, el Tribunal Constitucional o juez constitucional distingue entre disposición (texto explícito de la ley cuestionada) y norma. Así una disposición puede tener varias normas o mandatos conforme se desprenda de las distintas interpretaciones que se le otorgue a la ley. En esencia, lo que realiza el juez constitucional o el Tribunal Constitucional es mantener viva la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona, en tanto esta contenga una norma (una interpretación) conforme a la Constitución. Así, para ejemplificar algunos tipos de sentencias interpretativas (en particular, las manipulativas) digamos que hay una ley que dispone: “todos los A tienen derecho a 100”. Una sentencia aditiva propone una interpretación del siguiente estilo: “todos los A y similares a A tienen derecho a 100” (añade a los similares); una sentencia reductora propone lo siguiente: “todos los A que hayan cumplido los requisitos legales tienen derecho a 100” (reduce a los que no cumplieron los requisitos legales); una sentencia sustitutiva propone: “todos los A pueden tener derecho a 100” (sustituye el tener el derecho por la posibilidad de acceder al derecho), etcétera.

Esta explicación es extremadamente resumida, pero ayuda a ejemplificar la efectividad práctica de este tipo de sentencias: propone una visión de la ley que pueda ser constitucional, eliminando aquellas otras visiones que vayan en contra de la Constitución.

La justificación de esta actividad se encuentra en los principios denominados de “presunción de constitucionalidad” y “conservación de la ley”, por los que la mera declaración de inconstitucionalidad debe ser la última salida a tomar si existe la posibilidad de que la ley subsista sin afectar la supremacía constitucional. Esto es lógico y deseable, si consideramos la inseguridad jurídica y los efectos

(8) Respecto a la necesidad de la puesta en práctica del principio de *stare decisis*, coincidimos con lo planteado en DIEZ CANSECO, Luis y Enrique, PASQUEL. *Stare Decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: Una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial*. En: *Revista Economía y Derecho*. Lima: UPC, otoño 2004. pp. 7-27.

(9) Para efectos del estudio de la materia de este trabajo, y en general, para una visión de la práctica comparada de los Tribunales o Cortes Constitucionales, recomendamos revisar: AJA, Eliseo (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

(10) Al respecto, recomendamos revisar: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova, 2001. En nuestro medio, el Tribunal Constitucional ha desarrollado ampliamente la clasificación de este tipo de sentencias en la Sentencia emitida el 31 de diciembre de 2004, Expediente 004-2004-CC/TC, en el Proceso de Competencia interpuesto por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo. Asimismo, véase LAMA MORE, Héctor. *Sentencias del Tribunal Constitucional. Tipología. Sentencias Interpretativas*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 84. Lima: Gaceta Jurídica, setiembre 2005. pp. 19-34; donde se distingue entre las sentencias manipulativas y las sentencias exhortativas, dentro del grupo de sentencias interpretativas.

negativos institucionales que podría generar la salida intempestiva de una norma legal del Ordenamiento Jurídico⁽¹¹⁾.

En tal sentido, consideramos que la posición que sostiene que la sola existencia de las sentencias interpretativas invade potestades del Poder Legislativo, parte de una visión sesgada y tal vez poco experta en esta materia. Pongamos un ejemplo práctico, digamos que usted como lector tiene un cargo gerencial en una empresa y dentro de sus competencias puede emitir reglamentos internos aplicables a quienes realizan prácticas profesionales en la empresa, sin perjuicio de la atribución de una gerencia de control de anular dichos reglamentos. Usted, en ejercicio de sus funciones, dicta la siguiente norma: "Todos los practicantes universitarios tienen permiso para inasistir a la empresa los días que tengan evaluaciones parciales o finales", olvidando que la empresa también tiene practicantes que estudian en institutos u otros centros educativos, distintos de universidades. ¿Qué pronunciamiento de la gerencia de control preferiría? (1) Anúlese el reglamento y (2) Entiéndase que el reglamento incluye a todo tipo de practicantes. Nos animamos a pensar que se sentiría menos afectado por el segundo pronunciamiento.

Este ejemplo no pretende reproducir un ejemplo idéntico a la relación entre Congreso y Tribunal Constitucional. Simplemente tratamos de evidenciar de manera ilustrativa por qué una sentencia interpretativa del Tribunal resulta en realidad menos intromisiva en las funciones del Poder Legislativo que la simple declaración de inconstitucionalidad de una norma emitida por este.

Como adelantamos líneas atrás, el cuestionamiento en realidad puede deberse al modo de utilización de estas sentencias interpretativas, pues si bien es cierto que su utilidad es innegable, su uso debe ser excepcional y debidamente justificado en el fin de seguridad jurídica que inspira

el principio de conservación de la ley. Es decir, el Tribunal Constitucional llega a tener funciones de legislador positivo no por conveniencia o pertinencia, sino por necesidad⁽¹²⁾.

Es en base a la preocupación por los límites de la actuación del órgano de control constitucional que compartimos una probable preocupación subyacente que pretendía solucionar el Proyecto Flores-Araoz; sin embargo, consideramos que la "medicina" que se pretende usar no cura la verdadera enfermedad; si prosperase dicho proyecto o algún otro en el mismo sentido, se debilitaría institucionalmente al Tribunal Constitucional y con ello la compatibilidad de su función de garante de la supremacía constitucional con la necesidad de seguridad jurídica en nuestro ordenamiento⁽¹³⁾.

A partir del desarrollo que hemos realizado, podemos encontrar un límite común entre la potestad del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y su facultad de uso de sentencias interpretativas: tales atribuciones responden a una necesidad, no a simple conveniencia. Esta premisa es la que nos permite detectar los verdaderos límites que estaría sobrepasando el Tribunal Constitucional en su función de control de constitucionalidad, y este se encuentra en un estadio previo a la forma (el cómo) de realizar el control de constitucionalidad, es decir, en qué es lo que se controla: ¿las leyes malas (conveniencia u oportunidad), o las leyes inconstitucionales? Si el Tribunal Constitucional entra a controlar las primeras y más aun si hace uso de su legislatura positiva, tenemos un problema, pues originariamente dicha función ha sido otorgada a otro órgano (generalmente, el Poder Legislativo), y esto sí vulnera el principio de separación de poderes.

Entraremos al análisis de esta situación centrándonos en dos casos donde puede apreciarse, a nuestro parecer, el exceso en el control abstracto de constitucionalidad: (i) El control de constitucionalidad de leyes de reforma constitucional;

(11) Un claro ejemplo de la finalidad práctica de esta labor del Tribunal se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de enero de 2003, Expediente 010-2002-AI/TC, en la Acción de Inconstitucionalidad, interpuesta por cinco mil ciudadanos contra los Decretos Ley 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. (Caso de la legislación antiterrorista), donde si bien el Tribunal Constitucional declaró la incompatibilidad constitucional de distintas disposiciones de las leyes cuestionadas, exhortó al Congreso para que dentro del plazo razonable reemplace la legislación correspondiente, con lo que se logró evitar los perniciosos efectos que hubiera generado la ausencia de regulación de los delitos, por los que fueron y estaban siendo procesadas una gran cantidad de personas vinculadas al terrorismo. Al respecto, se recomienda revisar: ABAD YUPANQUI, Samuel. *La Sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre terrorismo*. En: CASTAÑEDA, Susana (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista, 2004. pp. 394-416.

(12) En este sentido tenemos a Lama More quien señala: "Con relación a las sentencias manipulativas creo que su uso, controvertido en la doctrina, debe circunscribirse a los casos absolutamente indispensables, es decir cuando por efecto de la decisión adoptada se ponga en riesgo la seguridad jurídica, la estabilidad económica o tributaria o la intimidad de las personas, entre otros". LAMA MORE, Héctor. *Op. cit.*; p. 34.

(13) Como hemos señalado compartimos en este aspecto las consideraciones de quienes se han pronunciado en contra del proyecto de Ley. Sin embargo, podemos ir adelantando que una mala ley no constituye necesariamente una ley inconstitucional; al respecto encontramos un trabajo donde se señala que el proyecto de Ley sería inconstitucional (CARPIO MARCOS, Edgar. *Op. cit.*; 2006. p. 517-521), extremo respecto al que no coincidimos. Debemos estimar que puede haber el riesgo de que el Tribunal Constitucional opine por la inconstitucionalidad de cualquier norma que limite sus facultades (por ejemplo, el Proyecto Flores-Araoz), lo que evidenciaría un exceso incontenible de este órgano. Felizmente, dicha preocupación se ve disipada al revisar el contenido del citado trabajo, donde no se especifica en qué extremos sería inconstitucional el Proyecto Flores-Araoz.

y, (ii) El control de constitucionalidad de leyes por su irrazonabilidad.

3. El contra-ataque ¿Hay algo que el Tribunal Constitucional no pueda controlar?

3.1. El control sobre las leyes de reforma constitucional. El caso de la reforma del régimen pensionario del Decreto Ley 20530

Este se trató de un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra una Ley de reforma constitucional, Ley 28389, y una Ley que desarrolla un nuevo tratamiento del régimen pensionario creado por el Decreto Ley 20530⁽¹⁴⁾. El tema que aquí nos interesa versa sobre la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver sobre procesos de inconstitucionalidad interpuestos contra leyes de reforma constitucional, es decir, contra un tipo de norma no contemplado expresamente en el artículo 200 de la Constitución.

Dicha sentencia ha sido objeto de muchos comentarios, vinculados esencialmente a la conveniencia del cierre o modificación del régimen pensionario regulado por el Decreto Ley 20530⁽¹⁵⁾; de otro lado, también se han generado manifestaciones respecto de dos párrafos inmersos en dicha sentencia, donde parecería que el Tribunal Constitucional plantea la posibilidad de que la Administración Pública puede ejercer el control difuso

de normas⁽¹⁶⁾. Sin embargo, el debate no se ha trasladado con la relevancia que ameritaba al ámbito constitucional, omitiéndose los efectos que genera el pronunciamiento del Tribunal Constitucional: Este puede controlar la constitucionalidad incluso de leyes de reforma constitucional⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾.

Este caso pone sobre el tapete la discusión sobre los límites a la reforma constitucional. Como sabemos, el Poder Constituyente es un poder pre-jurídico, expresión de la voluntad del pueblo que se manifiesta en un conjunto de reglas y límites a la actuación propia del pueblo y de quienes lo gobernarán, esta expresión es lo que conocemos como Constitución. Ello no obstante, dadas las exigencias sociales, políticas y económicas de una sociedad, la Constitución requiere en ocasiones ser adaptada; surgiendo así el poder de reforma, una suerte de autolimitación del poder constituyente que admite una modificación de su voluntad, aunque siempre en el margen de los límites que le impone. Es por ello que el poder de reforma aparece reglado en la Constitución y es un poder jurídico⁽¹⁹⁾.

En este sentido, podemos encontrar en la Constitución límites formales y materiales al poder de reforma. Los primeros serán los que regulan el procedimiento de la reforma constitucional, estipulando reglas sobre la competencia para la reforma, las iniciativas para la reforma, etcétera⁽²⁰⁾. Los segundos son los que delimitan el campo de lo

(14) Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 3 de junio de 2005, Expedientes acumulados 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC, en el Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por los Colegios de Abogados del Cusco, del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley 20530 (caso Decreto Ley 20530).

(15) Al respecto véase GARCÍA GRANARA, Fernando. *Cédula Viva, Seguridad Social y Reforma Provisional*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 82. 2005. pp. 53-64 y ABANTO REVILLA, César. *Aproximación a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia sobre la reforma del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 82. 2005. pp. 31-36.

(16) Sobre el particular, tenemos a BULLARD, Alfredo. *Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas*. En: *Themis*. Número 51. Lima. 2005. pp. 79-96; QUIROGA, Anibal. *Op. cit.*; pp. 526-528; MORALES SARAVIA, Francisco. *Tribunales administrativos y control constitucional: Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional del Perú*. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. Número 3. julio-setiembre 2006. (extraído de http://www.Tribunal_Constitucional.gob.pe/gaceta/index.htm); *La posición de la Administración Pública frente al control de Constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias*. Pronunciamento de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Agosto 2005 (extraído de <http://www.derechoadministrativoperu.com/>).

(17) Uno de los pocos trabajos que se han dedicado al estudio desde el ámbito constitucional de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Ley 20530, es el realizado por WIELAND CONROY, Hubert. *¿Puede una Ley de Reforma Constitucional ser objeto de una acción de inconstitucionalidad?* Extraído de <http://palestra.pucp.edu.pe>. Compartimos la crítica a la sentencia, mas no el único enfoque que propone el autor, sobre la imposibilidad de efectuar el control de constitucionalidad de una norma de un rango no-legal.

(18) En la Sentencia emitida el 21 de enero de 2002, sobre la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600, Expediente 014-2002-AI/TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Caso Ley sobre Procedimiento de Reforma Constitucional), el Tribunal Constitucional se había pronunciado anteriormente a favor de admitir el control una ley de reforma constitucional por la forma o método en que esta se realiza. Los parámetros formales los estableció en dicha sentencia mediante una interpretación de la Constitución y los límites al poder de reforma. Sin embargo, el ámbito se expandió en el caso en cuestión sobre la modificación del régimen pensionario del Decreto Ley 20530, pues ahora el ámbito de control alcanza también el fondo de la reforma constitucional.

(19) El poder de reforma es un poder constituyente constituido, pues su ejercicio está regulado por el poder constituyente originario, a través de la Constitución. Encuentra su legitimidad en la legalidad de su función regulada por la Constitución que ha de modificar. VILLACORTA, Michelena. *Los límites de la reforma constitucional*. Lima: Grijley, 2003. p. 94.

(20) Constitución Política del Perú. 1993.

“Artículo 206. Reforma Constitucional

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

reformable, aquello que puede y no puede ser reformado.

En este contexto, nuestro Tribunal Constitucional, frente a la inexistencia de límites expresos a la modificación de la Constitución (las denominadas "cláusulas de intangibilidad") ha adoptado la tesis de admitir la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional, esto es, elementos en la Constitución que serían irreformables a pesar de que la propia Constitución no señale nada al respecto, estos límites serían lo que en la Sentencia se denomina el "contenido fundamental de la Constitución"⁽²¹⁾. Siguiendo este razonamiento, una ley de reforma constitucional que vulnera este contenido fundamental, será declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional⁽²²⁾.

Nosotros discrepamos abiertamente de dicha interpretación, pues consideramos que esto crea una nueva norma que no se puede derivar lógicamente de la propia Constitución⁽²³⁾. El Tribunal Constitucional es un órgano constituido cuyo margen de actuación se encuentra contemplado en la Constitución, y si bien su rol de control de la constitucionalidad e intérprete supremo puede llevarlo a auto-considerarse el "vocero del constituyente"⁽²⁴⁾, lo que debe hacer es expresar la voluntad del constituyente y no la propia al crear límites al poder de reforma ahí donde el propio constituyente no los admitió.

Siguiendo en este punto a Díaz Revorio, consideramos que los únicos límites al poder de reforma constitucional -y por consiguiente supuestos

habilitantes de control constitucional- son los límites explícitos que señala la Constitución y el procedimiento agravado de la reforma Constitucional. La ausencia de límites materiales explícitos es una muestra de la ausencia de una "democracia militante"; es decir, la Constitución democrática admite el pluralismo, y admite en tal sentido, opciones contrarias a la concepción planteada originariamente por ella, en tanto sigan el cauce constitucional (de reforma) habilitado constitucionalmente. Así "la modificación de los valores esenciales afecta a la legitimidad de la reforma, pero no a su validez"⁽²⁵⁾.

Si bien puede parecer un fin políticamente importante el del Tribunal Constitucional al tratar de garantizar la vigencia de la Constitución frente a cualquier intervención de un poder constituido (como el de reforma), consideramos que no puede hacerlo, pues el Tribunal es a su vez un poder constituido y por tanto somete su actuación a la propia Constitución, la que no lo faculta de manera alguna a este control. Al mismo tiempo, una norma que reforma la Constitución se convierte a su vez en el parámetro de actuación de los poderes constituido, incluido el propio Tribunal Constitucional, de tal forma que resultaría ilógico que este último controle a la propia norma que resulta la medida última de sus funciones⁽²⁶⁾.

Como prueba fáctica contraria a la posición expresada por el Tribunal Constitucional, pensamos en dos situaciones donde no se puede admitir bajo ningún motivo la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma⁽²⁷⁾: (i) cuando la propia Constitución señala expresamente la inexistencia de

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral".

- (21) "(...) el Tribunal Constitucional puede analizar la constitucionalidad de una norma de reforma de la Constitución siempre y cuando afecte el 'contenido fundamental' de su configuración normativa, en tanto Norma Suprema política y jurídica del Estado". Fundamento 4 de la STC caso Decreto Ley 20530.
- (22) En nuestro medio encontramos opiniones discordantes que admiten la existencia de límites implícitos al poder de reforma constitucional, como LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2003. pp. 447-452 y MENDOZA, Mijail. *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano*. Lima. 2000. pp. 227-228. Asimismo, tenemos a GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2001. pp. 270-272, quien admite también al existencia de "límites lógicos" a la reforma constitucional.
- (23) Esta materia sí ha sido objeto de estudio en la doctrina internacional. Sobre el particular, puede verse: LEGE, Joachim, *¿Reforma de la Constitución o Interpretación Constitucional? El debate metodológico en torno a la supresión del Senado bávaro*. En: *Cuestiones Constitucionales* Número 9. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- (24) "En consecuencia, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, y en tanto vocero del poder constituyente, es el titular legitimado para ejercer el control jurídico del poder constituido. Por tal razón, este Colegiado es el órgano competente para analizar la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley 20530". Fundamento 5 de la STC caso Decreto Ley 20530.
- (25) DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La 'Constitución Abierta' y su interpretación*. Lima: Palestra. 2004. pp. 29-39.
- (26) En este sentido, citamos a Pedro De Vega: "A fin de cuentas, cualquier operación de reforma implica, por su contenido, una actividad típicamente constituyente, y que, conforme a la lógica del Estado Constitucional, sobrepasa las atribuciones de los poderes constituidos, sometidos por definición e, incapaces, por tanto, de transformarlo". DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 61. Asimismo, consideramos pertinente citar a Pérez Royo cuando manifiesta que: "(...) la Sentencia del Tribunal Constitucional ocupa un lugar superior al de la ley en el sistema de fuentes del derecho, inmediatamente después de la Constitución y de las leyes de reforma constitucional". PÉREZ ROYO, Javier. *Tribunal Constitucional y División de Poderes*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 65. Ello sería un indicador de que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no puede ir por encima de la Constitución, incluida su reforma.
- (27) Ello no obstante, reconocemos la solidez argumentativa de quienes sostienen que únicamente cuando se trate de una interpretación lógica de la Constitución, podría admitirse la existencia de algún límite a la reforma de la Constitución. Por ejemplo, no podría modificarse

una cláusula de intangibilidad constitucional o límite al poder de reforma constitucional y otro más frecuente; y, (ii) cuando la propia Constitución admite la reforma total⁽²⁸⁾ de la Constitución.

Este segundo supuesto es el que, a nuestro parecer, deslegitima la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en el caso bajo comentario, pues “la ausencia de límites expresos a la reforma tiene importancia jurídica ya que, pudiendo hacerlo, la Constitución ha renunciado a poner trabas absolutas a su reforma” ⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾.

Adicionalmente, recordemos que esto en manera alguna significa una afectación o disminución al poder constituyente, pues este es prejurídico y puede aparecer nuevamente incluso frente a una reforma constitucional, privando de toda autoridad al poder reformador.

Sí debemos reconocer que la posición del Tribunal Constitucional es una actuación militante en defensa de la vigencia de la Constitución. Ello no obstante, no menoscaba el hecho de que tal actuación no tiene un sustento jurídico, y nos plantea la interrogante de si un fin positivo puede ser perseguido más allá de las potestades otorgadas.

3.2. La opción legislativa versus razonabilidad del Tribunal Constitucional

Una situación similar donde encontramos un exceso en la labor de control abstracto de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional sucede también en el control de leyes. Como sabemos, el Tribunal Constitucional está facultado para ejercer dicho control de manera expresa en la Constitución⁽³¹⁾. En tal sentido, ¿en qué consistiría el presunto exceso al controlar la constitucionalidad de las leyes? A nuestro parecer, consiste en realizar un control de tales normas no por su vulneración de la Constitución, sino por una discrepancia con el propio contenido normativo. Es decir, el Tribunal Constitucional estaría controlando malas leyes, no leyes inconstitucionales. Ejemplificaremos nuestra postura más adelante usando como ejemplo dos sentencias del Tribunal Constitucional de gran relevancia social y económica.

Propongo al lector pensar en cualquier norma, la primera que pase por su mente, de cualquier área del derecho. Por ejemplo, pensemos en una norma que crea un tributo, ¿esta norma en alguna medida no afecta el derecho a la propiedad privada, al trasladarla de un particular al Estado?; ahora pensemos en una norma que otorga un derecho irrenunciable a un trabajador, ¿no se afectaría de alguna forma el derecho de libertad de configuración contractual de tanto trabajadores como empleadores?; pensemos ahora en una norma que otorga un beneficio penitenciario, ¿esta norma puede vulnerar de alguna manera el derecho a la igualdad, afectando al grupo de personas que no pueden obtener tal derecho? Lo que tratamos de probar con estos ejemplos es que resulta ilusorio pensar en un ordenamiento jurídico que no afecte de alguna forma derechos fundamentales; así, de la misma forma es ilusorio pensar que un mecanismo de control va a eliminar este tipo de afectaciones.

Bajo el camino de la democracia representativa, admitimos la limitación de algunos de nuestros derechos y otorgamos poder de decisión sobre tales afectaciones a nuestros representantes políticos, en la confianza de obtener un balance positivo entre los beneficios que obtendremos de las medidas políticas de ordenación social y los posibles perjuicios que tengamos, producto de la restricción de algunos de nuestros derechos. Este es el sustento, en esencia, de las funciones del poder, y entre ellas, la función legislativa.

Si observamos nuevamente los ejemplos de normas propuestas, nos atreveríamos a pensar que difícilmente alguien podría argumentar en abstracto que tales disposiciones son inconstitucionales. Esto nos hace ver que la función legislativa de alguna u otra forma va a afectar ciertos derechos fundamentales, por lo que este no podría ser nuestro único termómetro respecto al cual medir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

El Tribunal Constitucional ha optado por un termómetro en particular para medir la constitucionalidad de una ley que pueda afectar

el procedimiento de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución). Es clara la voluntad del constituyente al admitir la reforma de la Constitución, pero bajo unos parámetros explícitos, el procedimiento impuesto en la Constitución, y si se modificara dicho procedimiento (la reforma constitucional norma su propio procedimiento) sí se estaría vulnerando directamente la voluntad del Constituyente. En tal sentido, DE VEGA, Pedro. *Op. cit.*; pp. 276 y siguientes.

(28) El Tribunal Constitucional en la Sentencia sobre el caso Ley sobre Procedimiento de Reforma Constitucional ha manifestado que la reforma total de la Constitución sin embargo sería una de gran magnitud pero parcial, donde se respete el mantenimiento de algunos elementos centrales a nivel político, económico y social; apreciación recogida de: ESPINOSA-SALDANA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: Ara, 2003. p. 114.

(29) DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Op. cit.*; 2004. p. 71.

(30) El propio Díaz Revorio nos comenta lo siguiente en referencia a la posibilidad prevista por el artículo 168 de la reforma total de la Constitución española, similar al artículo 206 de la Constitución peruana, señalando que “(...) representa el punto de equilibrio entre el contenido valorativo de la Constitución, y la permisón de la más amplia pluralidad de opciones; no quiere renunciar a la defensa de la Constitución, pero, en el terreno jurídico, no lleva tal defensa hasta el extremo de cerrar toda vía a su propia sustitución”. *Ibid.*; p. 81.

(31) Ver nota a pie de página 4.

derechos fundamentales, siendo este instrumento el test de razonabilidad o proporcionalidad. Bajo este test, el órgano de control constitucional evalúa si la disposición cuestionada es: (a) idónea para conseguir un objetivo constitucionalmente legítimo; (b) la alternativa necesaria y menos lesiva para alcanzar tal objetivo; y, (c) es proporcional, en su nivel de afectación de derechos respecto al objetivo perseguido.

Esta nos parece una gran herramienta -cuya utilidad es reconocida en el ámbito constitucional desde hace mucho tiempo en otras latitudes-, y que, en efecto, nos parece debería guiar el ejercicio de poder de cualquier autoridad pública. Probablemente si quienes toman decisiones políticas usaran este test, tendríamos mejores normas. Sin embargo, aunque nos parece un gran indicador para medir una norma como buena o mala, permanece en nosotros la duda sobre si ese es el indicador adecuado para medir en abstracto una norma como constitucional o inconstitucional.

En realidad, si nos ponemos a revisar los pasos del análisis de razonabilidad, este test podría ser más útil para quien le da una segunda revisión a una norma (digamos un Senado) que para quien controla la constitucionalidad en abstracto. Un control en abstracto de una disposición legal bajo este test implica, en realidad, una revisión de la ley, conlleva en sí una segunda decisión política, pero esta vez adoptada por el Tribunal Constitucional. Y en este punto reside nuestro primer cuestionamiento. Recordemos que en líneas anteriores concluimos que la labor del Tribunal Constitucional como legislador positivo se daba producto de una necesidad, no de conveniencia. Es decir, el Tribunal Constitucional en principio no es un segundo Poder Legislativo.

Además, la labor de control constitucional del Tribunal Constitucional tiene otra limitación funcional: se realiza en abstracto, lo que hace más difícil confiar en la infalibilidad o siquiera conveniencia de este test (¿cómo medir la proporcionalidad de la afectación de una medida legislativa en abstracto?, ¿cómo medir la idoneidad para conseguir un objetivo sin ver los efectos en un caso concreto?), a diferencia de lo que podría ocurrir en el control concreto (difuso) de constitucionalidad.

Para aterrizar un poco nuestras críticas, el propio Tribunal nos ayuda ilustrándonos con dos sentencias:

La primera es una sentencia donde declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos del Decreto de Urgencia 140-2001⁽³²⁾. Esta norma permitía que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones estableciera tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga; la presunta finalidad perseguida era afrontar los reclamos de distintos transportistas que afectados por la informalidad en dicho sector, lo que les impedía obtener ganancias razonables, informalidad que presuntamente también podía afectar la salud y seguridad de los usuarios (véase fundamento 48 de la sentencia del Tribunal Constitucional). Abreviando la materia de fondo que nos importa en este momento, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el dispositivo mencionado por ser una limitación desmedida de las libertades económicas en juego, en comparación con otras alternativas como la definición de estándares de calidad mínimos, revisiones técnicas de transportes, fiscalización tributaria, etcétera.

En la segunda sentencia se declaró la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 26271⁽³³⁾. Esta norma otorgaba el derecho a pases libres (para los miembros de la Policía Nacional y del Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Perú) y pasajes diferenciados (para escolares y alumnos universitarios y de institutos superiores universitarios) en las tarifas cobradas por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros. Resumiendo el tema central, el Tribunal sustenta que el interés público de la actividad de transporte justifica esta limitación al derecho de los transportistas de fijar sus propias tarifas, afectación que no considera grave, pues los transportistas no sufren una carga directa, ya que esta podrá ser distribuida entre el resto de los usuarios, y dado que no se impide el acceso al mercado ni se afecta la libre competencia⁽³⁴⁾. Resulta por demás curioso que en este análisis el Tribunal Constitucional no se preocupe por la razonabilidad de otorgar este beneficio a determinados sujetos y no a otros -sobre todo considerando el "especial interés público de la actividad de transporte"-, eximiéndose de este análisis expresando que "la decisión de beneficiar a este sector y no a otro, es un tema que por encontrarse dentro de los márgenes de libre configuración del legislador, y no haber sido cuestionado en esta

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003, Expediente 0008-2003-AI/TC, en la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001 (caso Bandas Mínimas de Transporte).

(33) Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 2005, Expediente 0034-2004-AI/TC, en la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de más de 5000 ciudadanos contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 26271 (caso Pasajes Diferenciados).

(34) Véase: fundamentos 68 a 71 de la Sentencia.

demanda, no cabe ser puesto en tela de juicio⁽³⁵⁾. Esta ausencia de análisis es aún más notoria si apreciamos que esta discriminación termina afectando al sector no beneficiado, como veremos más adelante.

La diferencia esencial entre ambas normas, cuya constitucionalidad se cuestiona, es que una permite la imposición de topes mínimos (cobrar por los servicios de transporte de pasajeros y carga “desde”) y la otra determina topes máximos (solo cobrar medio pasaje o no cobrar nada). Según parece desprenderse del razonamiento del Tribunal Constitucional la libertad económica para bajar los precios sería más importante que la libertad económica para cobrar un precio por los servicios prestados, razón por la cual sí es constitucional la Ley 26271, pero es inconstitucional el Decreto de Urgencia 140-2001.

Es cierto el razonamiento del Tribunal en el primer caso, el del Decreto de Urgencia 140-2001, al señalar que las bandas mínimas de precios afectan a los consumidores quienes no podrán obtener precios menores a dichos topes, producto de la libre competencia entre oferentes⁽³⁶⁾. Pero se olvida el Tribunal Constitucional, en el segundo caso de la Ley 26271, de los efectos nocivos para los consumidores de poner topes máximos diferenciados. Las ganancias dejadas de obtener en algunos casos (pases libres y diferenciados) se obtendrán de otros casos (los que pagan el pasaje regular). (Imagínese el lector tener que pagar precios más altos al adquirir cualquier bien o servicio porque un tercero obtiene los mismos bienes o servicios a mitad de precio, o porque los obtiene de manera gratuita).

Y en el caso que no sea posible poner un precio alto para que unos pasajeros subsidien los pasajes diferenciados de otros⁽³⁷⁾, los transportistas que no puedan soportar estas pérdidas y no quieran salir del mercado adoptarán otras medidas que podemos apreciar todos los días (ahorro en costos del transportista, lo que genera un mal servicio: el maltrato que sufren los que tienen estos beneficios por parte de los transportistas). Lo que sucede es que debido a esta norma, se produce una pugna entre oferentes y consumidores por decidir quién se perjudica: (a) los oferentes al tener que mantener la calidad y precio del servicio y no obtener las ganancias debidas del sector beneficiado; (b) los consumidores no beneficiados al tener que pagar más u obtener un

mal servicio para solventar las pérdidas que generan el sector beneficiado; o, (c) los consumidores beneficiados al verse privados del servicio por parte de los transportistas que no están dispuestos a proveerles de transporte a cambio de nada o de un monto no rentable.

Asimismo, y tal como lo habíamos adelantado, en el análisis de razonabilidad del Tribunal Constitucional nada se menciona respecto a si es un fin constitucionalmente válido otorgar beneficios a unos usuarios sobre otros; ni tampoco sobre si es proporcional o si es la medida menos gravosa el otorgar los beneficios mencionados a costa de la libertad de empresa (y consecuentemente el derecho de cobrar un precio por un servicio prestado) de los transportistas⁽³⁸⁾.

Nuestra crítica permite encontrar los varios defectos que se encuentran inmersos en el análisis de razonabilidad efectuado por el Tribunal Constitucional. Resulta claro a partir de nuestro análisis que ambas normas, la que crea bandas mínimas para el transporte y la que pone topes máximos para el precio de transporte urbano e interurbano, conllevan más efectos negativos que positivos (dentro de un test de razonabilidad), pero válidamente alguien puede disentir y probarnos que nuestro análisis era erróneo. Es esta falibilidad la que sustenta nuestra crítica al método elegido por el Tribunal Constitucional, que como mencionamos resulta siendo no un análisis de constitucionalidad sino de pertinencia legislativa.

Si bien es cierto que el Tribunal puede llegar a realizar un mejor análisis de razonabilidad que el que realiza el legislador antes de dictar una norma -y considerando la importante labor que ha venido realizando el Tribunal Constitucional podríamos confiar razonablemente en dicha apreciación-, debemos preguntarnos si ello lo faculta para hacerlo, considerando el riesgo que constituye nuestro tercer reparo, el exceso de poder.

En efecto, cualquier autoridad que detente una cuota de poder debe tener límites en su actuación, pues es conocido que la sobrecarga de atribuciones sin control puede llevar a un desequilibrio del poder. El exceso de poder lleva a su uso desmedido, y es este peligro el que en buena cuenta sustenta el principio de separación de poderes⁽³⁹⁾.

(35) Fundamento 67 de la Sentencia.

(36) “Con el propósito de evaluar la adecuación de la medida a los fines perseguidos, debe tenerse en cuenta que toda fijación mínima de precios prevé implícitamente, como un efecto práctico, que generará un aumento promedio de los precios en el mercado. Puede presumirse, asimismo, que ello producirá una reducción de la demanda, y una sustitución en el mercado de las opciones formales por las informales, esto es, por aquellas que, desenvolviéndose en la ilegalidad, no asumen el precio mínimo tarifario como una obligación (...)”. Fundamento 52 de la Sentencia recaída en el caso “Bandas Mínimas de Transporte”.

(37) Este escenario es probable donde haya mucha competencia. En tal caso, frente a una gran presencia de competidores, los transportistas no podrán poner una tarifa muy elevada pues la demanda que tienen se trasladaría a otros transportistas que opten por no elevar la tarifa.

(38) Al respecto compartimos las críticas efectuadas en este caso por LAZARTE, Jorge. *El Servicio Público para el Tribunal Constitucional. A Propósito del Transporte Público Gratuito*. En: *Derecho y Sociedad*. Número 26. Lima. 2006. pp. 21-32.

(39) “Como quiera que se encuentre constituida una democracia nacional con división de poderes, lo determinante es que quede garantizada la idea fundamental de la división de poderes, el impedimento al abuso de poder” HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México. 1era reimpresión, 2003. pp. 203-211.

En el caso del Tribunal Constitucional, recordemos que es el intérprete supremo de la Constitución y que en el ejercicio de sus funciones, tanto de garante de la supremacía constitucional como en el de defensa de derechos fundamentales, no se encuentra controlado por ninguna otra autoridad. A ello debemos añadirle la vinculatoriedad de sus pronunciamientos⁽⁴⁰⁾ y los criterios de interpretación que efectúa⁽⁴¹⁾. Si hacemos un balance, resulta sencillo admitir las grandes atribuciones que tiene y la casi ausencia de controles que tiene en el ejercicio de ellas. Teniendo presente dicho contexto, curiosamente resultaría “desproporcional” admitir que el Tribunal Constitucional también deba decidir cuál es la mejor decisión política que debería tomarse.

Nuevamente, nuestra crítica no se sustenta únicamente en renegar del activismo del Tribunal, que en algunas ocasiones ha resultado necesario para garantizar la vigencia del Estado de Derecho, pero ese activismo se convierte en exceso de poder cuando se sobrepasan los límites competenciales atribuidos.

Ejemplos como los descritos anteriormente nos hacen pensar en las semejanzas que tiene la actuación del Tribunal con las propias de un Senado, al servir de segundo filtro respecto a las decisiones políticas expresadas en normas de carácter general. Una crítica adicional podría extraerse respecto de la conveniencia de que este enjuiciamiento político sea realizado por un órgano como el Tribunal Constitucional, sin legitimidad democrática directa, frente a un órgano como el Senado, que es elegido directamente por el pueblo⁽⁴²⁾.

En nuestro medio, el ahora magistrado del Tribunal Constitucional, César Landa se ha pronunciado a favor de la judicialización constitucional

de decisiones políticas, y su relevancia en épocas de crisis, sin dejar de reconocer que este activismo judicial ha generado respuestas por parte del poder político controlado.⁽⁴³⁾

En todo caso, y atendiendo a los riesgos que hemos reseñado, creemos que la labor del órgano de garantía constitucional al controlar decisiones políticas podría ser requerida únicamente en situaciones excepcionales de crisis y donde esta desnaturalización de la función propia del Tribunal Constitucional sea necesaria por la ausencia de contrapesos políticos frente a la actuación de los órganos legislativos. De lo contrario, estaríamos abriendo la puerta para un simple traslado del poder político, del Poder Legislativo hacia el Tribunal.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos recordar que ahí donde quienes defienden este control por parte del Tribunal Constitucional encuentran la razón para justificar un test de razonabilidad de la actuación política⁽⁴⁴⁾, nosotros encontramos la misma razón para dudar de su efectividad: se trata (tanto la decisión política expresada en una norma, como el propio test) de una decisión política falible.

En conclusión de este punto, consideramos que el control político asignado al Tribunal Constitucional se desprende del propio mandato de control abstracto de normas constitucionales, toda vez que le permite analizar los límites y la conformidad de las disposiciones legales frente a los mandatos de la Constitución. En relación al control constitucional respecto de afectación de derechos fundamentales, creemos que de por sí un control en abstracto dificulta la tarea de distinguir la constitucionalidad de la inconstitucionalidad de la disposición -situación que puede ser más perceptible ante un caso concreto, como sucede en el control difuso. En base a ello, el

- (40) Código Procesal Constitucional
“Artículo VII. Precedente
Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extrem de su efecto normativo (...)”.
- (41) Código Procesal Constitucional
“Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional
(...) Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.
- (42) Al respecto, citamos a Marín quien señala: “(...) puesto que si el Tribunal Constitucional es un órgano político, se hace necesario explicar por qué un ordenamiento constitucional basado en el dogma de la soberanía popular prevé un órgano dotado de poder político, que aunque ayuno de una legitimación popular directa puede llegar a pugnar con el poder legislativo.
Estas cuestiones afectan a la propia actuación del Tribunal y a su aceptación social: si el juez constitucional no dispone de una legitimación popular directa, solo puede lograr que sus decisiones sean comúnmente aceptadas si aparecen como aplicativas de derecho, no como creación políticas de normas”. MARÍN, José Ángel. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998. p. 82.
- (43) LANDA, César. *Op. cit.*; 2003. pp. 700 y siguientes. Aquí, Landa expone el caso norteamericano donde la Corte Suprema de EE.UU. anuló diversas normas que representaban parte del programa económico del *New Deal* del Presidente Roosevelt, contraviniendo la tradición de la incuestionabilidad de las *political questions*. La respuesta política del gobierno fue una modificación de las competencias de la Corte, cambio en el número de magistrados, y el establecimiento de la jubilación forzosa a los setenta años.
- (44) Luego del desarrollo de la judicialidad de las *political questions*, nuevamente Landa concluye: “No obstante, el éxito de esas transiciones judiciales ha estado íntimamente vinculado a los criterios jurídicos razonables que se han construido, ante la insuficiencia normativa de la Constitución. Este proceso, apenas realizado por el Tribunal Constitucional en el actual proceso democrático, muestra la necesidad jurisprudencial de contar con un test destinado a evaluar casos difíciles o decisiones judiciales límite; manteniendo el equilibrio y la unidad entre el Derecho y la política”. LANDA, César. *Op. cit.*; 2003. pp. 710 y 711.

análisis de razonabilidad seguido por el Tribunal Constitucional no es el más adecuado, pues termina reemplazando la voluntad política del legislador, convirtiéndolo al órgano de control (Tribunal Constitucional) en un verdadero revisor de las normas; en tal sentido, como parte del *self-restraint* de este órgano, su función en el control abstracto debería estar limitada a aquellas afectaciones graves y evidentes a los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, contemplados en la Constitución.

4. Conclusión. La mejor defensa no siempre es una buena ofensiva

Actualmente existe una abierta polémica entre el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones en relación a una sentencia del Tribunal Constitucional donde se anula una decisión del JNE, por la cual se declaraba la vacancia de un alcalde. Sin entrar al detalle de los hechos controvertidos, la polémica se suscitaba en torno a una presunta vulneración del artículo 142 de la Constitución⁽⁴⁵⁾ por parte del Tribunal, que otorga el carácter de irrevisables a los fallos del Jurado Nacional de Elecciones.

Recordamos cuando en recientes meses le preguntamos al doctor Díaz Revorio por su opinión respecto al tema, quien nos respondió con la siguiente pregunta: “¿Es tan malo que el Tribunal tenga la decisión final?”. En efecto, la respuesta parece ser simple: No es malo y no hay porque desconfiar del Tribunal Constitucional cuando realiza una tarea como la de conocer en última instancia los casos que signifiquen vulneraciones de derechos fundamentales. Pensamos que el problema se hace mayor cuando más poder se le otorga a un mismo ente.

Estimamos que admitir el control por parte del Tribunal de ámbitos como los descritos en este trabajo, no solo vulnera los parámetros establecidos en la Constitución, sino que tiene por efecto práctico dejar prácticamente sin límite alguno al Tribunal.

Es pertinente recordar una vez más que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, actividad únicamente limitada por el *self-restraint*.

Si admitiéramos el control constitucional de las leyes de reforma constitucional, el Tribunal Constitucional podría bloquear tales normas o permitir las de acuerdo a la concepción que tiene y “descubre” sobre el contenido esencial de la Constitución (se trataría en última instancia de su voluntad y ya no la del constituyente respecto a este contenido esencial). De este modo, si está de acuerdo con la ley de reforma constitucional, interpretará que la Constitución presenta un contenido esencial reducido, el que no se vería afectado por el poder de reforma; en el caso opuesto, su interpretación favorecerá un contenido esencial extenso de la Constitución, frente al cual no podrá operar el poder de reforma constitucional, como se sigue del planteamiento expuesto por el Tribunal en la Sentencia sobre la Reforma del Régimen Pensionario del Decreto Ley 20530.

En el segundo escenario estudiado, y claramente ilustrado por las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos “Bandas Mínimas de Transporte y Pasajes Diferenciados”, el Tribunal optará por un análisis de razonabilidad de mayor o menor flexibilidad, en atención a su mayor o menor apego a la decisión política tomada por el legislador.

Dentro de las limitaciones y errores que contiene este trabajo, hemos pretendido encontrar ciertos límites, que consideramos necesarios no solo para vigilar los posibles excesos del Tribunal Constitucional, sino porque creemos que la ausencia de límites solo puede tener por efecto final poner en duda la legitimidad de su actuación y de su importancia en la tutela de la norma suprema del ordenamiento. El problema de un órgano esencialmente jurisdiccional que entra con mucha frecuencia al ámbito político es el de someterse a los cuestionamientos propios de este campo, a lo que se suma el riesgo de perder uno de sus valores más importantes: la predictibilidad. Así, como hemos visto, en casos similares se arriban a soluciones distintas porque las necesidades políticas lo requieren. En todo caso, aun cuando nuestra crítica resultara infundada, encontramos cierta satisfacción al saber que la labor de vigilancia frente a presuntos excesos es a nuestro parecer una señal positiva de los balances y contrapesos propios de una democracia. *AB*

(45) Constitución Política del Perú. 1993.

“Artículo 142.- Resoluciones no revisables por el Poder Judicial
No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”.