

La acción peruana de inconstitucionalidad

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO*

Resumen

En este artículo se explicará en qué consiste la acción de inconstitucionalidad, precisando con cierto detalle cada uno de los elementos que la integran. Asimismo, se definirá a la acción de inconstitucionalidad en su concreta configuración constitucional y legal en el Perú.

Palabras clave: Acción de inconstitucionalidad. Derecho procesal constitucional. Proceso de inconstitucionalidad.

Sumilla

- I. Introducción
- II. Naturaleza de la acción de inconstitucionalidad y modo de examen
- III. Competencia
- IV. Legitimación activa
 1. Panorámica del derecho comparado
 2. Perú
- V. Legitimación pasiva
- VI. Objeto
- VII. Parámetro
- VIII. Plazo de ejercicio
- IX. Procedimiento
- X. Sentencia
 1. Sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias: mayoría cualificada exigida para declarar la inconstitucionalidad de las leyes
 2. Posibilidad de sentencias atípicas
 3. Efectos de las sentencias estimatorias
 4. Nulidad por conexión o consecuencia
 5. Publicación
- XI. Palabras finales

* Universidad Complutense de Madrid (España).

I. Introducción

La acción de inconstitucionalidad es un instituto regulado en el Código Procesal Constitucional (CPC, en adelante) del Perú (aprobado mediante ley 28237, de 28 de mayo de 2004, publicada el 31 de mayo y que entró en vigor a finales del año 2004). Puede definirse a la acción de inconstitucionalidad, en su concreta configuración constitucional y legal en el Perú, como aquel instrumento procesal-constitucional por virtud del cual determinadas personas físicas o jurídicas («legitimación activa») pueden plantear, dentro de un plazo determinado y con arreglo a las formalidades establecidas («procedimiento»), al Tribunal Constitucional del Perú («competencia») si determinadas normas jurídicas («objeto de control») aprobadas por determinados poderes públicos dotados de poder normativo («legitimación pasiva») son, o no, compatibles con la Constitución («parámetro») para que dicho Tribunal, tras la tramitación procesal correspondiente («procedimiento»), resuelva al respecto de manera vinculante y con efectos generales, decretando en su caso la inconstitucionalidad hacia el futuro (salvo la retroactividad benigna) de la norma («eficacia temporal y personal de la sentencia»). En las siguientes páginas, vamos a referirnos a cada uno de estos aspectos de la acción de inconstitucionalidad, precisando con cierto detalle cada uno de los elementos que la integran, si bien debemos comenzar por aclarar que el propio CPC aclara que «para los efectos de este Código» a la acción de inconstitucionalidad (así llamada en la Constitución vigente de 1993) se le denomina «proceso de inconstitucionalidad», sin duda por entender este *nomen iuris* más atinado al no quedar restringido al instrumento adjetivo que da origen, precisamente, al proceso, sino comprendiendo al entero proceso (de inconstitucionalidad) como categoría ya más amplia.

II. Naturaleza de la acción de inconstitucionalidad y modo de examen

En primer lugar, nos hallamos ante una acción y no ante un recurso, pues tiene por objeto el inicio de un proceso nuevo, la provocación de la jurisdicción y no la impugnación de la resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado, como es propio de los recursos.

Por otra parte, se trata de un mecanismo procesal-constitucional para el control normativo «abstracto» de la constitucionalidad. Que el control sea abstracto significa que se realiza con independencia de la aplicación concreta en la realidad, en los casos particulares, de la norma sujeta a examen, aplicación concreta que puede existir o no. Con ello, este control, este modo de examen, se contrapone, antes que nada, al control difuso (concreto), pero también al control que es propio del recurso de amparo en España o instrumentos funcionalmente análogos en otros países (juicio

de amparo) y también se contraponen, ya en menor medida, a la en Europa llamada cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual, cuando un juez (cualquier juez, a veces; en otras ocasiones, solo algunos tribunales superiores) considera que una ley es contraria a la Constitución o tiene dudas al respecto, plantea al Tribunal Constitucional la «cuestión» acerca de la conformidad a la Constitución de dicha ley para que el Tribunal resuelva, a partir de los casos concretos reales planteados, con efecto vinculante, pero también general (y no limitado al caso concreto, no meramente *in casu*). En la acción de inconstitucionalidad, frente a lo que ocurre en estos casos (juicio de amparo, cuestión de inconstitucionalidad y, especialmente, control difuso), la dialéctica del caso concreto no tiene, o no debería en principio tener, ningún juego, especialmente cuando la legitimación activa es restrictiva y no es popular o cuasipopular.

El propio Tribunal Constitucional peruano se ha referido en alguna ocasión a este carácter abstracto del control, que no obsta a «una evaluación relacional entre las normas y la realidad en que sean susceptibles de aplicarse, pero no con el propósito de inaplicarlas a un supuesto concreto, sino, únicamente, con la intención de reconocer los sentidos interpretativos de aquellas que pudieran resultar contrarias a la Norma Fundamental». Mucho más cuestionablemente, ha llegado a decir el Tribunal, en el marco de la acción de inconstitucionalidad, que «es posible que, excepcionalmente, el juicio de constitucionalidad de una norma conlleve un legítimo y necesario pronunciamiento respecto de algún acto concreto realizado a su amparo» y ello sobre la base de su «función ordenadora y pacificadora, esto es, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias».

Por otro lado, el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad es, como se reconoce en España o Alemania, un proceso objetivo sin partes que actúen en defensa de intereses propios, sino que los intervinientes actúan para defender la supremacía constitucional como interés general. Así lo ha aceptado, siguiendo la jurisprudencia constitucional española, también el Tribunal Constitucional peruano y de ello ha deducido, al igual que aquella, que, una vez constituida la demanda y habilitada la competencia del Tribunal, queda inexorablemente constituida la relación jurídico-procesal respectiva, lo que conlleva la ineficacia de un eventual desistimiento.

III. Competencia

La competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad corresponde al Tribunal Constitucional en primera y única instancia.

En el caso de las leyes preconstitucionales, se podría plantear si hay competencia del Tribunal Constitucional para resolver sobre su constitucionalidad y, caso de existir, si es o no concurrente con el control por los tribunales ordinarios. Aunque ello hoy tiene escasa relevancia práctica, es preciso decir que el Tribunal Constitucional peruano se ha considerado competente para juzgar la constitucionalidad sustantiva de la legislación preconstitucional, sin perjuicio de que también pueda considerarse dicha legislación como tácitamente derogada en aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, en virtud del efecto derogatorio de la Constitución como norma jurídica suprema de una comunidad (Sentencia constitucional de 16 de marzo de 2004). Ello incluso se ha predicado respecto de los decretos leyes aprobados durante un gobierno *de facto*.

IV. Legitimación activa

1. Panorámica del derecho comparado

Puede decirse, en una perspectiva de derecho comparado, que hay tantos sistemas de legitimación activa en materia de acción de inconstitucionalidad como países que cuentan con este instituto procesal-constitucional. No obstante, es posible destacar algunos de esos sistemas por su carácter paradigmático. Hace algún tiempo nosotros hemos ensayado una clasificación que sigue pareciéndonos útil, porque permite destacar alguno de los sistemas más importantes en este campo; además, hace referencia a sistemas que han tenido un influjo notable en el ámbito comparado; refleja también una cierta «evolución escalonada» que se ha producido en el tiempo en este terreno; y resulta ser, en fin, una clasificación de cierto valor pedagógico. Esta es:

- a) La legitimación territorial: el caso italiano
- b) La legitimación territorial y de las minorías políticas: el modelo alemán
- c) La legitimación territorial, de las minorías parlamentarias y del defensor del pueblo: el caso español
- d) La legitimación popular: por ejemplo, algunos países de Latinoamérica, Baviera (Alemania) y Hungría

2. Perú

En el Perú, la legitimación activa aparece regulada en el artículo 203 de la Constitución, que dice que están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad: a) el presidente de la República; b) el fiscal de la Nación; c) el defensor del pueblo; d) el 25% del número legal de congresistas; e) cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, si bien bastará con

que lo haga el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial si la norma (impugnada, se sobreentiende) es una ordenanza municipal; f) 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; g) los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

A la vista de esta legitimación activa, pueden destacarse algunas notas:

a) En primer lugar, la legitimación activa no se configura, como es natural, siguiendo un determinado modelo existente en el derecho comparado, sin perjuicio de que sí haya un evidente influjo de los modelos existentes en otros países y también cierta inercia con la propia experiencia histórico-constitucional peruana.

b) *Grosso modo*, el sistema peruano de legitimación activa en materia de acción de inconstitucionalidad puede caracterizarse como uno de legitimación territorial, a favor del fiscal y cuasipopular, con especial incidencia en la protección de los derechos humanos. En este sentido, podría decirse que la finalidad esencial de la legitimación activa del presidente de la República, los presidentes de región y los alcaldes provinciales es una de protección del reparto constitucional de competencias, y ello incluso si en el caso del presidente de la República no se limita su legitimación a la impugnación de normas que afecten a las competencias del Estado central, pues la propia lógica del sistema lleva a que su control tenga ese contenido protector de las propias competencias territoriales, ya que no es esperable que el presidente de la República emplee su legitimación en esta materia para impugnar normas aprobadas por los órganos legislativos del Estado central, en los que tendrá normalmente mayoría el partido a que pertenece el presidente, ni tratados internacionales que suscribe el propio presidente. La legitimación del defensor del pueblo, la de los cinco mil ciudadanos (o el 1% de los ciudadanos destinatarios de ordenanzas municipales) y la de los colegios profesionales puede considerarse, en su conjunto, como una legitimación que, sin llegar a ser una popular (otorgada a cualquier persona), se aproxima considerablemente a una de ese tipo y admite, así, ser catalogada como «cuasipopular», si bien con el matiz complementario de la protección reforzada en materia de derechos humanos que conlleva la legitimación a favor del defensor del pueblo (que no se limita, sin embargo, en principio, solo a las materias relativas a los derechos humanos) y el matiz de la protección específica de parte importante de los intereses de la sociedad civil que significa la legitimación a favor de los colegios profesionales.

c) En cuanto a la legitimación a favor del 25% de los congresistas *de iure*, se trata, en lo esencial, de una legitimación otorgada a una minoría parlamentaria derrotada para que pueda hacer valer la Constitución cuando entienda que una ley aprobada finalmente es contraria al texto constitucional. Ello no ha de llevar a

sostener, como a veces se hace peyorativamente, que se trata de continuar la lucha político-partidista entablada en el Parlamento por otros medios. La finalidad de esta legitimación es claramente la de protección, tutela y promoción de los derechos de las minorías parlamentarias. Y es que la Constitución debe ser —tal y como la jurisprudencia constitucional española y alemana ha señalado— un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, pero, junto a ello, no ofrece dudas que algunas cuestiones han quedado cerradas por voluntad del poder constituyente y no dependen de la mayoría parlamentaria que pueda existir en cada momento histórico. La Constitución, en suma, define límites precisos que el propio poder legislativo no puede traspasar; la democracia no es solo el gobierno de la mayoría, sino también el respeto a la minoría y el respeto al marco de mínimos que todo el pueblo se ha dado en el momento constituyente y en las sucesivas reformas constitucionales. Y no puede desconocerse tampoco la eficacia preventiva de esta legitimación de las minorías pues como nos decía Kelsen, «la simple amenaza de la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de las minorías, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría».

Por otro lado, un uso indebido o desproporcionado por parte de las minorías parlamentarias de esta legitimación puede conllevar un alto coste para dicha minoría en términos políticos, por lo que no parece existir un peligro serio de un uso desmedido de esta facultad y, justamente por ello, nos parece excesivo el porcentaje exigido en el Perú del 25% de los congresistas: piénsese que en España se otorga legitimación a un séptimo de los miembros del Congreso de los Diputados, y a un quinto de los senadores, cifra que en Portugal se reduce a un décimo de los diputados, y en Francia a un décimo de los diputados y un quinto de los senadores aproximadamente; y si es cierto que en Alemania, en Austria o en México el porcentaje requerido de integrantes del Parlamento federal (Alemania) o el Consejo Nacional (Austria) para plantear una acción de inconstitucionalidad es de un tercio, en el caso del Perú nos parece que habría que favorecer en mayor medida el control de la constitucionalidad por esta vía, protegiendo así al unísono a la Constitución y a las minorías parlamentarias del abuso de la mayoría a costa de chocar con la Constitución, lo que en definitiva contribuiría a fortalecer y consolidar la democracia, que es tanto gobierno por la mayoría como respeto a la minoría (especialmente, observando el marco constitucional, que diseña las exigencias mínimas).

Por último, nos parece que es irrelevante que todos o alguno de los integrantes de la minoría parlamentaria impugnante de la ley haya votado a favor de la propia ley impugnada, o que pertenezcan a uno o varios grupos parlamentarios diversos (por su propia naturaleza, se trata de una agrupación «ocasional»), como también lo es que se produzca la pérdida sobrevenida de la condición de parlamentario, como ha reconocido el Tribunal Constitucional español, ya que si los legitimados activamente para plantear una acción de inconstitucionalidad la plantean «están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada», interés público objetivo que subsiste al margen de la circunstancia subjetiva de que uno o varios de los impugnantes pierda la condición en virtud de la cual gozaba de la legitimación (STC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 2); el desistimiento en este tipo de procesos, en fin, tampoco debe surtir efecto alguno, como ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la doctrina de su homólogo español.

V. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva corresponde propiamente a los autores de las respectivas normas impugnadas:

- a) Si se trata de leyes parlamentarias o del Reglamento del Congreso, está pasivamente legitimado el Congreso (si el Congreso no se halla en funciones, la Comisión Permanente).
- b) Si se trata de un decreto legislativo o un decreto de urgencia, la legitimación pasiva corresponde al Poder Ejecutivo.
- c) Cuando se trate de tratados internacionales, será parte demandada el Congreso (o en sus recesos la Comisión permanente) y el Poder Ejecutivo.
- d) Cuando se trata de normas regionales o municipales, será parte demandada el órgano correspondiente que la aprobó.

El CPC establece que «el órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto». Con ello se resalta que la demanda se dirige contra el órgano como tal, y no contra la concreta persona o personas físicas que lo integren en un momento dado. Además, se obliga al órgano demandado a presentar su alegato, si bien hay que entender que el alegato no ha de ser necesariamente de defensa de la constitucionalidad de la norma (piénsese en el caso de un cambio de Gobierno o de mayoría parlamentaria, supuestos en que la obligación de defender la constitucionalidad de la norma por el órgano

demandado podría llevar a la incongruencia más absurda), no siendo, por otra parte, del todo atinado «obligar» al órgano demandado a presentar ese alegato en todo caso (así, en el caso de una acción planteada por una parte del Parlamento, la minoría parlamentaria, frente a una ley aprobada por la mayoría, no resulta, a nuestro modo de ver, del todo lógico ni conveniente «obligar» al Parlamento, del que forman parte igualmente la mayoría y la minoría, a defender la posición de una de las partes, la mayoría que aprobó la ley, a través de sus servicios jurídicos).

VI. Objeto

La propia Constitución, con todo atino, regula la materia objeto de la acción de inconstitucionalidad: «las normas que tienen rango de ley». Además, detalla cuáles son tales normas dotadas de «rango de ley»: «leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales». Y también dice: «Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal».

Además, el Tribunal Constitucional se ha declarado competente para «pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los decretos leyes [como normas *sui generis* impuestas por un gobierno *de facto* violando las normas constitucionales sobre producción jurídica al reunir el poder *de facto* para sí las funciones parlamentarias y ejecutivas, y que se hallan amparadas en la eficacia de una acción de fuerza], pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución», pues «las normas contenidas en dicho dispositivo constitucional solo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad». No obstante, al convalidarse tales decretos leyes por ley constitucional, no cabe un control formal de constitucionalidad de los mismos con arreglo a la Constitución de 1979, pero sí un control sustantivo, que ha de realizarse conforme a la Constitución de 1993 y que puede ser un control de constitucionalidad conforme al principio de jerarquía normativa, pero también un control conforme al principio *lex posterior derogat priori*, teniendo el primero alcance *erga omnes* y el segundo solo *inter partes* (Sentencia de 3 de enero de 2003).

Requisito indispensable para impugnar una de tales normas es su publicación, pues si bien la publicación no afecta a la constitución de la norma como tal, sí que determina

la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma: «Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento aquello que nunca perteneció a él» (Sentencia constitucional de 24 de junio de 2004).

La regulación del CPC del objeto de la acción de inconstitucionalidad ha de entenderse atinada, por otro lado, en cuanto que comprende no solo a las normas parlamentarias, sino, en general, también a las normas con rango de ley que excepcionalmente puede aprobar el Ejecutivo en ciertas situaciones y a los tratados internacionales celebrados sin intervención parlamentaria. Y es que si hasta las propias leyes parlamentarias se sujetan a esta vía de control, ello, desde la lógica democrática, debe operar con mayor razón frente a normas que gozan del mismo rango de la ley parlamentaria (o el tratado internacional celebrado con el concurso del Parlamento), pero no han sido aprobadas con las garantías democráticas propias de la tramitación parlamentaria, sino que son realmente normas reglamentarias aprobadas por el Ejecutivo pero que gozan de la fuerza y el rango de ley (o, en su caso, tratados internacionales del mismo valor y fuerza que los celebrados con intervención del Parlamento). En el caso de los tratados internacionales, el control tanto de los aprobados por el Ejecutivo como de los que requieren el consentimiento parlamentario se justificaba en la exposición de motivos del Proyecto de CPC porque «en ambos casos se obliga internacionalmente al Perú» y ello es lo relevante.

Además, «todas las normas con rango de ley» pueden ser objeto de control por medio de la acción de inconstitucionalidad, sin exclusión de materia alguna. No obstante, tiene especial interés referirse a dos de estas normas, dada la singularidad de su control: los tratados internacionales y las reformas constitucionales, así como al control de las omisiones legislativas.

En cuanto a los «tratados internacionales», habría sido deseable y aconsejable, en atención a su naturaleza específica, la instauración de un control previo de constitucionalidad de los mismos tal como el que fue previsto por la Constitución irlandesa de 1937 (artículo 26) y la francesa de 1958 (artículo 54) y como el que ya se propusiera por la doctrina (incluida la española) con anterioridad, así como por uno de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora encargada de elaborar el anteproyecto de la que sería la Constitución de la Segunda República española (1931). Y es que si, en general, el control preventivo de la constitucionalidad no parece ofrecer demasiadas ventajas respecto de las leyes, sino más bien muy serios y graves inconvenientes, el juicio ha de ser enteramente distinto respecto de los tratados internacionales, y ello en razón de que, como se sabe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece en su

artículo 26 que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» y no solo eso sino que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los Tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá «invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado».

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena citada —y entre ellos se cuentan tanto España como el Perú—, cualquier Tratado que celebren es vinculante «en términos de Derecho Internacional», incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional, pues no es admisible la invocación de «disposiciones de Derecho interno» y entre ellas se encuentra la propia Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Es decir, una vez ratificado el Tratado Internacional, no hay forma de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado, ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento, incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal Tratado, con la sola excepción de que lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas, es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia para celebrar Tratados, pero incluso en tal caso la violación de tales normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en Derecho interno, estableciendo el artículo 46.2 CV que una obligación es manifiesta «si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe». Fuera de este caso, y siempre que no se concierte con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el Tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado.

Por otra parte, hay que referirse a las «reformas constitucionales». En muchos países, se manifiesta una resistencia a aceptar el control de la constitucionalidad de las reformas a la Constitución, por considerar que las reformas forman parte de la Constitución. Por el contrario, entendemos que ese rechazo estaría consagrando la existencia de una laguna en la supremacía constitucional, un verdadero «Caballo de Troya» dentro de la Constitución, un genuino «fraude de Constitución» (*Liet-Veaux*), ya que la primera disposición que ha de ser observada de una Carta Magna, si nos tomamos su valor «normativo» mínimamente en serio, es la relativa al procedimiento de reforma y los límites sustantivos incluso que, en algunos casos, la Constitución fija (ya sea expresamente, mediante cláusulas de intangibilidad; o mediante límites tácitos o immanentes).

VII. El parámetro de control

El Tribunal Constitucional, en principio, «solo» tiene que llevar a cabo un juicio de contraste entre la norma cuya constitucionalidad se examina y el propio texto constitucional, si bien no es preciso decir que ese examen dista de ser simple, como tampoco lo es su interpretación, que ha de ser necesariamente una «específicamente» constitucional, esto es, conforme a los criterios específicos que han de presidir siempre la interpretación de una Constitución (y que Hesse ha estudiado con brillantez), que no es como la de cualquier otra norma del ordenamiento, dada su jerarquía suprema, su función inspiradora del entero ordenamiento, su sustancia política, los efectos de las decisiones, etc.; por otro lado, aquí lo importante «es que el resultado del proceso interpretativo constitucional sea coherente, guarde concordancia con el texto constitucional y sobre todo ayude a conservar la Constitución como texto normativo y como proyecto político» (García Belaunde). Y sobra decir que se hace precisa siempre una sensibilidad política acentuada, pues no cabe ignorar que si es cierto que el Tribunal Constitucional crea Derecho, no lo es menos que también «hace política» (bien entendido esto último, en el sentido de que opera sobre un terreno con grandes repercusiones políticas, aunque con un método y un criterio de resolución jurídicos). Especialmente destacable es aquí la posición preferencial de los derechos fundamentales en la función de control constitucional y ello tanto en el sentido de que deberían ser el criterio de control cuantitativamente más importante como en el sentido de que, cuando un derecho fundamental esté en juego, la intensidad y la densidad de control normativo por el Tribunal deberían incrementarse (en la línea defendida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica desde la famosa Nota al pie número 4 de la Opinión del juez Stone en *U.S. v. Carolene Products*, 1938), aparte de la obligación de «interpretarlos» «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos» (que no es un Tratado internacional, en contra de lo que suele sostenerse) y, además, «los tratados [internacionales] sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte» (artículo V CPC).

Especial interés tiene destacar que si bien en principio la norma paramétrica es la propia Constitución, ello no impide que otras normas de rango meramente legal hayan de ser empleadas, supeditadas siempre ellas mismas a la supremacía constitucional, como normas paramétricas. Estas normas legales coinciden, al menos en parte, con lo que se ha dado en llamar en España el «bloque de la constitucionalidad». A ello parece hacer referencia el artículo 79 CPC: «Para apreciar la validez constitucional de las normas, el 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». No obstante, esta regulación solo se refiere, junto a la referencia a las leyes relativas a los derechos fundamentales que luego se analizarán, a ese bloque de la constitucionalidad de contenido competencial y no al supuesto más general de las llamadas normas interpuestas, que serían aquellas normas jurídicas no integradas en el texto constitucional pero reclamadas por disposiciones formalmente constitucionales como específicas condiciones de validez de determinadas leyes o normas legales. Sea como sea, nada impide su reconocimiento, máxime cuando el propio Tribunal Constitucional ha aceptado la existencia de tales normas interpuestas en términos bastante generales, por ejemplo, en su temprana sentencia de 27 de agosto de 2003.

Por otro lado, la referencia del artículo 79 CPC, no prevista en el proyecto ni en la ley anteriormente vigente y desde luego de poco afortunada redacción, a las leyes que «se hayan dictado para determinar [...] el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona», parece querer referirse a la frecuente inescindibilidad de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y las leyes que los desarrollan.

Por otra parte, es importante destacar que el artículo 79 CPC consagra lo que él mismo designa como un principio interpretativo, por lo que ha de quedar claro que esas normas legales han de ser «tomadas en consideración», al resolver sobre la constitucionalidad, junto con la Constitución, pero en una relación siempre de subordinación a aquella en tanto Norma Suprema, sin que adquieran rango constitucional ni queden «congeladas», pues con toda frecuencia serán posibles y constitucionalmente plausibles diversas regulaciones por el legislador.

Es asimismo indiscutible que el control de la constitucionalidad se puede referir tanto a la forma como al fondo, puede ser un control formal o material, ya que el propio artículo 200, número 4 de la Constitución prescribe expresamente que la acción de inconstitucionalidad procede en contra de cualesquiera normas de rango legal «que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo». El propio artículo 75 CPC reconoce también de modo expreso que la infracción a la Constitución atacada por la acción de inconstitucionalidad «puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo». Y por otro lado, el artículo 82, párrafo 3, establece expresamente que: «La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código».

VIII. Plazo de ejercicio

El plazo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad es de seis años, salvo cuando se impugnen tratados internacionales, respecto de los cuales el plazo es de seis meses. El *dies a quo* para el cómputo es el día de la publicación de la norma impugnada. Vencidos los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución (artículo 100 CPC). Es criticable que no sea la propia Constitución la que fije el plazo de ejercicio de la acción o un plazo mínimo, lo cual no impide, a nuestro modo de ver, que la previsión legal de un plazo demasiado breve, insuficiente para adoptar una decisión de tanto alcance como la de plantear la acción de inconstitucionalidad, pueda ser declarado inconstitucional; a nuestro modo de ver, una eventual reducción legal del plazo para interponer la acción, en tanto pretenda tener efecto retroactivo aplicándose a las leyes ya publicadas, también ha de someterse a un control estricto de su constitucionalidad a fin de evitar cualquier fraude constitucional, especialmente si fuera una reducción drástica o de objetivos espurios.

El plazo de seis años es uno de considerable extensión, sobre todo teniendo en cuenta que en el Perú el control concentrado coexiste con el control difuso de modo «dual o paralelo» (García Belaunde), por lo que, transcurridos los seis años, es posible siempre un control difuso de la constitucionalidad. De este modo, el control ejercido a través de la acción de inconstitucionalidad es un control estático, mientras que el control difuso es dinámico, o mucho más dinámico, adaptable a los cambios sociales, políticos y económicos que puedan afectar a una norma y a la jurisprudencia ordinaria (no constitucional) que recaiga sobre la misma.

El plazo más breve (seis meses) respecto de los tratados internacionales tiene su razón de ser en la especial naturaleza de estas normas jurídicas que comprometen al Estado en el plano internacional sin posibilidad de alegar la inconstitucionalidad del Tratado para dejar de cumplir las obligaciones internacionales, pero ello debería llevar antes que nada, como luego se dirá, a un control previo de la constitucionalidad de estas normas, al menos como posibilidad adicional, sin perjuicio de mantener el control *a posteriori* sujeto a un plazo fugaz, como el que ahora existe.

IX. Procedimiento

En cuanto a la regulación del procedimiento, es posible distinguir varias fases o aspectos básicos, que serían los siguientes:

1. Demanda: contenido, forma e interposición La demanda en la que se plantee la inconstitucionalidad ha de ser interpuesta por alguno de los legitimados activamente para ello contra una de las normas impugnables a través de la acción de inconstitucionalidad en el plazo legalmente establecido. Se interpone ante el Tribunal Constitucional y ha de contener, al menos, los siguientes datos y anexos (artículo 101):

- 1) La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.
- 2) La indicación de la norma que se impugna en forma precisa.
- 3) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- 4) La relación numerada de los documentos que se acompañan.
- 5) La designación del apoderado si lo hubiere.
- 6) Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación.

Además, deberán acompañarse a la demanda, en su caso, los siguientes anexos (artículo 102):

- 1) Certificación del acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el presidente de la República;
- 2) Certificación de las firmas correspondientes por el Oficial Mayor del Congreso si los actores son el 25% del número legal de congresistas;
- 3) Certificación por el Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, y según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203 inciso 5) de la Constitución;
- 4) Certificación del acuerdo adoptado en la Junta Directiva del respectivo Colegio Profesional; o
- 5) Certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional o en el Concejo Provincial, cuando el actor sea presidente de región o alcalde provincial, respectivamente.

La principal novedad respecto de la regulación anterior estriba en que se exige acompañar la demanda de una copia simple de la norma objeto de la impugnación con precisión de la fecha de publicación de la misma.

2. Representación procesal. En cuanto a la representación procesal, la regula el artículo 99 CPC, y se establece que: a) El presidente de la República requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Concedida la aprobación, designa a uno de sus ministros para que presente la demanda de inconstitucionalidad y lo

represente en el proceso. El ministro designado puede delegar su representación en un procurador público; b) El fiscal de la Nación y el defensor del pueblo interponen directamente la demanda; pueden actuar en el proceso mediante apoderado; c) Los congresistas actúan en el proceso mediante apoderado nombrado al efecto; d) Los ciudadanos referidos en el inciso 5) del artículo 203 de la Constitución deben actuar con patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos; e) Los presidentes de región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, actúan en el proceso por sí o mediante apoderado y con patrocinio de letrado; f) En cuanto a los Colegios Profesionales, para interponer la demanda, necesitarán un acuerdo previo de su Junta Directiva y deberán actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su decano.

A fin de agilizar los procesos constitucionales, el CPC ha suprimido toda participación del fiscal en los mismos, lo que no sin razón ha criticado Sagüés, pues el fiscal puede operar como *amicus curiae* que asesore al Tribunal Constitucional, aportando ingredientes y elementos de valor, dada su elevada posición institucional y sus funciones propias. Desde luego que las razones que se han alegado de que su intervención solo retrasaría los procesos y no aportaría nada no nos son desconocidas, pero sería perfectamente factible habilitar una Fiscalía especializada ante el Tribunal Constitucional, con imparcialidad garantizada e integrada por fiscales procedentes de otros órganos jurisdiccionales, de gran experiencia en materia de legalidad y a los que se podría formar a fondo en materia constitucional, con lo cual se evitarían los retrasos o demoras excesivos y al mismo tiempo se contaría con un cuerpo de funcionarios muy formados que podrían desempeñar un papel de relevancia, dada su posición institucional imparcial. Ello habría sido posible y deseable, a nuestro modo de ver, pues a la postre redundaría a favor de la función de control de la supremacía constitucional.

3. Admisión. Una vez interpuesta la demanda, el Tribunal resuelve sobre su admisión dentro de un plazo máximo de diez días. El CPC distingue, a diferencia de la regulación legal vigente hasta ahora, entre causas o causales de inadmisibilidad y las de improcedencia de la demanda.

En concreto, el Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos: 1) que en la demanda se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 101; o 2) que no se acompañen los anexos a que se refiere el artículo 102.

El Tribunal concederá un plazo no mayor de cinco días si el requisito omitido es susceptible de ser subsanado. Si vencido el plazo no se subsana el defecto de inadmisibilidad, el Tribunal, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.

Por otro lado, el Tribunal declarará, en principio liminarmente, improcedente la demanda, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, cuando concurra alguno de los siguientes supuestos (artículo 104 CPC):

- 1) Cuando la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto en el artículo 100;
- 2) Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo; o
- 3) Cuando el Tribunal carezca de competencia para conocer la norma impugnada.

4. Continuación del procedimiento hasta la sentencia. Una vez admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio «con prescindencia de la actividad o interés de las partes».

De la demanda se da traslado a la parte demandada, a la que el auto admisorio concederá el plazo de treinta días para contestar a la demanda (en el proyecto se preveía un plazo de quince días, mientras que la regulación vigente hasta ahora ya preveía un plazo de treinta días). El artículo 99 CPC establece que el órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto. Una vez contestada la demanda, o vencido el plazo sin que tenga lugar esa contestación, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar que sus abogados informen oralmente (artículo 107 CPC), aunque no necesariamente ha de accederse a ello.

En materia de acción de inconstitucionalidad, como señala Fernández Rodríguez, «no tiene sentido la existencia de una fase de prueba, ya que no hay un elemento fáctico en el que practicar dicha prueba». Y, en efecto, en la regulación del proceso de la acción de inconstitucionalidad no se prevé ninguna fase probatoria.

Por otro lado, el artículo 118 CPC establece que «el Tribunal Constitucional puede, en cualquier momento, disponer la acumulación de procesos cuando estos sean conexos», aunque parece que esta disposición está destinada a no aplicarse a los casos de control normativo abstracto de la constitucionalidad. Y por otro lado, el artículo 80 CPC dice que «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, hasta que este expida resolución definitiva».

Una vez admitida la demanda, el proceso solo puede terminar por sentencia (artículo 106 CPC), que el Tribunal dicta dentro de los treinta días posteriores de producida la vista de la causa.

* * *

Para terminar, y a modo de reflexión global sobre el procedimiento en materia de control normativo abstracto de la constitucionalidad, diríamos que la propia terminología empleada en el CPC y la regulación procedimental, se ajustan mucho, quizás demasiado, a los procesos ordinarios, cuando lo cierto es que, como se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia europeas, en el proceso de control abstracto de normas no hay propiamente partes (demandante y demandada) con contraposición de intereses propios, sino más bien un proceso objetivo de depuración del ordenamiento de normas contrarias a la Constitución; y el proceso constitucional, y singularmente uno de este tipo, debe configurarse con ciertas peculiaridades que permitan, entre otras cosas, que, al menos en ciertos casos, la «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución» se manifieste ante el Tribunal Constitucional y sea escuchada por este en tanto «órgano de clausura» (García Belaunde) que ha de llevar a cabo la interpretación, si no última, sí vinculante «frente a todos» en materia de constitucionalidad.

No obstante, los artículos III y IX del CPC dejan un margen importante para dotar al proceso de constitucionalidad de ciertas singularidades, pues el primero de los preceptos citados establece que el Tribunal Constitucional «debe [...] adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales», fin que, en el caso de la acción de inconstitucionalidad, es «la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa», ya sea la infracción «directa o indirecta, de carácter total o parcial y tanto por la forma como por el fondo»; y el segundo de los preceptos citados, prevé la aplicación supletoria, en caso de «vacío o defecto» del CPC, de «los Códigos Procesales afines a la materia discutida, *siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo*. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del Derecho procesal y a la doctrina» (énfasis nuestro). Sea como sea, lo que es claro es que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho procesal civil o penal, en el derecho procesal constitucional no hay un procedimiento o proceso «común» (propios) ni nada que se le parezca, y eso, que es así, así también debe ser, pues se trata de una razonable característica singular de este sector del ordenamiento procesal, también en Perú.

X. Sentencia

Como se ha dicho, una vez admitida la demanda, el proceso solo puede acabar por medio de sentencia, que se dicta dentro de los treinta días siguientes a la vista de la causa.

La sentencia, nos dice García Belaunde, debería ser «autosuficiente [...], en el sentido de que debe [...] explicar qué es lo que pasa, qué es lo que se pide, qué es lo que se ha decidido, cuáles son los fundamentos»; «en principio, deben ser concretas, no hace falta utilizar muchas hojas de papel para decir lo mismo, ni formular votos singulares que a veces son redundantes o innecesarios».

1. Sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias: mayoría calificada exigida para declarar la inconstitucionalidad de las leyes

La sentencia, en principio, solo puede ser estimatoria o desestimatoria, según estime o desestime la inconstitucionalidad de la norma, si bien será de lo más frecuente que una misma sentencia estime en parte la inconstitucionalidad de la norma impugnada y en parte no la estime.

En el caso de la sentencia estimatoria, pese al silencio de la Constitución de 1993, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 26435 exigió el voto conforme de seis de los siete magistrados integrantes del Tribunal Constitucional para dictar una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, dando lugar a una encendida polémica doctrinal y forense por considerar con toda razón algunos que se trataba cuando menos de «una limitación preocupante» (Blume) e incluso dio ocasión a sendas sentencias, bien polémicas, del Tribunal Constitucional, en las que no parece oportuno entrar ya en este momento. En la actualidad, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2004 (publicada el 23 de julio) establece que el Tribunal Constitucional estará integrado por siete miembros y el artículo 5 establece que el quórum (esto es, el número mínimo de magistrados que han de estar presentes para adoptar una resolución) es de cinco de sus miembros y, además, se establece, con carácter excepcional para los casos en que se resuelva la inadmisibilidad de la demanda o la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, que el Tribunal ha de adoptar su resolución, no por mayoría simple de votos emitidos (como es la regla general), sino por mayoría de cinco votos conformes (sobre 5, 6 o 7, según el número de magistrados constitucionales presentes). Y precisa: «De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos a favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad». Ello conlleva una exigencia de una mayoría reforzada o calificada de cinco votos sobre un total de siete (en caso de estar presentes todos los magistrados), seis o, a lo sumo, cinco;

esto es, se exige la unanimidad si solo están reunidos cinco de los siete magistrados (quórum legal mínimo) o una mayoría calificada del 83,33% o el 71,42% (según estén presentes seis o siete magistrados).

La exigencia de unas mayorías reforzadas, y sobre todo tan reforzadas como estas (que van desde casi los dos tercios hasta la unanimidad), resulta completamente desatinada, desde nuestro punto de vista, pues desacertada es también la traslación del juego de las mayorías y las minorías a un órgano jurisdiccional, juego que tiene su razón de ser en un órgano parlamentario pero no desde luego en uno jurisdiccional como el Tribunal Constitucional, que no resuelve ni ha de resolver por la sola fuerza de la mayoría, sino por la fuerza de la razón, por lo que la exigencia de una mayoría calificada carece por completo de sentido.

2. Posibilidad de sentencias atípicas

Si bien *a priori* la sentencia dictada en este tipo de procesos solo puede ser estimatoria o desestimatoria, es preciso señalar que determinadas necesidades pragmáticas han llevado a los tribunales constitucionales más consolidados a utilizar todo un arsenal sentenciador de «resoluciones atípicas» que no pueden considerarse puramente estimatorias o puramente desestimatorias (sentencias interpretativas, admonitorias, apelatorias, manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, de inconstitucionalidad parcial, de mera inconstitucionalidad, sentencias prospectivas, etc.); en algunos casos, aun siendo atípicas, estas modalidades sentenciadoras han sido incluso consagradas, «tipificadas» en las correspondientes leyes procesales.

En el Perú, las sentencias interpretativas, desde luego, han sido ya utilizadas por el Tribunal Constitucional y este se ha referido también, con un detalle y carácter explícito poco habituales en el derecho comparado, a la posibilidad de usar las sentencias aditivas, las sustitutivas y las exhortativas y hasta ha precisado, de manera por lo demás escasamente congruente y rigurosa, que dictaba una sentencia «interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa» y, por último, «estipulativa», entendiendo por tal aquella que «expone los conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos» (Sentencia constitucional de 3 de enero de 2003).

3. Efectos de las sentencias estimatorias

Especialmente importante es el punto relativo a los efectos de las sentencias estimatorias dictadas en este tipo de procesos. Es poco acertado, a nuestro modo de ver, que la Constitución establezca que «una ley orgánica regula... los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», pues tal extremo debería establecerse en la propia Constitución, al menos en sus rasgos básicos. Ello, sin embargo, no significa

ni puede significar que el legislador sea absolutamente libre para establecer los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, ya que ha de entenderse como constitucionalmente vedado, al menos, establecer una eficacia diferida por un plazo irrazonable; la regla general ha de ser, al menos, la eficacia inmediata tras la publicación de la sentencia, si es que no se establece una eficacia retroactiva; la publicación de la sentencia no puede, en todo, caso diferirse irrazonablemente y el Tribunal ha de tener facultades propias para ordenar su publicación; la eficacia ha de ser general y sin excepciones en cuanto a los órganos públicos vinculados, etc. Es decir, aun cuando la Constitución se remita a la ley, existen límites o barreras que el legislador no puede traspasar al regular la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad, pues así se deriva del propio instituto de la acción de inconstitucionalidad y su propia funcionalidad, y de su propia regulación constitucional (artículo 103 de la Constitución: «La ley se deroga solo por otra ley. “También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”»).

La regulación en el CPC es, desde esta perspectiva, razonable y no cabe tildarla de inconstitucional en absoluto, si bien con ciertos matices que luego se harán y, desde luego, son constitucionalmente posibles otras soluciones. En efecto, el artículo 81 CPC establece que las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad «dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial *El Peruano* y producen efectos desde el día siguiente de su publicación [] Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia».

Y el artículo 82 CPC, por su parte, preceptúa:

Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad [...] tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación [] Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.

Aquí es obligado diferenciar entre: a) la cosa juzgada formal, que tienen desde luego estas sentencias al no haber recurso alguno frente a ellas (salvo la aclaración, o el recurso a tribunales u organismos internacionales reconocidos por el Perú, nada de lo cual afecta formalmente al principio de que el Tribunal Constitucional *superior non recognoscens*: artículo 121 CPC); y b) la cosa juzgada material, que no puede ni debería extenderse a las sentencias desestimatorias o a las sentencias que no llegan a entrar al fondo por apreciar la improcedencia de la acción no

liminarmente (hipótesis que nos parece posible a partir del artículo 104, pese al título aparentemente delimitador de su epígrafe no plasmado en su contenido, por relación al 106, párrafo segundo; en contraste, véase el artículo 6, no aplicable aquí, sin embargo). Por su parte, los decretos y autos, salvo el que aprecie la prescripción de la pretensión (artículo 82, segundo párrafo CPC) o el que resuelve un recurso de reposición (artículo 121 CPC), no producen ese efecto de cosa juzgada formal ni material (artículo 82, párrafo segundo, interpretado *a contrario sensu*, y artículo 121, párrafo tercero CPC).

En lo que respecta a los efectos personales, en realidad, aunque el CPC parezca pretender que la cosa juzgada conlleve una eficacia general («tienen alcances generales») desde la fecha de su publicación («por lo que ...»), ello es un efecto añadido a la cosa juzgada (y diverso de esta), pues la cosa juzgada en sí misma solo vincula a las partes en el proceso y significa que: a) contra la sentencia «no cabe impugnación alguna» (artículo 121 CPC), aunque sí sea posible la aclaración, de oficio o a instancia de parte, aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido en los dos días siguientes a su publicación (cosa juzgada formal); b) no es posible plantear una nueva acción con identidad de partes, objeto y causa de pedir (cosa juzgada material). Por ello, la sentencia «estimatoria» en materia de acción de inconstitucionalidad tiene un efecto de cosa juzgada y, «además», un efecto (complementario) general, estableciendo el CPC el *dies a quo* de dicho efecto en el día siguiente a la publicación de la sentencia.

No es propiamente una excepción a esa eficacia de cosa juzgada la prevista en el CPC en el sentido de que «la declaratoria de inconstitucionalidad [...] de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código», pues la cosa juzgada veda todo proceso ulterior sobre la misma norma basada en iguales motivos de inconstitucionalidad, pero no por motivos de inconstitucionalidad diversos. *A contrario sensu*, se deduce que la declaración de inconstitucionalidad de una norma impugnada por motivos de fondo sí impide su impugnación ulterior por razones de forma. Parece que lo más apropiado sería, en todo caso, que se estableciera que la mera impugnación por motivos formales de una ley (y no su declaración de inconstitucionalidad tras una impugnación por motivos formales) no obsta a su impugnación posterior por razones de fondo.

Parece, por otro lado, que esa eficacia «frente a todos los poderes públicos», sin excepción alguna, ha de incluir al propio Tribunal Constitucional, aunque solo relativamente. Es aquí aplicable lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del CPC:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de Derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Esta disposición, en lo relativo a que el Tribunal especifique que la sentencia constituye «precedente vinculante» y concrete además «el extremo de su efecto normativo» y a que la separación por el Tribunal de un precedente sea expreso y fundamentado, resulta ser un tanto ingenua, y parte de una concepción positivista de la función del Tribunal Constitucional, y del papel de la jurisprudencia constitucional (hasta el punto de que se habla de su «efecto normativo»), que no podemos compartir y que, sobre todo, no se va a corresponder a la realidad. Si el Tribunal Constitucional declara una ley contraria a la Constitución tendrá que ser sobre la base de argumentos explícitos y suficientes y el efecto de la inconstitucionalidad no podrá separarse razonablemente de las razones de la decisión, máxime si se tiene presente que un Tribunal Constitucional no «decide» por la fuerza de la mayoría (como puede hacerlo un Parlamento), sino por la autoridad de lo justo y apoyado siempre en la lógica jurídica y la razón, por lo que sus «decisiones» y la vinculatividad de las mismas no pueden separarse de los argumentos vertidos para llegar a las mismas. La cuestión estriba en la separación y diferenciación, nada fácil, entre la *ratio decidendi* (razonamientos determinantes de la decisión) y los *obiter dicta* (argumentos «dichos por el camino», por el *iter decisionis*), pero, a nuestro modesto entender, difícilmente puede exigirse a un Tribunal, como pretende la regulación comentada, que determine con exactitud qué argumentos, en un caso concreto, son de un tipo o de otro y, en todo caso, esa calificación difícilmente evitará que la verdadera *ratio decidendi* de una sentencia despliegue los efectos de precedente vinculante incluso si el propio Tribunal no le atribuye tal condición expresamente, aunque, claro, para ello las sentencias han de ser conocidas previamente por los distintos operadores jurídicos y especialmente los jueces. Se trata de una facultad, a nuestro modo de ver, disfuncional, apegada a un positivismo superado y que solo puede llevar a una confusión mayor de lo necesario.

La obligación de que cuando el Tribunal se aparte de un procedimiento lo haga de modo expreso y exteriorizando además las razones para ello, nos parece una regulación encomiable y atinada, si bien hay que señalar que, por lo general, los tribunales constitucionales son muy reacios a modificar su doctrina, por más cambios que se produzcan en su integración, y que, cuando lo hacen, raras veces lo hacen de modo expreso y explicitado, como en principio debería ser, existiendo también razones plausibles para ese *modus operandi* (la necesaria estabilidad de su jurisprudencia, que es un valor por sí misma, y la apariencia de estabilidad).

Pero precisamente cuando ese cambio o giro del rumbo jurisprudencial no sea expreso, los votos particulares podrían jugar un relevante papel, al poner de relieve que se está dando ese giro, por así decirlo, «encubierto» en la doctrina jurisprudencial (otra función importante de estos votos particulares o reservados que habla a su favor).

Por otro lado, y en lo relativo ya a la eficacia en el tiempo de las sentencias dictadas en los procesos promovidos a través de la acción de inconstitucionalidad, el propio CPC establece expresamente que dichas sentencias no tendrán efecto retroactivo, sino que surtirán efecto a partir del día siguiente a la fecha de la publicación oficial de la sentencia. En particular, se prescribe que «las sentencias declaratorias de [...] inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución» (artículo 83), esto es, en materia penal (si favorece al reo) y tributaria. La retroactividad de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley penal con un efecto favorable al reo es una exigencia a escala internacional y se impone «incluso» a los procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada (retroactividad fuerte o máxima), si bien el carácter favorable puede resultar controvertido en cada caso. Es discutible si tal principio no debería extenderse también a los procesos sancionadores (lo que requeriría una interpretación amplia de la «materia penal»).

Se excluye todo efecto suspensivo de la vigencia de la ley impugnada como medida cautelar (artículo 105 CPC), algo por lo demás enteramente congruente con la irretroactividad general de la declaración de inconstitucionalidad.

4. Nulidad por conexión o consecuencia

En otro orden de consideraciones, debe señalarse que la sentencia que estime la inconstitucionalidad de la norma impugnada de que se trate, «declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia», según reza el artículo 78 CPC, inspirado en el artículo 39.1 de la Ley española, facultad del que nuestro Tribunal Constitucional ha venido haciendo un uso extremadamente prudente. Así, por ejemplo, en la STC 367/1991, de 14 de febrero, se lee: «[...] tampoco esta delimitación [del objeto de la cuestión a cuatro artículos de la Ley impugnada, Ley de Tribunales Tutelares de Menores] puede ser entendida como una implícita afirmación de la constitucionalidad de los restantes artículos de la Ley, pues es una razón estrictamente procesal la que limita nuestro juicio a los cuatro artículos ya indicados. La prudencia aconseja no extenderlo por vía de conexión o consecuencia a otros preceptos de la misma Ley, como autoriza el artículo 39.1 LOTC, pues *ni la conexión de esos otros preceptos con lo que ahora enjuicamos es*

tan estrecha que estemos forzados a hacerlo, ni se aumentaría con ello la adecuación a la Constitución de nuestro sistema de jurisdicción de menores, que, por el contrario, podría verse imposibilitada para cualquier género de actuación» (Fundamento Jurídico Cuarto, énfasis nuestro).

5. Publicación

La sentencia debe remitirse, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha de su expedición, al Diario Oficial *El Peruano* para su publicación gratuita junto con aquellas «piezas del expediente que sean necesarias para comprender el derecho invocado y las razones que tuvo el Juez para conceder o denegar la pretensión», si bien esto último no debería ser preciso si la sentencia estuviera correctamente formulada. La sentencia habrá de publicarse en el Diario Oficial «dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la transcripción remitida por el órgano correspondiente. En su defecto, el presidente del Tribunal ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar». Además, si las normas impugnadas hubieran sido regionales o municipales, el Tribunal ordenará también la «publicación en el Diario donde se publican los avisos judiciales de la respectiva circunscripción» o, de no existir tal Diario, la sentencia habrá de darse a conocer también «mediante carteles fijados en lugares públicos» (Disposición Final Quinta). Además, con independencia de lo anterior, la sentencia habrá de publicarse, en todo caso, en la «Gaceta Constitucional» como «órgano oficial del Tribunal Constitucional» de publicación periódica, y ello sin perjuicio de otras compilaciones oficiales y de su publicación electrónica (Disposición Final Séptima).

XI. Palabras finales

De lege ferenda, y para acabar, nos parece que sería más aconsejable establecer como regla general la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad; admitir, con carácter igualmente excepcional, el efecto suspensivo de la vigencia de la ley tras la admisión de la demanda en casos de eventuales daños graves e irreparables, previa ponderación por el Tribunal de los valores constitucionales enfrentados; permitir excepcionalmente una eficacia irretroactiva, o incluso diferida hasta un plazo máximo de 12 o 18 meses, de la declaración de inconstitucionalidad cuando la ponderación de los valores constitucionales en juego por el Tribunal Constitucional excepcionalmente así lo aconseje. Es inexcusable suprimir la exigencia de mayoría reforzada o calificada para declarar la inconstitucionalidad de una ley, que a nuestro juicio resulta inconstitucional.