

Propuestas para la reforma del Tribunal Constitucional

ERNESTO BLUME FORTINI*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIONALIDAD
- III. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LOS MODELOS CLÁSICOS
- IV. SU DESARROLLO EN EL PERÚ
- V. NUESTRAS PROPUESTAS PARA OPTIMIZAR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia —que alcanzamos al VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana) con el valioso auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura— formula las propuestas que estimamos necesario introducir en la próxima reforma constitucional para asegurar que el Tribunal Constitucional —como órgano de control concentrado de la constituciona-

* *Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Miembro de la Comisión de Reforma Constitucional del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y ex Miembro de la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional del Perú, nombrada por el Gobierno de Transición encabezado por el ex Presidente Constitucional de la República don Valentín Paniagua Corazao.*

lidad y supremo intérprete de la Constitución— cumpla adecuada y eficazmente sus tareas.

Para abordar y desarrollar dichas propuestas seguiremos el siguiente esquema: en primer término, nos referiremos a la constitucionalidad, concepto que, al constituir el núcleo de los planteamientos aquí presentados, se vuelve de imprescindible dilucidación previa; en segundo término, haremos una breve referencia (tan solo de carácter ilustrativo) a los sistemas clásicos de control de la constitucionalidad; en tercer término, efectuaremos algunas reflexiones atinentes al desarrollo del control de constitucionalidad en el Perú; y, finalmente, entraremos de lleno en la formulación y fundamentación de las propuestas aquí formuladas.

Nuestras propuestas están referidas al objeto, rol, composición y funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como a sus competencias y a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad. Su formulación seguirá el siguiente plan: en primer lugar, se presentará la respectiva norma constitucional vigente, transcrita literalmente; en segundo lugar, se ofrecerá el proyecto del texto modificatorio propuesto; y, finalmente, se hará un resumen de la fundamentación correspondiente.

No pretendemos agotar, en esta ponencia, nuestras reflexiones sobre la reforma del Tribunal Constitucional sino, simplemente, contribuir al debate sobre los cambios que sería conveniente introducir en la normativa constitucional respecto a tan importante órgano constitucional, que, para nosotros, reviste de importancia indiscutible, de presencia necesaria y de funcionamiento ineludible en una país cuya historia republicana es un fresco de infracciones a la Constitución.

En efecto, en tan penosa historia, la infracción a la Carta Fundamental ha sido casi permanente y se ha presentado en diversas formas y modalidades (como lo hemos enfatizado en algunos trabajos anteriores): ora porque dictadores de turno, a despecho de la voluntad popular, del sistema democrático y del derecho del pueblo de elegir a sus gobernantes y de decidir su propio destino, se hicieron de facto del poder; ora porque el propio Poder Legislativo abdicó de sus funciones y vació de contenido la Norma Suprema con leyes inconstitucionales, en acto que bien podría calificarse de felonía constitucional, pues, contra el mandato del legislador constituyente, lejos de robustecer, fortalecer, implementar y complementar normativamente el modelo diseñado en la Constitución, lo desnaturalizó y debilitó mediante una normativa infraconstitucional totalmente inconstitucional; ora porque el gobernante legítimamente elegido no respetó el juramento de obedecer, cumplir y hacer cumplir la

Constitución, y la dejó de lado, desacatándola y actuando al margen de sus prescripciones.

Por ello y a la luz de lo acontecido en el Perú desde su fundación como Estado-nación, cabe hacer hincapié en el hecho de que su historia republicana está preñada de inconstitucionalidades, de que es una historia de violaciones e infracciones a la Constitución: —dírase— una historia de permanente crisis constitucional, a la cual el legislador constituyente de la Carta de 1979 respondió con decisión y valentía cuando elevó a rango constitucional el control disperso de la constitucionalidad a cargo de los magistrados del Poder Judicial e inauguró el control concentrado de la constitucionalidad mediante la creación del entonces denominado Tribunal de Garantía Constitucionales (cuya función la desempeña hoy el Tribunal Constitucional).

En lo que toca a este último, diversas circunstancias que, en pureza, nada tienen que ver con la esencia del modelo y sus bondades han impedido que opere debidamente, por lo que la resultante es, en líneas generales, desalentadora; no obstante que la caída del régimen del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, que permitió la reincorporación al Tribunal Constitucional de los Magistrados injustamente destituidos (Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur) y la renovación parcial de sus miembros con la reciente integración de nuevos miembros (Javier Alva Orlandini, Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, Víctor García Toma y Magdiel González Ojeda), permite vislumbrar nuevos vientos que reviven la esperanza de que por fin operará cabal y debidamente, y mostrará su valía en el esquema del Estado Constitucional moderno, ordenamiento que todos anhelamos para el Perú.

Razones diversas se pueden atribuir a esa resultante, desde la vocación gaditana del legislador ordinario peruano (que se niega a admitir algún tipo de control sobre su producción normativa), pasando por leyes de desarrollo constitucional que limitan, maniatan y dificultan el accionar del juez constitucional, hasta una falta de conciencia de la mayoría de los diversos sectores de la sociedad peruana sobre la importancia y trascendencia del modelo.

II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIONALIDAD

Referirse a una crisis de la constitucionalidad, a los mecanismos para rescatarla y resguardarla, así como a la necesidad de reformar o no

la Constitución en lo que respecta al Tribunal Constitucional, implica hacer un intento por definir la constitucionalidad, concepto de carácter multidimensional que constituye el núcleo de la problemática que nos ocupa. «¿Qué es la constitucionalidad?» es una pregunta básica que aquí se tratará de responder, no obstante que, en verdad, la doctrina no ha hecho mayores esfuerzos por despejarla, con excepción, entre otros, del célebre maestro Hans Kelsen, el gran creador del sistema de control concentrado de la constitucionalidad. Este autor formuló algunas reflexiones respecto a dicha figura bajo el rótulo de «regularidad» y sostuvo, en raciocinio que encierra sus conceptos de constitucionalidad y de legalidad, que cada grado del orden jurídico comprende un contenido dual, ya que es reproducción del derecho de grado superior y, a su vez, producción del derecho de grado inferior, en un juego dual de reproducción y producción inter e intra grados, caracterizado por una relación de correspondencia que denominó la «regularidad del orden jurídico».

Kelsen sostuvo con gran lucidez que la idea de «regularidad» se aplica a cada grado, en la medida en que cada grado es la aplicación o reproducción del derecho en una relación de correspondencia entre un grado superior y un grado inferior del orden jurídico a partir de la Constitución y hacia abajo en la escala normativa. De esa forma y sin decirlo expresamente, el maestro Kelsen estaba reflexionando sobre el concepto que nos ocupa: la constitucionalidad. Desde nuestro punto de vista, esta debe definirse como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y sus diversos correlatos normativos en sus diversos niveles de especialidad, tanto en relación con el fondo como en relación con la forma. En otras palabras, la entendemos como una suerte de cordón umbilical que conecta o une la Constitución con los diversos correlatos normativos que integran el sistema jurídico del país en orden a su coherencia y unidad.

Definida así, la constitucionalidad es el elemento que engarza la normativa constitucional con la infraconstitucional en sus diversos niveles de especialidad (esto es, la Constitución con la ley, esta con el decreto supremo, este con ambas y así, sucesivamente, en el caso de las otras disposiciones de rango inferior) a efectos de que el paquete normativo que conforma la estructura jurídica de una nación esté perfectamente conectado, concordado y armonizado, es decir, libre de algún vicio de inconstitucionalidad, sea por la forma o por el fondo.

Paradójicamente, la inconstitucionalidad se configura, entonces, como un cáncer dentro del cuerpo normativo legal nacional, un desorden que rompe la constitucionalidad, ese vínculo de armonía y concordancia

plena que debe existir entre la Constitución y sus correlatos normativos en sus diversos grados o niveles de especialidad. Este cáncer tiene su origen en la inconsecuencia de los legisladores ordinarios, de los delegados y, en general, de quienes de alguna manera ejercen función normativa; y su extirpación ha obligado a la creación de diversas fórmulas que la doctrina ha desarrollado como sistemas de control de la constitucionalidad.

III. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LOS MODELOS CLÁSICOS

Curiosamente, los principales gestores y protagonistas del rompimiento de la constitucionalidad son los propios miembros de los Congresos de las Repúblicas, no obstante que una de sus principales tareas, y —diríamos— su razón de ser, es reglamentar, complementar e implementar, normativamente hablando, la Constitución, tarea que, como es de evidencia elemental, debe llevarse a cabo en el marco de aquella (dentro de sus parámetros) si se trata de fortalecerla, complementarla e implementarla.

Sin embargo, la historia demuestra y, lamentablemente no solo en el caso del Perú, que los legisladores, en general, y los encargados de dictar la normativa infraconstitucional de primer rango, en particular, abdicaron de su función y cayeron en lo que el maestro español Francisco Fernández Segado, siguiendo al célebre Carl Schmitt, ha denominado las veleidades normativas del legislador ordinario que, vencido por la coyuntura, por el aquí y el ahora, y por el interés político partidario, entre otras razones, traicionó la Norma Suprema, dictando leyes contrarias a ella y generando un insólito fenómeno —imitado en otros niveles normativos— de vaciamiento constitucional o de desmantelamiento de su andamiaje, circunstancia que no es reciente y que llamó la atención de los doctrinarios del Derecho Constitucional desde un primer momento.

Una evidencia especialmente significativa que demuestra la veracidad de estos asertos la constituyen las reflexiones del abate Emmanuel Joseph Sieyès, quien (ya desde los albores del siglo XIX en la novel Francia Republicana y no obstante vivirse una época de efervescencia parlamentarista en la que se atribuía al Poder Legislativo la calidad de primer poder del Estado, representante auténtico y legítimo del pueblo, y el único con capacidad de interpretar la Constitución y reglamentarla, así como anular las leyes inconstitucionales) propuso la creación de un

jurie constitutionnaire o jurado constitucional que detentaría la facultad de anular las normas dictadas por el Parlamento que fueran contrarias a la Constitución. Ello, como respuesta a sus premonitorias preocupaciones sobre lo que ocurriría si el legislador ordinario se extralimitaba y, embebido de poder, traicionaba la Constitución (es decir, si violaba la obra y el mandato del legislador constituyente, tal como se encuentran objetivados en la Carta Fundamental).

Las premonitorias preocupaciones e inquietudes de Sieyès, que en su época fueron consideradas peyorativamente por sus contestatarios, se confirmaron durante el desarrollo del mismo siglo XIX con la cuestionable actitud de los Congresos de los nuevos Estados-nación, que dictaron numerosas normas infractoras de sus Constituciones y motivaron que se originaran y desarrollaran líneas de pensamiento tendientes a lograr un efectivo control de la constitucionalidad en la idea de establecer un freno a los excesos del legislador a través de sistemas que permitieran bien evitar, previamente, la dación de la norma o bien, si esta era aprobada y entraba en vigencia, invalidarla con efectos generales o hacerla inaplicable en los casos concretos.

Estas líneas de pensamiento se tradujeron, a la larga, en los clásicos sistemas o modelos de control de la constitucionalidad: el modelo político, el modelo americano y el modelo europeo. Acerca de estos y por razones de espacio, solo se hará una escueta referencia.

El primero tiene sus orígenes en las Constituciones francesas de 1799 y 1852, y se ha desarrollado en países con marcada vocación parlamentarista. Postula un control de constitucionalidad previo a la aprobación de la norma. Según los casos, este control se da paralelamente o al final del proceso de debate y aprobación del proyecto respectivo al interior del propio Poder Legislativo, y opera mediante una comisión ad hoc que tiene la función de detectar cualquier vicio de inconstitucionalidad que se dé respecto a los proyectos que son materia de discusión, debate y aprobación. Es un control preventivo, que advierte y evita la inconstitucionalidad, y que corresponde al propio órgano encargado de reglamentar la Constitución: el Poder Legislativo.

El segundo, también denominado de Revisión Judicial, de Control Disperso, de Control Difuso o de Control Judicialista, tiene sus orígenes, en gran medida, en la Sentencia que, el 24 de febrero de 1803, dictara la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, presidida por el juez John Marshall, al resolver el caso *Marbury* frente a *Madison*. Postula un control de constitucionalidad a cargo de los jueces y magistrados, quienes, al resolver los casos concretos que conocen, si observan

que entre las posiciones jurídicas que tienen las partes existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una de inferior jerarquía, deben preferir la primera. Nótese que se trata de un control puntual para un caso concreto y de una inaplicación excepcional de la norma inconstitucional, la misma que no tiene efecto general y que no anula ni deroga la norma. Repárese, también, en el hecho de que la facultad de control no corresponde a un ente especial, sino que está distribuida o repartida entre los magistrados del Poder Judicial como atribución adicional a las que poseen y corresponden a su función jurisdiccional.

El tercero, ideado por Hans Kelsen y también denominado austriaco, kelseniano, de control *ad hoc* o de control concentrado de la Constitucionalidad, fue inaugurado con la creación, en 1919, del Tribunal Constitucional de Austria y consagrado en la Constitución austriaca de 1920. Se caracteriza por confiar el control de la constitucionalidad a un ente especial, cuyas resoluciones dejan sin efecto la norma inconstitucional, y por ser concentrado, abstracto y derogatorio. Es concentrado porque un solo órgano es el que ejerce el control de constitucionalidad (en muchos casos en forma exclusiva y excluyente respecto de los otros órganos del Estado), de manera que la facultad o el poder de control está, como su nombre lo indica, concentrada en el órgano que detenta dicha facultad o poder; es abstracto porque analiza la norma cuestionada en forma aislada e independiente del caso concreto que pueda haber dado origen a su cuestionamiento (realizando una suerte de análisis de puro derecho entre la norma constitucional y la norma de menor jerarquía objeto de impugnación para descubrir si tiene algún vicio de inconstitucionalidad); y es derogatorio porque anula la ley o la norma cuestionada (que deja de tener vigencia o efectos para todos), por lo que la declaración de inconstitucionalidad será expresa y de alcance general (*erga omnes*).

IV. SU DESARROLLO EN EL PERÚ

El Perú republicano nació en 1821 bajo la influencia de la Constitución española de Cádiz de 1812 (también denominada Constitución gaditana), que, a su vez, venía fuertemente influenciada por las ideas inspiradoras de la Revolución Francesa y que, por lo tanto, postulaba, en lo que hace al control de constitucionalidad, la tesis de que era al Parlamento, como primer poder del Estado, al que le competía dicha tarea, en el marco de lo que podría denominarse una especie de atisbo de control

de la constitucionalidad de tipo político, pero centrado en el control de las infracciones fácticas a la Constitución cometidas por quienes ejercían cargos públicos y no en las infracciones normativas frente a las cuales el único capaz de superarlas era el propio Parlamento.

Este influjo gaditano fue recogido por el legislador constituyente peruano en las Cartas de 1823, 1826, 1828, 1834, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920, con excepción de la Constitución de 1856, que, en forma inédita en el Perú, estableció, en su artículo 10º, una norma de enorme trascendencia en cuanto al tema del control de constitucionalidad, pero, penosamente, de efímera vigencia, pues fue derogada en la Carta de 1860: «Es nula toda ley que contraviene la Constitución por la forma o por el fondo».

El mismo influjo persistió en la Constitución de 1933, pero con la excepción de su artículo 139º, que consagró la denominada acción popular como un instrumento para invalidar las normas infralegales, es decir, los reglamentos, resoluciones y decretos gubernamentales de carácter general que infringieran la Constitución o las leyes sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros.

Por lo tanto, el legislador ordinario marchó sin control en su camino normativo y fueron numerosas las oportunidades en las que dictó leyes contradictorias con la Constitución, que fue desbordada, contradicha y hasta desnaturalizada. Este hecho convirtió al legislador en uno de los principales protagonistas de la violación de las normas constitucionales. A ese fenómeno se sumaron otros de orden político y social, que significaron rompimientos del orden constitucional y, parafraseando la caracterización de la vida republicana del Perú hecha por el maestro Manuel Vicente Villarán, aquel hacer y deshacer Constituciones.

Es frente a esta situación que el legislador constituyente de la Carta de 1979 sale al frente mediante dos medidas de máxima importancia: eleva a rango constitucional el control disperso de la constitucionalidad, que había sido consagrado ya en el Perú a nivel infraconstitucional en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936; e inaugura el control concentrado de la constitucionalidad con la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, que instaura un sistema dual o paralelo de control de la constitucionalidad (como con acierto lo postula el constitucionalista peruano Domingo García Belaúnde).

En este punto y siguiendo a César Landa, debe enfatizarse que, a pesar de las buenas intenciones de legislador constituyente de la Carta de 1979, la evaluación del funcionamiento del hoy fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales en el periodo comprendido entre el 19 de no-

viembre de 1982 (fecha en que se produjo su instalación) y el 5 de abril de 1992 (fecha en que fue desactivado a raíz del autogolpe del entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori) arroja un resultado francamente decepcionante, si se tiene en cuenta que, en lo que atañe al control concentrado de constitucionalidad, de las más de 25 demandas de inconstitucionalidad interpuestas durante los diez años de funcionamiento, solo se resolvieron 15, no obstante la frondosa legislación dictada en ese período de tiempo, la misma que comprendió leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. En buena cuenta, el Tribunal de Garantías Constitucionales abdicó de su función y, en modo alguno, ejerció un real control de la constitucionalidad y, menos aún, actuó como supremo intérprete de la Constitución, atribución, esta última, que detenta todo ente que ejerce control concentrado de la constitucionalidad, tal como fundamentáramos en el ensayo publicado en el n.º 50 de la *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¿Por qué ese resultado tan decepcionante?. Existen varias razones que no tienen que ver con las bondades del modelo sino con lo que se podría denominar obstáculos instrumentales y coyunturales para su funcionamiento. Entre estas podemos mencionar las siguientes: la titularidad restringida para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad; la ausencia de mecanismos de suplencia y de dirimencia; la imposibilidad de producir resolución por tener un número cerrado de magistrados en el supuesto de no lograr el número de votos necesarios; la inconsciencia de la mayoría de sus miembros del rol que les competía; y la ausencia de una conciencia nacional sobre la importancia de contar con un ente de control concentrado de la constitucionalidad.

Instaurado el Gobierno de facto en abril de 1992, el dictador, como una forma de legitimarse y justificarse en su inconducta violatoria de la Constitución, promovió y obtuvo la elaboración, aprobación y posterior ratificación, vía referéndum, de una nueva Norma Suprema: la Constitución de 1993. En ella, a pesar de las marchas y contramarchas en torno del mantenimiento del control de la constitucionalidad —que no es del caso referir en esta oportunidad—, se ha mantenido, en esencia, el modelo de la Carta de 1979 con algunas diferencias de carácter accesorio que incluyen el cambio de denominación del ente de control concentrado, que pasó a llamarse Tribunal.

Empero, no se ha brindado al Tribunal Constitucional una normativa que facilite su funcionamiento y se han mantenido, en esencia, los obstáculos instrumentales y coyunturales a los que se hizo referencia al

tratar sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales. Estos, además, se han visto agravados con la reducción del número de sus miembros y la exigencia de seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad, hoy parcialmente superada con la modificatoria recientemente introducida a la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional. Finalmente, el Tribunal fue parcialmente desactivado, con la injusta destitución de tres de sus miembros, por decisión de la mayoría oficialista de aquel entonces; decisión que felizmente fuera revocada al restaurarse la democracia en el Perú. Por consiguiente, tampoco en esta oportunidad se ha permitido que el modelo demuestre sus bondades.

V. NUESTRAS PROPUESTAS PARA OPTIMIZAR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En rigor, estas experiencias negativas no deben llevar a reprobar el modelo, porque, ciertamente, el control concentrado de la constitucionalidad no ha tenido oportunidad de funcionar en el país y de probar sus bondades. Por el contrario, ha sido víctima de todo tipo de obstáculos, dificultades e incomprensiones, que, en algunos casos, han perseguido expresamente impedir su desarrollo y el cumplimiento de su tarea.

En los ámbitos académicos especializados, es mayoritaria la idea de que el sistema debe mantenerse y perfeccionarse, convencimiento que compartieron unánimemente los miembros de la Comisión de Reforma Constitucional, del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y de la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional del Perú. En esa línea, se ha reflexionado sobre cuáles serían las modificaciones que habría que introducir a la actual Constitución para mejorar el control concentrado de la constitucionalidad en el Perú y hacer operativo el Tribunal Constitucional.

Las propuestas aquí presentadas comprenden sugerencias de modificaciones y precisiones a la normativa constitucional relacionada con el Tribunal Constitucional en cuanto se refiere a su objeto, rol, composición, funcionamiento y competencias, así como a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad.

A continuación se desarrollan las mencionadas propuestas, para cuyo efecto, en primer lugar, se transcribirá el texto actual del numeral constitucional materia de modificación; en segundo lugar, se consignará el texto sugerido; y, finalmente, se fundamentará brevemente la codificación o precisión según corresponda.

- **PROPUESTA SOBRE SU OBJETO, ROL, COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO**

a) **Texto actual:**

Artículo 201º.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

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

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

b) **Texto sugerido:**

Artículo 201º.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad y el supremo intérprete de la Constitución.

Es autónomo e independiente.

Se compone de nueve magistrados titulares elegidos por ocho años y del número de magistrados suplentes que determine su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Para ser magistrados titular del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática. Los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de la mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros, de ternas propuestas por el Congreso Nacional de la Magistratura, los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho, en el plazo de treinta días de recibidas las mismas. En el caso de no obtenerse el número de votos requeridos, se tendrán por electos a los primeros de cada terna en forma automática y por imperio de la presente norma.

c) Fundamentación:

Partiendo de la premisa de que, en el Perú, a pesar de los esfuerzos normativos realizados en el ámbito constitucional y académico, el legislador ordinario mantiene una profunda vocación gaditana y es renuente a aceptar el control concentrado de la constitucionalidad, es necesario asegurar la supremacía de la Constitución (en tanto fuente de derecho y en cuanto expresión del poder constituyente), aclarando y reforzando el objeto, el rol y la composición del Tribunal Constitucional, así como garantizar su plena y efectiva operatividad. La experiencia de los últimos años, caracterizada por un permanente desmontaje del andamiaje constitucional llevado a cabo por el legislador ordinario, releva de mayores comentarios.

En un Estado Constitucional moderno (modelo al que aspiran todos los peruanos), rige la soberanía de la Constitución; y el control de la constitucionalidad es un elemento imprescindible para garantizar su real existencia. Por ello, el objeto de control por parte del Tribunal Constitucional es, sin lugar a dudas, la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales de primer rango, por lo que no es propio que se consagre como objeto del Tribunal Constitucional el «control de la Constitución», desde que aquella, como Norma Suprema y expresión del poder constituyente, no puede ser objeto de ningún control, ya que sobre dicho poder no existe instancia o nivel jerárquico superior. En virtud de esa naturaleza, debe corregirse la redacción de la primera parte del artículo 201º de la Constitución para precisar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad.

Por otro lado, correspondiendo al Tribunal Constitucional peruano el control de la constitucionalidad (de acuerdo con el denominado modelo europeo y dados los efectos anulatorios *erga omnes* que tienen sus sentencias sobre las normas con rango de ley cuestionadas por colisión con la Constitución), aquel control sólo puede ser viable si su titular realiza una interpretación oponible con éxito a cualquier otra interpretación de la Constitución, provenga de quien provenga, y eso, tal como lo aclara Jorge Danós Ordóñez, no significa exclusividad interpretativa. Por tanto, es inherente a la calidad de ente de control concentrado de la constitucionalidad la de ser titular de la supremacía de la interpretación constitucional.

Desde este punto de vista, el carácter de intérprete supremo de la Constitución que corresponde al Tribunal Constitucional peruano está dado por su propia naturaleza de órgano de control concentrado de la

constitucionalidad de normas de rango de ley, por lo que se sugiere se establezca expresamente que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución.

Por lo demás, teniendo en cuenta los innumerables problemas que se han presentado en lo que atañe a la composición, número, fórmula de designación, funcionamiento y plazo del cargo, se sugiere que se modifique el texto del artículo 201° de la Constitución en los términos propuestos y en lo que atañe a los referidos tópicos, estableciendo que el Tribunal Constitucional se compone de nueve magistrados titulares elegidos por ocho años y del número de magistrados suplentes que determine la correspondiente ley de desarrollo constitucional, que deben reunir el requisito de probada ejecutoria democrática; y manteniendo la facultad del Congreso de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros pero en base a las ternas propuestas por el Consejo Nacional de la Magistratura, los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho, así como dando solución a la eventual situación que se presentaría de no otorgarse dichos dos tercios de votos, en cuyo caso, vencido el plazo señalado en la propuesta y por imperio de la Constitución, se tendrán por designados a los primeros de cada terna.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior y a su actual regulación, debemos enfatizar que la existencia de un número cerrado de magistrados (esto es siete) y la exigencia de un quórum de seis para poder resolver y adoptar acuerdos sin posibilidad de recurrir a magistrados suplentes o dirimientes, según el caso, impide un funcionamiento adecuado del Tribunal Constitucional frente a las situaciones que puedan presentarse cuando alguno de sus titulares tenga impedimento físico o de otra índole para intervenir, o cuando, simplemente, no existan criterios uniformes para lograr producir una resolución como, en efecto, ha sucedido en numerosas oportunidades.

- **PROPUESTA SOBRE SUS COMPETENCIAS**

a) Texto actual:

Artículo 202°.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y acción de cumplimiento.

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

b) Texto sugerido:

Artículo 202º.- Corresponde al Tribunal Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, es competente para:

1. Conocer, en instancia única y a pedido de parte, los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de alcance general y ordenanzas municipales.
2. Instaurar de oficio, en instancia única, los procesos de inconstitucionalidad contra las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional.
3. Conocer, en última y definitiva instancia, los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento.
4. Conocer, en instancia única y a pedido de parte, los procesos sobre conflictos de competencia o de atribuciones respecto de los órganos de rango constitucional.

Para declarar la inconstitucionalidad se requiere 6 votos.

c) Fundamentación:

En lo que atañe a las competencias del Tribunal Constitucional, se sugiere enfatizar que, en su calidad de guardián de la integridad y de la supremacía de la Constitución, se robustezca el control concentrado de la constitucionalidad, otorgándole, además de conocimiento en instancia única y a pedido de parte de los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra las normas que tienen rango de ley, la competencia de instaurar de oficio, en instancia única, procesos de inconstitucionalidad contra las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional.

Esta nueva competencia se fundamenta en el hecho de que la experiencia legislativa en cuanto a leyes de desarrollo constitucional se refiere es demostrativa de que el legislador ordinario, lejos de fortalecer e implementar normativamente los órganos de rango constitucional, en concordancia con el principio de la garantía institucional y respecto al núcleo duro de competencias indisponibles, ha realizado una inconstitucional tarea de vaciamiento constitucional, consistente en, vía leyes inconstitucionales, reducirlos a su mínima expresión.

En ese orden y resultando inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniatar y disminuir la creación del legislador constituyente, convirtiendo a los órganos constitucionales en órganos minusválidos, se propone otorgar al Tribunal Constitucional la competencia especial de instaurar, de oficio y en instancia única, procesos de inconstitucionalidad contra las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional que, por la forma o por el fondo, infrinjan la Constitución.

Por otro lado, en lo que atañe al conocimiento, en última y definitiva instancia, de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento, se propone ampliar la competencia del Tribunal Constitucional para que pueda conocer también las sentencias dictadas en segunda instancia que sean desfavorables a la parte demandada, en resguardo del derecho de igualdad de las partes en el proceso y a los efectos de unificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, evitando las injustas situaciones que se producen actualmente a nivel de las Cortes Superiores.

Finalmente, para evitar que se establezcan requisitos que, en la práctica, impidan su funcionamiento, se sugiere que la Constitución consagre expresamente el número de votos requeridos para declarar la inconstitucionalidad, el mismo que se estima puede ser de seis (del total de nueve miembros que proponemos).

- **PROPUESTA SOBRE LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

a) Texto actual:

Artículo 203º.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

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

Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.

7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

b) Texto sugerido:

Artículo 203º.- Cualquier ciudadano está facultado para ejercer en forma individual la acción de inconstitucionalidad y para intervenir como impugnador o defensor en los procesos de inconstitucionalidad promovidos por otros.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

c) Fundamentación:

En un país como el Perú, donde la práctica parlamentaria, en particular, y la experiencia normativa, en general, han demostrado la carencia de una auténtica conciencia de respeto por la constitucionalidad, no existe razón de peso alguna para restringir el derecho de los ciudadanos a ser titulares individuales de la acción de inconstitucionalidad y poder recurrir, sin condicionamientos, al Tribunal Constitucional en resguardo y rescate de la constitucionalidad, máxime si son titulares primigenios del poder y, por tanto, nadie con más derecho que ellos para accionar en resguardo de la constitucionalidad.

Así se entendió en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, llevado a cabo en la ciudad de Ica entre el 18 y el 20 de noviembre de 1993. En él, se aprobó por unanimidad recomendar que se amplíe o modifique, según se decida, el artículo 203º de la Constitución de 1993, incorporando como titular de la acción de inconstitucionalidad a cualquier ciudadano que esté en plena capacidad de ejercicio de sus derechos políticos.

Dicha incorporación permitirá un mayor compromiso ciudadano en defensa de la Constitución; contribuirá a frenar los excesos y desvaríos normativos del Congreso de la República y de los entes que dictan normas con rango de ley; y constituirá un reto para que el Tribunal Constitucional asuma su rol de intérprete supremo de la Constitución y defensor de la constitucionalidad, obligándolo a ejercer una verdadera docencia constitucional.

Los argumentos que se han venido esgrimiendo en contra de esta tesis apuntan a una supuesta inseguridad jurídica, así como a un supuesto ejercicio excesivo y abusivo de dicho instrumento procesal, sin percatar-

se de que parten de una visión exagerada de la seguridad jurídica que sacrifica la constitucionalidad y de un desprecio al derecho y al deber de cada peruano de respetar y defender su Constitución; y de que, stricto sensu, el uso de la acción de inconstitucionalidad estará en proporción directa a la producción normativa y, por lo tanto, en términos cualitativos, el volumen de causas dependerá del número de normas dictadas. Es más, respecto al volumen de causas, con el auxilio de la cibernética, no importará cuantas demandas se presenten contra una misma ley, pues emitida la sentencia en el primer proceso instaurado, la providencia a las demás será automática, en el sentido de que se esté a lo resuelto en el primer pronunciamiento.

Para concluir, debe resaltarse que esta propuesta coincide con el pensamiento del célebre Hans Kelsen, creador, como está dicho, del control concentrado de la constitucionalidad, que sostiene que «la más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un *actio popularis*, de tal suerte que el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular».

VI. APRECIACIONES CONCLUSIVAS

1. La constitucionalidad es el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña, tanto en relación con el fondo como en relación con la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos en sus diversos niveles de especificidad; y es consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.
2. A contramano de la consagración del sistema dual o paralelo del control de la constitucionalidad, hecha por el legislador constituyente peruano a partir de la Carta de 1979 y reproducido en la vigente Constitución de 1993, en el cual coexisten el control difuso y el control concentrado en su intención de evitar que el Perú republicano siga siendo un fresco de infracciones a la Constitución, la experiencia es desalentadora, especialmente en cuanto al control concentrado (hoy a cargo del Tribunal Constitucional) se refiere.
3. La vocación gaditana del legislador ordinario peruano, que se niega a admitir algún tipo de control sobre su producción normativa; las

leyes de desarrollo constitucional, que limitan, maniatan y dificultan el accionar del juez constitucional; y la falta de conciencia de la mayoría de los diversos sectores de la sociedad peruana acerca de la importancia y trascendencia del modelo conjuran solapadamente en su intento de hacer fracasar al Tribunal Constitucional

4. Para evitar que se consuma dicho intento es menester, en lo que respecta a la normativa constitucional actualmente vigente, llevar a cabo urgentes reformas al texto constitucional (en cuanto al rol, a la composición, al funcionamiento y a las competencias del Tribunal Constitucional, así como a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad), que aseguren un núcleo duro e indisponible por el legislador constituido como garantía institucional del órgano de control concentrado de la constitucionalidad.
5. Las modificaciones a las normas constitucionales reguladoras del Tribunal Constitucional peruano apuntan, entre otros aspectos, a la precisión de su calidad de intérprete supremo de la constitucionalidad; al incremento del número de magistrados titulares a nueve y a la previsión de la existencia de suplentes a efectos de salvar las dificultades que ofrece un número reducido y cerrado de miembros frente a los casos de impedimento, excusas, discordias, dirimencias y otros; al incremento del plazo de duración del cargo a ocho años para desligarlo de la política coyuntural; a una forma de designación de sus integrantes que evite que los intereses políticos partidarios o grupales primen; al establecimiento de un número de seis votos conformes exigidos para producir resolución, que salve de normas infraconstitucionales que eleven ese número y, como consecuencia, lo aten de manos; al incremento de sus competencias, al añadir la de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes de desarrollo constitucional para impedir que los órganos constitucionales sean debilitados en sus competencias; y a la consagración de la titularidad individual de la acción de inconstitucionalidad a fin de facilitar el necesario acceso al control concentrado de la constitucionalidad que debe darse en el Perú.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debàte*. Lima: Comisión Andina de Juristas y Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986.

ARAGÓN REYES, Manuel. «La interpretación constitucional y el carácter objetivado del control jurisdiccional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, n.º 17, mayo-agosto 1986.

——— «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad». En: AA.VV. *Temas de Derecho Público n.º 44*. Santa Fe de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1997.

AYASTA GONZALES, Julio. «Inconstitucionalidad de las Leyes». *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año III, n.º 16, 1945.

BARRETO, Anselmo. *La inconstitucionalidad de las leyes*. Lima: Biblioteca de Cultura Peruana Contemporánea, 1963.

BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. «Antecedentes sobre la Jurisdicción Constitucional en el Perú». *Revista Notarius*, n.º 2, año 2, 1991.

BIANCHI, Alberto. «¿Está en Crisis el Sistema Clásico de Control de constitucionalidad?». *La Ley*, t. 1990-E, 1991.

——— *El Control de Constitucionalidad. El Proceso y la Jurisdicción Constitucionales*. Buenos Aires: Ábaco, 1992.

BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema. Tribunal de Garantías Constitucionales*. Buenos Aires: Ediar, 1984.

——— *Derecho Constitucional*, ts. I y II. Buenos Aires: Depalma, 1964.

——— *El Derecho Constitucional del Poder*, ts. I y II. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editorial Comercial, Industrial y Financiera EDIAR, 1967.

——— *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editorial Comercial, Industrial y Financiera EDIAR, 1985.

- «La Jurisdicción Constitucional». Ponencia presentada en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Constitucional y Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- BLANCO VALDEZ, Roberto L. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- BLUME FORTINI, Ernesto. *El Control de la Constitucionalidad (con especial referencia a Colombia y a Perú)*. Lima: Editores Reunidos, 1996.
- «El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución». *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 1996.
- «La constitucionalidad en Kelsen». *Ius Et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima 1997.
- BOZA, Edilberto. «Inconstitucionalidad de la Ley». *Revista de Foro*, Lima, 1931.
- CARPIO MARCOS, Edgard E. «Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional». *El Jurista*, año II, n.º 6, 1992.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS. «Jurisprudencia, Caso Marbury vs. Madison». En: AA.VV. *Lecturas sobre Temas Constitucionales n.º 2*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998.
- CORSO MASIAS, Alfredo. *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Prontuario*. Arequipa: Edigrap Editores, 1984.
- DANOS ORDOÑEZ, Jorge. «Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional». En: AA.VV. *Lecturas sobre Temas Constitucionales n.º 10*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994.
- ECHAVE, Víctor Manuel. «Inconstitucionalidad de las leyes». *Revista Jurídica del Perú*, n.º 1, año XIV, 1963.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad». En: AA.VV. *Lecturas Constitucionales Andinas n.º 7*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991.

EGUIGUREN, Luis Antonio. *La inconstitucionalidad de las leyes*. Lima: Imprenta Torres Aguirre S.A., 1945.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

——— «Los Tribunales Constitucionales». En: AA.VV. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.

FIX ZAMUDIO, Héctor. «La Justicia Constitucional en América Latina». En: AA.VV. *Lecturas Constitucionales Andina n.º 1*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991.

FURNISH, Dale B. «La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos». En: AA.VV. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

GARCIA BELAUNDE, Domingo. «La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado». En: AA.VV. *Lecturas Constitucionales Andinas n.º 1*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991.

——— «Procesos Constitucionales en América Latina». En: LANDA, César y Julio FAÜNDEZ (eds.). *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*. Lima: Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, School of Law University of Warwick y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

——— «La Jurisdicción Constitucional en el Perú». *Revista de Derecho de la Universidad Central de Chile*, 1988.

——— «La Jurisdicción Constitucional en Perú». En: AA.VV. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997.

- «Control de la Constitucionalidad de las Leyes en el Perú». *Ius Et Praxis*, n.º 13, 1989.
- *Derecho Procesal Constitucional*. Trujillo: Marsol Perú Editores, 1998.
- GARCIA MARTINEZ, María Asunción. *El Recurso de Inconstitucionalidad. El Proceso Directo de Inconstitucionalidad*. Madrid: Trivium, 1992.
- GONZALES PEREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1980.
- KELSEN, Hans. «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)». Traducción del original en francés por el doctor Eduardo Tamayo y Salmorán. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Ius Et Veritas*, n.º 9, año V, 1994.
- LANDA ARROYO, César. «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano». *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional -Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. «El examen de Constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria». *Ius Et Praxis*, n.º 14, 1989.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. «Tribunal Constitucional e Interpretación Constitucional». En: AA.VV. *Lecturas Constitucionales Andinas n.º 4*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ts. I, II, III y IV. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, 1999 y 1999.