

El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos

EDWIN FIGUEROA GUTARRA*

Resumen

El presente artículo tiene por objeto desarrollar una visión crítica y actualizada del proceso de inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional peruano con la idea de brindar algunos conceptos sobre su incorporación a nuestro sistema, así como reseñar su desarrollo y funcionamiento. De la misma forma, señalamos algunos matices de este proceso sobre los intentos de modificación de los alcances de las sentencias interpretativas dado su carácter polémico. Concluimos nuestro estudio con una perspectiva de este proceso en el derecho comparado así como los retos que este proceso hoy asume para su mejora aplicativa e interpretativa.

Palabras clave: Proceso. Inconstitucionalidad. Procedencia. Efectos interpretativos. Sentencias estimativas. Sentencias desestimativas. Inconstitucionalidad por conexión

Sumilla

Ideas previas

1. Incorporación del proceso de inconstitucionalidad al ordenamiento constitucional peruano
2. Desarrollo y funcionamiento del proceso de inconstitucionalidad
 - 2.1. Características especiales del proceso de inconstitucionalidad
 - 2.2. Modalidades de sentencia
3. Intentos de modificación
 - 3.1. Proyecto de prohibición de legislar positivamente mediante sentencias
 - 3.2. Proyecto de modificación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional
4. Algunas características del proceso de inconstitucionalidad en el derecho comparado
 - 4.1. En España
 - 4.2. En Colombia
5. Retos del proceso de inconstitucionalidad
 - 5.1. *Self-restraint* como propuesta equilibraada de autocontrol
 - 5.2. La inconstitucionalidad por omisión

A modo de conclusión

* Doctor en Derecho. Juez superior titular Sala Constitucional de Lambayeque, Perú. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente del Área Constitucional de la Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo.

Ideas previas

Una atención exhaustiva al catálogo de procesos que ofrece la justicia constitucional en nuestro país obliga a recalar nuestra mirada en un proceso con naturaleza *sui generis* —el proceso de inconstitucionalidad—. Ello debido a que dicho proceso expresa la esencia de la interpretación constitucional a través de las denominadas sentencias interpretativas, en cuanto estas presentan un nivel de vinculación que no podemos soslayar y que manifiestan puntualmente hasta dos marcadas expresiones. De un lado, denotan un nivel de vinculación *erga omnes* respecto a los efectos de su interpretación y, de otro lado, involucran una también aparente expresión de contradicción en tanto representarían un principio antidemocrático¹, en la medida que sustentarían decisiones de quienes no han sido elegidos por una vía convencional y, sin embargo, corrigen decisiones de otros poderes del Estado.

Bajo esta pauta conviene preguntarnos si un proceso de inconstitucionalidad eventualmente representa, siguiendo en modo figurativo a Jon Elster², un «Ulises desatado», en tanto Ulises atado a su mástil representa la figura de la contención y si se desatara, preveríamos el uso de una fuerza extraordinaria para enfrentar el peligro. En esa misma lógica de pensamiento, el proceso de inconstitucionalidad y sus sentencias interpretativas implicarían un mecanismo de control sujeto solo a los límites propios de la justicia constitucional y no a regulaciones formales a modo de iniciativas legislativas para restringir su campo de acción y defensa de la supremacía normativa de la Constitución.

Estas sentencias interpretativas, en términos de Eguiguren Praeli, «buscan encontrar formas de adecuación de las normas a la Constitución y otorgarles un sentido normativo y de aplicación que las haga compatibles con esta, a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad, que implicaría su derogación»³.

El proceso de inconstitucionalidad en realidad trasciende esas aparentes contradicciones en la medida que denota una forma y modalidad de proceso de control normativo. Ello en tanto considera la propuesta kelseniana de una modalidad de control concentrado, es decir, una verificación de constitucionalidad de una norma

¹ HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY. *The Federalist Papers*. Fueron 85 ensayos publicados entre octubre de 1787 y mayo de 1788 bajo el seudónimo de Publius, para motivar a los ciudadanos de Nueva York a ratificar la Constitución de Filadelfia de 1787. La idea del Paper 48 es que a fin de mantener las ramas de los poderes separadas y distintas, debe haber un tipo de control constitucional de uno respecto del otro.

² Cf. ELSTER, Jon. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Traducción de Jordi Mundó Blanch. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 111.

³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Las sentencias interpretativas o «manipulativas» y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.). *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Lima: IDEMSA, 2009, p. 264.

con rango de ley a través de un control constitucional a un nivel en puridad calificado. En otras palabras, se trata de determinar la compatibilidad de la norma sometida a examen con los principios, valores y directrices que representa la Constitución.

En ningún otro tipo de proceso se expresa este nivel de control, pues no solo identifica un rol de legislador negativo sino que va más allá e individualiza la potestad de reinterpretar tanto las normas con rango de ley como la Constitución misma, un fenómeno que, desde la perspectiva kelseniana de las formulaciones normativas, antes no pudo tener lugar. Otro tipo de proceso de control normativo —el proceso competencial— asume matices distintos en la medida en que se trata de una verificación de las competencias y atribuciones de distintos entes del Estado, entre gobiernos central, regionales y locales, de un lado, y poderes del Estado u órganos constitucionales autónomos del otro. Y si bien el proceso competencial también afianza una modalidad de control normativo, la objetividad de que se dirija a los rubros de competencias y atribuciones no expresa una atribución de tanta importancia como las facultades hoy reconocidas al Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad.

Más allá en la escala de procesos que implican una forma de control normativo, se encuentra también el proceso de acción popular. Advirtamos, sin embargo, que respecto de este último caso aludimos en rigor a un proceso de control reglamentario también vinculado a la Constitución, pero que difiere, largamente, de las potestades y efectos de una sentencia de inconstitucionalidad. Esta última ha evolucionado largamente desde las primeras previsiones de Kelsen al ser creado el Tribunal Constitucional austriaco, el 1 de octubre de 1919. El cual representó, para el pensador alemán, la exigible competencia de un órgano ajeno al Poder Judicial que, en modo autónomo, decidiera sobre las normas que debían ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

La idea kelseniana de esa forma de control encontraba asidero en un profunda desconfianza hacia los jueces. El creador del Tribunal Constitucional aducía que era necesario que un órgano autónomo decidiera, fuera del ámbito judicial, sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a examen. García Belaúnde acota sobre esta situación lo siguiente: «En Europa [...] no existía el concepto jurídico de Constitución, y por tanto, tampoco el de defensa jurídica de la Constitución. Lo que primó durante décadas fue la defensa política y el temor a toda intromisión judicial, explicable en gran parte por razones históricas»⁴.

Esa intromisión judicial no es tal en el *Common Law*, pues encontramos en el modelo inglés una premisa más afianzada de respeto por la judicatura y por sus decisiones.

⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Lima: IDEMSA, 2009, p. 83.

En esta concepción profundamente enraizada, la dinámica y la realidad, características forjadas en los precedentes judiciales⁵, son la esencia del derecho en movimiento, Estas instituyen al sistema anglosajón como un modelo de mayor confianza en la tarea de los jueces de impartir justicia y en el cual, en relación con el poder como tal, existe la misma percepción de *checks and balances*, o tesis de pesos y contrapesos. Esta noción sirve para comprender cómo un poder cualquiera, desarrollando la tesis de Carlos Hakansson, pueda constituir un «potencial freno de los excesos que pudieran cometer el resto (de poderes)»⁶.

La tesis del control autónomo es más explícita en García Belaúnde, quien refiere que Kelsen aborda dos tesis claves: «la primera es que la Constitución tiene un significado y un valor jurídico, y que debe ser aplicada jurídicamente. La segunda es que debe existir un órgano *ad hoc*, al margen de los clásicos poderes del Estado, que pueda ejercer la defensa jurídica de la Constitución contra los que intentan desconocerla»⁷.

Esa idea de riguroso control constitucional hoy ha evolucionado sustantivamente y, en realidad, un proceso de inconstitucionalidad representa el *ethos* y *pathos* de la interpretación constitucional. Y lo hace con la intención de salvaguardar no solamente el conjunto de principios, valores y directrices que representan nuestra Carta Fundamental (a cargo de un *Hüter der Verfassung*⁸), sino la esencia misma del Estado constitucional. Acabada expresión hoy aceptada por la doctrina constitucional en tanto expresa una evolución explícita respecto del concepto de Estado Legal de Derecho⁹, el cual expresaba, a su turno, la afirmación del principio de legalidad, como «criterio máximo y exclusivo del Derecho válido y con independencia de valoraciones de justicia sustancial»¹⁰.

El Estado constitucional, como estadio superior del Estado legislativo, no solo representa, entonces, una forma de Estado de derecho, sino inclusive una expresión

⁵ FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Derecho Constitucional. Estudio sistemático y comparado de la estructura del Estado*. Lima: Editorial San Marcos, 2012. Tomo II, p. 224.

⁶ HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Segunda edición. Lima: Palestra, 2012, p. 261.

⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Kelsen en París: una ronda en torno al «modelo concentrado». En Peter Häberle y Domingo García Belaúnde (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica 583, 2011. Tomo II, p. 95.

⁸ La expresión *Hüter der Verfassung* adoptada en la doctrina alemana expresa la idea de un *guardián de la Constitución*, en franca oposición a la noción *Herr der Verfassung*, o *señor de la Constitución*. Esta última expresa antes que una función de guarda de valores, una noción de propiedad, expresión de suyo incompatible con la calidad de protección de los postulados del ordenamiento constitucional. Véase Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra, 2007, p. 20.

⁹ Cf. STC 05854-2005-PA/TC. Caso Lizana Puelles. Fundamento jurídico 3.

¹⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. *Constitución y democracia: Fundamentos políticos del Estado de derecho*. Lima: Grijley, 2011, p. 33.

de conquista cultural de la civilización occidental —*Kulturstaat* en términos de Häberle—. Existen en dichos contextos culturales dos planos: uno primero en el cual hay, según el propio Häberle, «un espíritu de las Constituciones (el Estado constitucional)» y un segundo plano en el que hay «un «espíritu» de configuración muy individual, de los diversos «pueblos», que viven en, conforme a y «bajo» las Constituciones»¹¹.

Ese mismo Estado constitucional debería gozar de plena buena salud y, consiguientemente, verse libre de un posible cáncer «originado por la inconsecuencia de los legisladores ordinarios, delegados»¹², siguiendo la alegoría que desarrolla Blume Fortini para referirse a aquella inconstitucionalidad que podría configurarse dentro del cuerpo normativo nacional. En esa lógica, es importante resaltar que el proceso de inconstitucionalidad ha de desarrollar una función *nomofiláctica* respecto de todas aquellas amenazas que pretendan afectar la salud del Estado constitucional.

1. Incorporación del proceso de inconstitucionalidad al ordenamiento constitucional peruano

Un primer afianzamiento de la noción de control de constitucionalidad puede ser advertido en el caso *Marbury versus Madison* (1803), sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. que adopta el criterio de la cláusula de supremacía de la Constitución. García Toma¹³ efectúa un amplio análisis de esta decisión y reseña los criterios más relevantes adoptados por el juez John Marshall¹⁴. No obstante lo emblemático de esta decisión y su calidad de *leading case*, precisa García Belaúnde¹⁵ que la figura del control difuso no se volvió a aplicar sino hasta el caso *Dred Scott versus Sanford*¹⁶, bajo otra corte y con otro presidente, el juez Tanney.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 2.

¹² BLUME FORTINI, Ernesto. *La reforma del Tribunal Constitucional peruano*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/5.pdf>. Fuente visitada el 14 de octubre de 2013.

¹³ Véase GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado constitucional*. Lima: Palestra, 2005, pp. 518-583.

¹⁴ El juez John Marshall describe en su sentencia: «Esta Constitución [...] será la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aún cuando hubiera alguna disposición contraria en la Constitución y las leyes de los Estados [...]. Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida».

¹⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2000, p. 29.

¹⁶ Esta sentencia, sin embargo, ha sido enjuiciada críticamente por Miguel Carbonell, dada la posición de defensa de la esclavitud en los EE.UU. Véase. CARBONELL, Miguel. La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7 (2007), pp. 245-254.

En esa revisión de antecedentes, no podemos omitir el caso *Bonham versus Henry Atkins*, sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke en 1610 y que García Toma también reseña en sus aspectos más sustantivos¹⁷.

Con relación al Perú, el proceso de inconstitucionalidad es regulado actualmente en nuestra Carta Fundamental de 1993¹⁸. Este se caracteriza por un amplio margen de atribuciones desarrolladas jurisprudencialmente, en tanto las sentencias interpretativas que expide el Tribunal Constitucional involucran un margen de determinación de amplios sentidos interpretativos que superan la noción de enunciados lingüísticos de la normativa constitucional.

La aparición del proceso de inconstitucionalidad tiene lugar en nuestro ordenamiento constitucional en la Constitución de 1979¹⁹, Carta en la que se perfila esta acción como garantía constitucional, como un proceso ya en propiedad de control normativo, aunque con esbozos aún muy iniciales. Ciertamente no hubo una actividad trascendente del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales hasta la dación de la siguiente Carta Fundamental en 1993. A este respecto, Cáceres Arce efectúa una dura crítica a la labor de dicho Tribunal al señalar que no actuó con eficacia ni cumplió con su función primordial. Cáceres Arce alude en su crítica directamente al modo de razonar de este órgano, basado en causas políticas, debido a la forma de elección de los magistrados²⁰.

Desde una perspectiva histórica más remota, la Constitución de 1933²¹, aunque perfiló la protección de garantías constitucionales mínimas, esbozó que solo la acción de *habeas corpus*, un tipo de acción omnicompreensiva, podía proteger los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución. En propiedad,

¹⁷ El juez Edward Coke, ante el propósito del Rey Jacobo I de intervenir en el fallo, precisa: «es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su Majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, la herencia [...] no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y los juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo, el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos».

¹⁸ Constitución Política 1993. Artículo 200. Acciones de garantía constitucional: «Son garantías constitucionales [...]. 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

¹⁹ Constitución Política 1979. Artículo 298: «El Tribunal de Garantía tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para: 1. Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo. Y; 2. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de *habeas corpus* y la acción de amparo, agotada la vía judicial».

²⁰ Cfr. Cáceres Arce, Jorge. *El control constitucional en el Perú*. Arequipa: LPG, 2004, p. 80.

²¹ Constitución Política 1933. Artículo 69: «Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de *habeas corpus*».

toda afectación a un derecho fundamental o la supremacía normativa de la Constitución se regulaba por el proceso de *habeas corpus*.

El desarrollo progresivo de la jurisdicción constitucional hizo necesario que se determinara la configuración de un proceso propio de control normativo como el proceso de inconstitucionalidad. Con relación a las tres Cartas Fundamentales enunciadas y en contraste con los contenidos que actualmente prevé nuestra norma constitucional adjetiva —el Código Procesal Constitucional²²— es de destacar la evolución de este mecanismo de protección desde la noción de «garantía» hasta las previsiones de «acción» y más recientemente de «proceso», aspectos que identifican la posición histórica del legislador de la Constitución.

La noción de «garantía» transmite un concepto más decimonónico vinculado al sistema francés de garantías²³. Mientras tanto la idea de «acción» nos remite con más énfasis a un derecho de ejercer determinado tipo de acción. A su turno, la premisa «proceso» denota una definición más integral, en tanto traduce una noción de herramienta que trasciende el plano de la enunciación de derechos para otorgarle una naturaleza procedimental al mecanismo de inconstitucionalidad frente a normas trasgresoras de la supremacía normativa de la Constitución.

2. Desarrollo y funcionamiento del proceso de inconstitucionalidad

La configuración del proceso de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento constitucional ha merecido un desarrollo sustantivo, como hemos referido anteriormente, a través de nuestra Constitución de 1993 y sus complementos adjetivos, determinados en el Código Procesal Constitucional de 2004. Con relación a las funciones del proceso de inconstitucionalidad²⁴, la jurisprudencia ha destacado las funciones de valoración. Pues la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un dispositivo legal es determinada con relación a los valores que han sido reconocidos por la Constitución. A su vez, la función de pacificación remite a que, al declararse la inconstitucionalidad de un texto legal, se lo expulsa

²² Las normas generales de los procesos de inconstitucionalidad y acción popular corren insertas en los artículos 75-83. Un capítulo específico corresponde al proceso de inconstitucionalidad en los artículos 98-108.

²³ A este respecto, Emile Boutmy hace una cerrada defensa de la concepción original francesa respecto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Véase BOUTMY, Emile. *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Enfoques críticos de Georg Jellinek y Emile Boutmy*. Materiales de estudio. Lambayeque: Maestría Constitucional Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, 2009.

²⁴ STC 0002-2005-PI/TC. F.J. 4 y 5: «5. Para que una demanda por inconstitucionalidad pueda ser resuelta por este Colegiado se requiere cumplir con dos criterios básicos [...], los mismos que deben quedar claramente establecidos en este acápite de la sentencia. Uno es que la norma materia de inconstitucionalidad posea un rango de ley. Otro es que el parámetro normativo que debe usar este Tribunal para resolver. A través de ambos se llegará a cumplir las tres funciones básicas del control constitucional abstracto: de valoración, pacificadora y ordenadora».

del ordenamiento jurídico para evitar eventuales incongruencias, según la exigible tesis de que el ordenamiento sea armónico.

Finalmente, la función ordenadora implica que los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad devienen vinculantes para todos aquellos poderes y sujetos que deban aplicar las normas jurídicas. A este respecto, se puede invocar el principio de interpretación conforme que Héctor Fix Zamudio califica, en referencia al Tribunal Federal Constitucional de la República Federal Alemana, como «*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*» y con relación a la Corte Suprema Federal norteamericana como «*in harmony with the Constitution*». Fix Zamudio agrega a este principio la presunción de constitucionalidad de las leyes²⁵.

Examinemos a continuación algunas de las características más relevantes del proceso de inconstitucionalidad en tanto proceso de control normativo.

2.1. Características especiales del proceso de inconstitucionalidad

a) Procedencia contra normas con rango de ley

Nuestro modelo procesal constitucional determina la procedencia del proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley²⁶. Es importante señalar, al respecto, que sus alcances son de carácter general y que carecen de efectos retroactivos²⁷. En materia tributaria, sin embargo, se determinan los efectos de la decisión en el tiempo en atención a la necesidad de fijar el marco de las situaciones jurídicas producidas mientras la norma cuestionada estuvo en vigencia²⁸.

A esta particularidad debemos sumar que con la declaración de inconstitucionalidad ni se reabren procesos concluidos en los cuales se haya aplicado normas declaradas

²⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR. *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Lima-Arequipa: Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional-ADRUS, p. 17.

²⁶ Código Procesal Constitucional. Artículo 77: «La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen 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».

²⁷ Código Procesal Constitucional. Artículo 81: «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».

²⁸ Código Procesal Constitucional. Artículo 83: «Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución. Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado».

inconstitucionales ni reasumen vigencia las normas legales derogadas. Con lo que concurre, como justificación, una necesaria seguridad jurídica como principio de primacía en una declaración de inconstitucionalidad.

b) Sujetos legitimados para interponer el proceso de inconstitucionalidad

Dentro del rango de sujetos legitimados²⁹ para interponer el proceso de inconstitucionalidad, se debe destacar una grave omisión en el esquema vigente. No se ha considerado como sujeto legitimado para interponer el proceso de inconstitucionalidad al presidente del Poder Judicial. La Carta Fundamental de 1979 sí contemplaba dicha figura, la cual ha sido omitida en la Carta de 1993 sin una real justificación.

c) Efectos interpretativos *erga omnes*

Dada su naturaleza como sentencia interpretativa de la Constitución, los efectos del proceso de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos. Problemáticamente, sin embargo, podemos aducir lo siguiente: resulta determinante que la *ratio decidendi* de la sentencia de inconstitucionalidad resulte *in toto* vinculante y, sin perjuicio de ello, corresponde cuestionar: ¿son los argumentos *obiter dicta* en una sentencia de inconstitucionalidad igualmente vinculantes para la comunidad de intérpretes? Esta es una cuestión que exige dilucidación del propio Tribunal, pues el efecto *ratio decidendi* es, por convención, el extremo vinculante, mientras que el argumento *obiter dicta* es aquel que resulta solo complementario para la construcción de la decisión. En esa misma línea de ideas, es pertinente destacar que el razonamiento en las sentencias usualmente discurre entre argumentos determinantes y definitivos.

En ese sentido, una práctica válida para determinar el efecto vinculante de las sentencias interpretativas sería que el decisorio de una sentencia fijase cuáles argumentos y cuáles párrafos de la sentencia de inconstitucionalidad, en propiedad, expresan un efecto vinculante *erga omnes*, respecto del cual el intérprete no se puede apartar. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en aquellas sentencias bien construidas a propósito de precedentes vinculantes. Esta práctica implicaría de suyo una mejor técnica jurisprudencial, pues permitiría una más viable identificación de los extremos vinculantes del razonamiento del Tribunal Constitucional. Lo cual

²⁹ Constitución Política 1993. Artículo 203: «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».

es importante si se tiene en cuenta que no resulta razonable afirmar que todos los extremos de una amplia decisión representarían un efecto vinculante ni tampoco dejar al libre albedrío del intérprete cuál fórmula de razonamiento adoptar.

A diferencia del efecto *erga omnes*, conviene precisar que el efecto de la interpretación de los jueces del Poder Judicial frente a las incongruencias de una norma con rango de ley frente a la Constitución es *inter partes*³⁰. Es decir, solo podrá determinarse la inaplicación de la norma, mas en definitiva no su expulsión del ordenamiento constitucional.

d) Instancia única

Entendemos aquí una necesidad de irrevisabilidad de los criterios expresados en una sentencia de inconstitucionalidad. Si bien es cierto que los rangos, escalas y valores de la interpretación pueden ser múltiples en términos de sujetos y materias, deviene un criterio que podemos manejar que exista una opinión valedera final por sobre las demás instancias.

Es cierto que los jueces del Poder Judicial reclaman autonomía e independencia de criterios frente a las potestades correctoras del Tribunal Constitucional y sin perjuicio de ello, admitamos que en el Derecho Comparado igualmente es admitido que la jurisdicción constitucional ejerce funciones revisoras de la jurisdicción ordinaria³¹.

e) Viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad por conexión

Una institución de importancia en los procesos de inconstitucionalidad es la figura de la inconstitucionalidad por conexión³². Se trata de la declaración de incompatibilidad con el orden constitucional de aquellas normas vinculadas o conexas a una norma que es expulsada del ordenamiento jurídico. Argumentativamente puede describirse esta figura como un fenómeno de *suprainclusión*, pues si una norma principal es derogada, debemos asumir que las normas vinculadas a ella sufren el mismo efecto de inconstitucionalidad.

³⁰ STC 1383-2001-AA/TC. Caso Rabines Quiñones: «16. La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución. [...] El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental. [...] El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado».

³¹ Como sucede en Colombia donde la Corte Constitucional de Colombia puede revisar fallos de la Rama Judicial, o en España, donde el Tribunal Constitucional español revisa las actuaciones de los jueces españoles.

³² Código Procesal Constitucional. Artículo 78: «La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia».

Sin embargo, el efecto prescriptorio³³ incluye un efecto extintivo. La pretensión para una demanda de inconstitucionalidad deviene improcedente después de seis años de emitida la norma. La aplicación de la lógica de la inconstitucionalidad por conexión (por la vinculación con otras normas), conduciría al siguiente razonamiento: si deviene improcedente una demanda de inconstitucionalidad por extemporánea, habría que aplicar los mismo a las normas conexas. Sin embargo, las instituciones constitucionales tienden a presentar una vocación de progresividad, ya que la supremacía normativa de la Constitución exige de los jueces de la Constitución innovar permanentemente contenidos.

Nos referimos, en esa línea de análisis, al criterio de la STC 024-2010-PI/TC, caso del decreto legislativo 1097. Esta norma fue aprobada en su momento para adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal. Entre otros efectos, la norma dispuso el sobreseimiento por exceso de plazo de la instrucción o de la Investigación Preparatoria, sin contemplar la situación real de policías y militares vinculados a temas de crímenes de lesa humanidad.

Si bien el proceso de inconstitucionalidad fue interpuesto dentro del término prescriptorio, no sucedió lo mismo con la resolución legislativa 27998. Dicha resolución puso en vigencia en nuestro ordenamiento constitucional, en el año 2003, la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad, lo cual condujo al reconocimiento de este tipo penal desde el 9 de noviembre de 2003. Si la norma fue aprobada en 2003, resultaba determinante que el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra el decreto legislativo 1097, cuya norma conexas era la resolución legislativa aludida, prosperara solo contra el decreto referido y no contra la resolución. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional, reconociendo la imposibilidad de expulsar esta norma del ordenamiento jurídico, declaró el impedimento de aplicación de la resolución legislativa³⁴ en razón de su manifiesta incompatibilidad con la Constitución. La norma entonces seguía insistiendo, pero ninguno órgano jurisdiccional la podía aplicar.

³³ Código Procesal Constitucional. Artículo 100: «La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido 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».

³⁴ STC 024-2010-PI/TC. Caso Decreto Legislativo 1097: «78. [...] aunque el Tribunal Constitucional no pueda expulsar el orden jurídico el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998 — conexo al mandato previsto en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1097—, pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100º del CPCo., habiéndose advertido su inconstitucionalidad, y siendo este Colegiado el supremo intérprete de la Constitución, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82º del CPCo., a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, todo poder público se encuentra impedido de aplicar el referido precepto jurídico».

f) Improcedencia de medidas cautelares

La aplicación de medidas cautelares en este tipo de procesos es improcedente³⁵, a pesar de que en otros tipos no existe prácticamente impedimento alguno, inclusive en el proceso competencial —también un proceso de control normativo—. Dicha improcedencia se debe a que estamos frente a un proceso de control concentrado en puridad a cargo del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. No existe, bajo esa lógica, otra instancia de reexamen de esta decisión, salvo la jurisdicción supranacional. Sin embargo, esta ciertamente no es competente respecto de medidas cautelares, sino de decisiones de fondo y siempre que se cumplan las condiciones predeterminadas, entre otras, de decisión denegatoria en sede nacional, que exista responsabilidad del Estado peruano y que se recurra al sistema interamericano en el plazo de seis meses de concluida la controversia en sede nacional.

2.2. Modalidades de sentencias

Las sentencias emitidas en procesos de inconstitucionalidad se clasifican en estimativas y desestimativas. Veamos, a continuación, sus contenidos a modo de referencia.

2.2.1. Sentencias estimativas

Las sentencias estimativas³⁶ pueden ser clasificadas, a su vez, del siguiente modo:

- De simple anulación: dejan sin efecto una parte o la totalidad del contenido de un texto legal. Expresan, por sí mismas, el rol de legislador negativo del Tribunal en cuanto, en puridad, la norma es expulsada del ordenamiento jurídico.
- Interpretativas propiamente dichas: se caracterizan porque declaran la inconstitucionalidad de una determinada interpretación de un dispositivo legal efectuado por algún intérprete jurídico.
- Interpretativas manipulativas: en esta modalidad el Tribunal Constitucional identifica que existe un contenido contrario a la Constitución dentro de un dispositivo de rango legal. Se produce un procedimiento de manipulación a mérito del cual un contenido se considera eliminado y se procede a una operación que bien puede denominarse reconstructiva o de reposición. Tras esta actividad, se agrega a dicho texto un contenido y sentido interpretativo que no se había recogido antes en modo expreso en la Carta Constitucional o norma legal, resultando compatible con ella.

³⁵ Código Procesal Constitucional. Artículo 105: «En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares».

³⁶ STC 004-2004-PC/TC. FJ. 3. Este fundamento comprende todos los tipos de sentencias estimativas.

Las sentencias interpretativas-manipulativas presentan distintas modalidades:

- Sentencias reductoras: asumen que una parte del dispositivo legal es contraria a la Constitución por su redacción excesiva y desmesurada. En ese sentido, se ordena restringir el ámbito de aplicación de dicho texto, inaplicando algunos supuestos o consecuencias jurídicas que genéricamente parecerían estar comprendidos en el dispositivo legal cuestionado, pues su inclusión resultaría inconstitucional»³⁷. En este caso, el intérprete reduce y sustrae el sentido interpretativo contrario a la Constitución.
- Sentencias aditivas: en este caso se determina la existencia de inconstitucionalidad porque el legislador reguló una materia de manera incompleta, es decir, con un contenido menor al que le exige la Constitución. Ante ello, no se declara la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, (como enunciado lingüístico del texto normativo) o la norma producto de su interpretación, sino aquel extremo de los textos en el cual no consignó o excluyó determinado contenido que según la Constitución debió ser comprendido³⁸.

Tiene lugar la adición de un contenido interpretativo.

- Sentencias sustitutivas: Sáenz Dávalos advierte respecto a esta modalidad que Mediante ellas se declara que la disposición legislativa no es inconstitucional en su totalidad, sino en una de las formulaciones lingüísticas que contiene. Es decir, se considera que la disposición es inconstitucional en cuanto prevé una cosa determinada, debiendo haberse previsto otra cosa para que sea constitucionalmente conforme³⁹.
- Sentencias exhortativas: acotan Sáenz Dávalos y otros autores que Mediante ellas los tribunales constitucionales evitan declarar la inconstitucionalidad de la ley, y exhortan al Poder Legislativo para que este realice las modificaciones necesarias a efectos de salvar ciertas inconstitucionalidades. Sin embargo, su uso no ha estado exclusivamente vinculado con las sentencias formalmente desestimatorias. En ocasiones, también lo han estado con sentencias estimatorias, en cuyo caso, al declararse la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, los tribunales constitucionales han dirigido determinadas recomendaciones al legislador, a fin de que estas sean tomadas en cuenta en una posterior reglamentación de la materia⁴⁰.

Las sentencias exhortativas instan al Poder Legislativo a regular determinada materia en la cual existen vacíos. Tiene lugar así la determinación de un plazo prudencial para una regulación necesaria.

³⁷ Gaceta Jurídica. *Proceso de inconstitucionalidad*. Lima: El Búho, 2008, p. 144.

³⁸ *Ibid.*, p. 145.

³⁹ SAÉNZ DÁVALOS, Luis, Edgar CARPIO MARCOS y Roger RODRÍGUEZ SANTANDER. Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones. *Gaceta del Tribunal Constitucional*, 1, enero-marzo (2006), p. 12.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 14.

- Sentencias estipulativas: con relación a ellas, es importante reseñar que «en su parte considerativa desarrollan las variables conceptuales o terminológicas que utilizarán posteriormente para analizar y resolver una controversia constitucional»⁴¹.

2.2.2. Sentencias desestimativas

Las sentencias desestimativas⁴² declaran improcedente o infundada una demanda de inconstitucionalidad y, en propiedad, dejan incólume la norma con rango de ley impugnada. Este tipo de sentencias obedece, de un lado, a que no se ha quebrantado la presunción de constitucionalidad de la norma y, en rigor, el Tribunal Constitucional ha salvado la compatibilidad de la norma cuestionada con la Ley Fundamental. De otro lado, expresan una *ratio* de constitucionalidad de las normas en cuanto no se ha demostrado, por la forma o el fondo, la *insuficiencia* de la norma sometida a examen en relación con el principio de primacía normativa de la Constitución. A este respecto, las normas no tienden a ser deficientes pues la vocación del legislador se orienta por la construcción de normas que aspiran a ser compatibles con la *Norma Normarum*, encontrándose excluido un escenario de *deficiencia* de las normas. Sin embargo, sí podemos encontrarnos frente a un escenario de *insuficiencia*, el cual, de configurarse, sí justifica una decisión estimatoria del Guardián de la Constitución. Dicha calidad insuficiente genera un efecto integrador de los principios constitucionales.

3. Intentos de modificación

Los esfuerzos por contrarrestar la fuerza de las potestades interpretativas del Tribunal Constitucional y, por extensión, de los jueces de la Constitución han sido numerosos. Esto debido a que la calificación de *suprapoder* que se dispensa al Tribunal se expresaría en su capacidad de corregir la actuación de todos los demás poderes.

En efecto, el Tribunal expulsa del ordenamiento jurídico normas del Poder Legislativo declaradas inconstitucionales. Asimismo, asume la misma potestad frente a normas con rango de ley —decretos legislativos y decretos de urgencia— que expide el Poder Ejecutivo. Finalmente, deja sin efecto fallos de los jueces del Poder Judicial, u ordena emitir nuevos, si una sentencia de este poder del Estado vulnera ostensiblemente un derecho fundamental. La cuestión es la siguiente: si tiene esa facultad correctora frente a los demás poderes, ¿no sería acaso un *suprapoder*? No advertimos que esta sea una conclusión válida, pues precisamente antes que un

⁴¹ *Gaceta Jurídica*. Ob. cit., p. 147

⁴² STC 004-2004-PC/TC. FJ. 4.

poder sobre otro poder, el Tribunal tiene la atribución, delegada por la Constitución, de hacer respetar el principio de supremacía normativa de la Carta Fundamental. Como parte de esa tarea es una de sus competencias realizar el control de constitucionalidad que le es exigido.

Por tanto, antes que un *suprapoder*, es un órgano con poder para realizar el principio de función integradora⁴³, es decir, de integración, pacificación y orden de las relaciones entre los poderes públicos y la sociedad. Por tanto, en ese perfil de corrección de los demás poderes del Estado, existe el propósito de que los *productos interpretativos*, es decir, las decisiones del Tribunal Constitucional, apunten a la consecución de la paz social.

A seguir reseñamos algunos intentos por reducir las funciones interpretativas del Tribunal Constitucional.

3.1. Proyecto de prohibición de legislar positivamente mediante sentencias

El proyecto de ley del congresista Antero Flores Araoz⁴⁴, presentado en el año 2006, siguió la perspectiva de una prevalencia inclinada por la reafirmación del derecho como producto enteramente artificial y, por lo tanto, no sujeto a una función interpretativa calificada.

El proyecto 14321/2005, perfilado como consecuencia de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, entre ellas la de la modificación de la legislación

⁴³ Cfr. STC 05854-2005-PA/TC. Caso Lizana Puelles. F.J. 12: «d) El principio de función integradora: El «producto» de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad».

⁴⁴ Proyecto de ley 14321/2005 de fecha 20 de enero de 2006, para garantizar el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad. Parte considerativa: «Que, de otro lado, se han advertido excesos en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en numerosos procesos de inconstitucionalidad, que han producido sentencias manipulativas, aditivas, sustitutivas, integrativas y exhortativas, etc. en las cuales el citado órgano jurisdiccional ha rebasado sus atribuciones constitucionales que se limitan a dejar sin efecto las normas que hayan sido declaradas inconstitucionales, según lo prevé el artículo 204 de la Constitución. Que mediante las referidas sentencias el Tribunal Constitucional se ha convertido en legislador positivo, modificando y manipulando las normas legales, invadiendo de este modo el ámbito de competencias que la Constitución ha reservado a otros órganos constitucionales, vulnerando el principio de separación de poderes. Que asimismo la emisión de dichas sentencias generan inseguridad jurídica porque la interpretación o nueva norma no se ubica en el fallo de la sentencia sino en sus fundamentos, lo que las hace confusas y de difícil conocimiento para los jueces, abogados y la ciudadanía en general, produciéndose el desconocimiento generalizado de los criterios jurisprudenciales y la imposibilidad de hacer previsible la actuación de los órganos encargados de aplicar las normas legales. Que [...] existen situaciones que se originan ante la derogación expresa de una norma por parte del Tribunal Constitucional, generándose vacíos o deficiencias normativas que solo pueden ser corregidas a través de la expedición de otra norma a cargo de los órganos legitimados para ello conforme a la Constitución».

antiterrorista⁴⁵, no abordó aspectos como los propios estándares correctivos. Dichos estándares correctivos, en su momento asumidos por el sistema interamericano de derechos humanos, resultaron evaluando una profusa legislación antiterrorista que, aunque en su momento significó una herramienta de lucha contra el terrorismo, en realidad no se ajustó al respeto por las reglas mínimas de garantías judiciales y de protección judicial, supuestos mínimos fijados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El proyecto a que nos referimos propuso reordenar las facultades interpretativas⁴⁶ del Tribunal Constitucional a efectos de restringir las potestades interpretativas del supremo intérprete de la Constitución, exigiéndole convertirse solo en legislador negativo.

Asumimos la complejidad de entender los mecanismos de las sentencias interpretativas descritas más arriba. Sin embargo, es relevante señalar que la procedencia de una norma como la propuesta por el congresista Flores Araoz hubiera significado un serio retroceso en los alcances de la jurisdicción constitucional. Dicha procedencia nos habría hecho retroceder lo caminado en estos 93 años desde que iniciara sus funciones el Tribunal Constitucional austriaco. Por otro lado, reafirmamos que respecto de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, no nos encontramos frente a un legislador positivo. Dicho rol le compete solo y exclusivamente al Poder Legislativo, más bien no encontramos ante un órgano con la facultad de interpretar las normas adecuando sus contenidos con aquellos que sean compatibles con la Carta Fundamental.

Los caminos seguidos por el Tribunal Constitucional y por el Poder Legislativo en el propósito de dejar sin efecto una norma coinciden en el resultado, mas no en el procedimiento. En efecto, el camino seguido por el Tribunal para dejar sin efecto una norma es el de la expulsión de esta del ordenamiento jurídico. Mientras que el modo en que el Congreso deja sin efecto una norma es por medio de la derogatoria

⁴⁵ STC 0010-2002-AI. Decisorio: «FALLA Declarando [...] **FUNDADA**, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: decláranse inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 25475 así como la frase «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego» y «En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación» del artículo 20º del Decreto Ley N.º 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12.º del mismo Decreto Ley 25475. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del Decreto Ley N.º 25659. También la frase «o traición a la patria» del artículo 6º del mismo Decreto Ley N.º 25659 y los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Ley N.º 25708; los artículos 1 y 2º del Decreto Ley N.º 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto Ley N.º 25744».

⁴⁶ Norma propuesta: «Artículo 81-A (del Código Procesal Constitucional). Prohibición de legislar positivamente mediante sentencias. En las sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional solo declara que la norma cuestionada, de acuerdo con los Incisos 4) del Artículo 200 y 1) del Artículo 202 de la Constitución trasgrede o no algún principio, precepto, derecho o prerrogativa previstos en dicho texto. En tales procesos, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada o la deja sin efecto por incompatibilidad con la Constitución. El Tribunal Constitucional solo actúa como legislador negativo».

de la misma. En ambos casos, aquella norma no surte más sus efectos como norma en el ordenamiento y, sin embargo, los caminos son distintos. El Tribunal expulsa la norma en tanto que el Congreso la deroga, de este modo, permanece siempre el rol de legislador positivo solo para el Poder Legislativo. El Tribunal Constitucional no tiene la capacidad de convertirse en legislador positivo, aunque sí tiene la capacidad de interpretar la norma, asignándole un sentido interpretativo determinado y con ello supera ampliamente las calidades de enunciados lingüísticos de la norma. Mientras que en este último caso existe un control estático de la norma, en la asignación de sentidos interpretativos nos encontramos frente a un control dinámico de la interpretación. Naturalmente existe una debida exigencia de sustentar ese rol motivador de determinación de sentidos interpretativos. De lo contrario, si ello tuviese lugar sin la debida argumentación, en teoría podríamos encontrarnos frente a una invasión de competencias del legislador. El proyecto Flores Araoz no prosperó, pues representaba una tesis contraria a la evolución de la jurisprudencia constitucional en su ámbito interpretativo.

3.2. Proyecto de modificación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

El congresista José Elías Avalos llegó a presentar un proyecto de ley para modificar el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. El proyecto, muy similar al del congresista Flores Araoz, partía de la tesis de fijar límites a la figura de la mutación constitucional, sobre todo si esta contravenía el contenido expreso de la normativa constitucional. La propuesta legislativa fue la siguiente: «El Tribunal Constitucional es el intérprete final de la Constitución en los caso concretos que se sustancian en su sede. En cualquier caso, el contenido normativo que el Tribunal otorgue a determinado artículo constitucional no podrá contravenir el texto expreso del mismo. La interpretación que contravenga el texto constitucional es nula y constituye infracción a la Constitución»⁴⁷.

Revisado el proyecto y su motivación, no podemos hacer a un lado la construcción de los razonamientos esbozados en la interpretación constitucional de Konrad Hesse y su obra clásica⁴⁸. La cual reafirma la tesis de límites a la interpretación constitucional en un Estado constitucional, siguiendo las tesis de reconocidos autores en materia constitucional como Ignacio de Otto, Aguiló Regla, Jorge Carpizo y Peter Häberle. Y, sin embargo, la configuración de las conclusiones, a juicio nuestro,

⁴⁷ Proyecto de ley 346-2011, de fecha 13 de octubre de 2011, para modificación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁴⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 35.

disto mucho del pensamiento de estos autores, pues precisamente llega a resultados contrarios: impone límites de forma a una interpretación constitucional que estos autores proponen, en conjunto, sea de contenido y bajo pautas sustantivas.

En efecto, hay una diferencia notoria y de suyo relevante entre hacer referencia a los límites de la interpretación constitucional en un Estado que privilegia como fuente interpretativa a nuestra Carta Fundamental y sus valores y defender una interpretación esencialmente literal de la Constitución. Al hacer referencia a los límites de la interpretación se reafirma el principio de la interdicción de la arbitrariedad y la proscripción de contenidos contrarios a la Constitución, ámbitos que encontramos dentro de la función reguladora de la interpretación correctora, dentro de sus modalidades extensiva y restrictiva⁴⁹. Por otra parte, el defender una interpretación literal supondría una consagración de la tesis de completitud del positivismo jurídico más radical. La diferencia de temporalidad es otro carácter a anotar como diferencia. Hoy privilegamos una interpretación ampliamente correctora como tesis de creación del derecho. En esa línea es posible mencionar a los siguientes autores, entre otros, Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza Rodríguez, Domingo García Belaúnde, César Landa Arroyo y Pedro Grández Castro. Se trata fundamentalmente de interpretaciones contemporáneas del derecho.

Mientras tanto, la corriente literal o de positivismo del derecho, presente en autores clásicos como Hans Kelsen y Herbert Hart, hoy sobrevive con pocos defensores como Joseph Raz y García Amado. Esta corriente entiende el derecho desde una posición artificial y le asigna el carácter de una disciplina en la que no puede haber sino una sujeción a la ley en su sentido más adecuado de aplicación. En ese sentido, habría muy poco que ceder, pues se tiene la noción de un derecho completo que no debe admitir propuestas de debilitamiento como las tesis de la ponderación y del principio de proporcionalidad o que la interpretación de los jueces represente, en términos de Hart, una pesadilla antes que un noble sueño. Esto último ocurriría por rebasar los criterios estándar de aplicación normativa, en lugar de respetar escrupulosamente las normas y su condición de mandatos definitivos. Pues, a juicio de los autores mencionados, la concepción de principios como mandatos de optimización debilita la normativa constitucional.

⁴⁹ Véase GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra, 2011, p. 133.

4. Algunas características del proceso de inconstitucionalidad en el derecho comparado

4.1. En España

El sistema de competencias jurisdiccionales atribuidas en la actualidad al Tribunal Constitucional español⁵⁰ se materializa en el control de constitucionalidad de normas con rango de ley, sean del Estado o de las Comunidades Autónomas. Este control se realiza a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad. El primero es un recurso directo y abstracto, promovido por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. De ellos conocen el Pleno y las dos Salas del Tribunal.

La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales, prevista en el ordenamiento constitucional español⁵¹, configura un modo de conocimiento de una ley contraria a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional español. Como veremos, existen dos medios materiales a través de los cuales el Tribunal Constitucional español puede conocer un proceso de inconstitucionalidad. En el primer caso —el de control directo— apreciamos una similitud con relación al esquema peruano. El segundo caso es mucho más interesante, pues advertimos que es un juez o tribunal el que, considerando una situación de incompatibilidad con la Constitución, plantea esta cuestión de inconstitucionalidad, de modo que un eventual proceso de amparo bien puede concluir como proceso de inconstitucionalidad, posibilidad vedada en el esquema peruano.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de España. Competencias. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/competencias/Paginas/Competencias.aspx>. Fecha de consulta: 29 de agosto de 2013.

⁵¹ Ley Orgánica 2/ 979. 3 de octubre, del Tribunal Constitucional español. Artículo 35: «1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme. 3. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida esta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión».

4.2. En Colombia

Como hemos reseñado antes, la Corte Constitucional de Colombia es nuestro referente en Latinoamérica en temas de Derecho Constitucional sustantivo. Esto se debe a la destacada trayectoria de esta corte, desde la dación de la Constitución de 1991, en la determinación de instituciones sustantivas de los derechos fundamentales.

El control de constitucionalidad por vía de acción genera que la doctrina denomine a esta acción pública «ya que la misma puede ejercerse por cualquier ciudadano en aras de mantener incólume el orden jurídico en nombre e interés de todos, además sin término de caducidad, excepto por vicios de trámite. Esta acción puede incoarse ante la Corte Constitucional o ante el Consejo de Estado y, en general, ante los despachos que conforman la jurisdicción de lo contencioso administrativo»⁵².

Conforme al artículo 241 de la Constitución de Colombia de 1991, la acción de inconstitucionalidad tiene lugar, con relación a las competencias específicas de la Corte Constitucional colombiana, contra los actos reformativos de la Constitución, las leyes, los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes expedidos por el Gobierno para poner en vigencia los proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones Públicas⁵³.

El esquema público de la acción de inconstitucionalidad en Colombia, amplio en el sentido de que cualquier ciudadano puede interponer un proceso de inconstitucionalidad, difiere del esquema peruano. Mientras que nuestra Constitución de 1993 tiene una alta exigencia de legitimidad para obrar, el modelo colombiano se asemeja, más bien, a nuestro proceso de acción popular, aunque ciertamente este tipo de proceso solo procede por infracciones de reglamentos contra la Constitución, mas no respecto de normas con rango de ley.

5. Retos del proceso de inconstitucionalidad

Los esfuerzos por disminuir las facultades del Tribunal Constitucional, prevemos, han de continuar. Creemos, en esa línea de reflexiones que es necesario legitimar de mejor forma la labor del Tribunal. Para ello es necesario ocuparse de cuestiones formales que al fin devienen sustantivas, como el sistema de nombramiento de magistrados. Dichas cuestiones formales deben seguir una ruta de mejora en su implementación. En nuestro sistema, el proceso de inconstitucionalidad representa una pieza esencial en el engranaje de la jurisdicción constitucional. Por tanto, un adecuado nombramiento de magistrados, donde el Poder Legislativo no

⁵² VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2009, p. 135.

⁵³ *Ibid.*, pp. 135-136.

monopolice el sistema de propuesta, discusión y elección, representa la fórmula más equilibrada. A esto debemos sumar el tema del término de mandato, pues el derecho comparado presenta períodos más amplios⁵⁴.

La importancia de esta cuestión queda demostrada por la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia, donde la designación de magistrados idóneos para el cargo, desde 1991, ha logrado consolidar la posición de esta corte como una de las más sólidas del continente en la defensa de la jurisdicción constitucional y los derechos fundamentales. Y, precisamente, cortes fortalecidas en sus nombramientos revelan resultados coherentes en su producto de excelencia: su jurisprudencia constitucional. Creemos por ello que el Perú debe seguir el mismo camino de reforzamiento de competencias.

5.1. *Self-restraint* como propuesta equilibrada de autocontrol

Los controles sobre el Tribunal Constitucional son formales y materiales. Con relación a la jerarquía de los primeros, la infracción de los deberes de función por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional puede ser objeto de una acusación ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso, órgano competente para conocer este tipo de infracciones. En nuestra historia constitucional, aunque en clave negativa, solo ha prosperado una acusación contra magistrados del Tribunal Constitucional. Se trata de la acusación contra los jueces Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano⁵⁵, quienes en 1997 opinaron por la aplicación de la figura del control difuso en el caso de la ley 26557 de reelección de Alberto Fujimori para un tercer período presidencial. Los magistrados fueron acusados constitucionalmente y defenestrados por emitir opinión contraria al proyecto reeleccionario. Sin embargo, la historia se encargó de reivindicar a estos magistrados pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶ declaró la

⁵⁴ En otros países encontramos los siguientes periodos: Bolivia, 6 años; Chile, 8 años; Ecuador, 4 años (con posibilidad de reelección); Colombia, 8 años; España, 9 años renovándose a los magistrados por terceras partes cada 3 años; Italia, 9 años, sin posibilidad de reelección inmediata; Alemania, 12 años hasta el retiro forzoso del magistrado a los 68 años. Véase Gaceta Jurídica. Proponen ampliar a siete años mandato de magistrados del TC. *La Ley*, 6, 65 (2013), p. 7.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional. Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano *versus* Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001.

⁵⁶ Decisorio de la sentencia: «LA CORTE, por unanimidad, 1. declara que el Estado violó, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. declara que el Estado violó, en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3. declara que el Estado incumplió la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados en los puntos resolutivos anteriores de la presente Sentencia».

responsabilidad del Estado peruano en esta separación y posteriormente se produjo su rehabilitación y reincorporación.

Sin embargo, donde los retos sí revisten actualidad y horizontes por construir en las competencias de los jueces constitucionales, es en el ámbito del control material de las funciones del Tribunal Constitucional. El remitirnos a un contexto de edificio modélico de competencias de los jueces constitucionales nos conduce a que el control material de las funciones constitucionales se debata en un ámbito de *self-restraint* o autocontrol, pues necesitamos un órgano independiente, autónomo y con facultades para poder afirmar que los demás poderes del Estado han incurrido en algún tipo de infracción constitucional.

Proyectos como los de los congresistas Flores Araoz y Elías Avalos implican una lógica de contenidos para el ámbito positivista de aplicación estricta de la ley y para escenarios de una necesaria interpretación de la ley que en el pensamiento de Manuel Atienza se reserva para los casos fáciles o de lógica subsuntiva. Pero el escenario de control material es mucho más que eso, pues la naturaleza de las controversias constitucionales apunta más bien a una tipología de casos difíciles y hasta trágicos, siguiendo las líneas clasificatorias de Atienza⁵⁷. Por lo tanto, son otros los parámetros que requerimos para la dilucidación de situaciones en los procesos de inconstitucionalidad. Necesitamos y es exigible una judicatura constitucional fortalecida, premunida de las facultades suficientes para corregir las actuaciones contrarias a la Constitución de los otros poderes. Ello se logra solamente con un empoderamiento de las atribuciones del Tribunal. Además y, sin perjuicio de ello, es propicio señalar que esa facultad de actuación deba solo matizarse por un autocontrol propio de los magistrados del Tribunal, quienes deben gozar de las prerrogativas suficientes para la defensa de los principios, valores y directrices que identifican la jurisdicción constitucional.

Por lo tanto, proponemos un activismo constitucional restringido, pues se requiere una conducta proactiva para la defensa de los derechos fundamentales, es decir, de actividad dinámica para el desarrollo de la jurisdicción constitucional y sus estructuras. Y, sin embargo, esa acción debe guiarse por un espíritu de moderación que a su vez se exprese en que los extremos de un rol excesivamente garantista de los derechos fundamentales son de suyo negativos. En efecto, puede ser tan peligroso un Tribunal con funciones disminuidas como un Tribunal excesivamente protagónico y ello nos lleva a la inevitable conclusión de evitar los extremos de un lado y del otro.

⁵⁷ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. Los límites de la interpretación judicial. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, 6 (1997), p. 8.

5.2. La inconstitucionalidad por omisión

La implementación de un proceso de inconstitucionalidad por omisión representa todo un reto para este tipo de procesos, en tanto la noción conceptual del proceso de inconstitucionalidad apunta a un *hacer* por parte del legislador que es cuestionado en un proceso de control normativo que eventualmente ha de decidir expulsar una norma del ordenamiento jurídico. Sin embargo, es más compleja la figura si se trata de evaluar un *no hacer*, como sucedería con un proceso de inconstitucionalidad por omisión, pues habría que definir los parámetros de esa inacción.

Si bien nuestro ordenamiento constitucional no contempla normativamente la figura de la inconstitucionalidad por omisión, es importante señalar que la jurisprudencia constitucional ha denotado un avance sostenido al respecto. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 5427-2009-PI/TC, del caso de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP)⁵⁸, desarrolla no solo la marcada evolución de esta figura en el derecho comparado⁵⁹, sino que ha asimilado un eventual no cumplimiento de las normas internacionales con las figuras de «fraude a la Constitución» o de «Constituciones nominales»⁶⁰.

Portugal inició esta tendencia rectora⁶¹ a partir de la premisa de cuestionar la eventual inactividad del legislador por no dictar el dispositivo legal que se requiere dentro del plazo establecido para ello. La idea de un proceso de inconstitucionalidad por

⁵⁸ STC 5427-2009-PI/TC, caso AIDSESP. La Asociación recurrente pretendía, a través de un proceso de cumplimiento, que el Ministerio de Energía y Minas cumpla con adecuar sus «normas», «reglamentos» y «directivas» de conformidad con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT respecto a los derechos a la consulta, a la tierra y al territorio, y a los recursos naturales.

⁵⁹ STC 5427-2009-PI/TC, caso AIDSESP: «11. Tanto es así que en distintos sistemas constitucionales comparados, esta exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la **«inconstitucionalidad por omisión»**, ha sido recogido en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la **«acción de inconstitucionalidad por omisión»**. Así, ha sucedido por ejemplo en el caso de la Constitución de Portugal que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el artículo 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo que lo regula en el artículo 105.III».

⁶⁰ STC 5427-2009-PI/TC, caso AIDSESP. FJ. 16.

⁶¹ Constitución de Portugal de 1976. Artículo 283. De la inconstitucionalidad por omisión: «1. A requerimiento del Presidente de la República, del defensor del pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los Presidentes de las asambleas legislativas regionales, el tribunal constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales».

omisión exige, entonces, a partir del reconocimiento jurisprudencial, una mejor configuración procesal en nuestro sistema y no perdamos de vista, para ese efecto, que el derecho comparado ha dado significativos pasos al respecto. Corresponde que el Perú logre una mejor implementación.

A modo de conclusión

La valía interpretativa del proceso de inconstitucionalidad le confiere la calidad de *punctum dolens* de la judicatura constitucional, esto es, el punto sensible de referencia obligada para los intérpretes de la justicia constitucional. La trascendencia de este proceso como límite a los excesos de otros poderes es innegable. Antes que regulaciones para la restricción de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, es necesario apuntar a fórmulas razonadas y constitucionalmente compatibles de su reforzamiento para la consecución de la interpretación conforme a los principios, valores y directrices que alberga nuestra Carta Fundamental.

Advirtamos que, con fórmulas regresivas de la interpretación constitucional, perdemos todos como actores de una fraternidad de intérpretes que espera una rigurosa defensa de la real y efectiva vigencia de los derechos fundamentales así como de reafirmación del principio de supremacía normativa de la Constitución. En efecto, antes que restricciones a las funciones de un Tribunal Constitucional en la expedición de sentencias interpretativas, esperamos su adecuado fortalecimiento a través de propuestas que reflejen el principio de progresividad que resulta implícito en el desarrollo de la justicia constitucional.

Hagamos a un lado, entonces, esos cantos de sirena que pregonan un retroceso de la justicia constitucional y en ese propósito involucremos a los jueces del Poder Judicial. De este modo y a través de criterios rectores y de adecuada interpretación de nuestra Carta Fundamental por parte del supremo intérprete de la Constitución, podremos materializar valores como la predictibilidad de las sentencias constitucionales. Asimismo, lograremos la reafirmación de criterios consistentes y coherentes con el desarrollo de los derechos fundamentales y de los criterios de consecuencialidad, es decir, de previsión de los efectos de las decisiones *iusfundamentales*. Todo ello expresa un verdadero sentimiento constitucional de reafirmación de un Estado constitucional.

En esa misión, al proceso de inconstitucionalidad le corresponde desarrollar un innegable rol de primer orden y, por tanto, la comunidad jurídica demanda una real consolidación de la justicia constitucional.