

## LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

**Javier Adrián Coripuna\***

*El autor describe con bastante claridad el panorama actual sobre los alcances en el tiempo de las sentencias, tomando como referencia distintos ordenamientos legales, a fin de encontrar una respuesta que sea aplicable a nuestro país. Asimismo, expone tales alcances en función de la interacción, por un lado, entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional y, por otro, el legislador y el mismo Tribunal.*

\* Profesor del Postítulo de Derecho Procesal Constitucional de la PUCP y de la Academia de la Magistratura. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que afrontan hoy los Tribunales Constitucionales es, sin duda, el determinar los efectos temporales de sus sentencias; básicamente de aquéllas expedidas en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. El problema no consiste sólo en la dificultosa tarea de establecer adecuadamente el momento a partir del cual debe empezar a surtir efectos la inconstitucionalidad declarada, sino, como trasfondo de ésta, la no menos compleja tarea de ponderar entre la búsqueda de un efectivo control constitucional de las leyes y la protección de otros bienes o derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la declaratoria de inconstitucionalidad.

Tal problema también pone en evidencia la siempre difícil relación entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento, así como, en menor medida, la del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. Ello debido a que, como consecuencia de los efectos temporales establecidos en las sentencias de inconstitucionalidad, en determinados casos se exigirá la participación de tales órganos (ya sea en la expedición de leyes o en la aplicación de leyes cuyos efectos de inconstitucionalidad hayan sido diferidos, respectivamente), situación que no siempre va a ser de fácil aceptación. En el primer caso, por ejemplo, es el Parlamento el órgano encargado, al expedir una nueva ley —alternativa a aquella declarada inconstitucional—, de respetar determinados principios y criterios establecidos en las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que no siempre sucede, amparándose en su denominada “soberanía parlamentaria”. En el segundo caso, por ejemplo, es el Poder Judicial el órgano encargado, mediante los procesos ordinarios, de interpretar la aplicabilidad de una ley que, si bien ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, aún continúa vigente debido a una *vacatio sententiae* establecida por este último órgano.

Son estos y otros problemas vinculados al tema general los que pretendemos examinar en esta oportunidad. Para ello, verificaremos brevemente el tratamiento normativo dado a los efectos temporales de las sentencias en diferentes ordenamientos jurídicos (Alemania, Austria, Italia y España), de modo tal que podamos apreciar una perspectiva comparada sobre la forma cómo otros

ordenamientos jurídicos han buscado solucionar algunos de los problemas planteados.

En tal sentido, en un primer apartado, tocaremos brevemente el tratamiento dado a este tema en los precitados ordenamientos jurídicos para luego, en un segundo apartado, verificar la regulación establecida en el sistema jurídico peruano. En un tercer apartado, vincularemos a los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad sobre el legislador. En el cuarto apartado, examinaremos los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad sobre los jueces ordinarios. Y, finalmente, en el quinto apartado, esbozaremos algunas conclusiones a las que arribamos luego de este estudio.

## II. LA EFICACIA TEMPORAL DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ALEMANIA, AUSTRIA, ITALIA Y ESPAÑA

### A. Alemania

Conforme lo establece el artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (en adelante, “LTCF”), “(l)as decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Lander, así como a todos los órganos judiciales y administrativos”. Asimismo, el artículo 78 de la misma ley establece que “(s)i el Tribunal Constitucional Federal llega al convencimiento de que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho de un Land es incompatible con la Ley Fundamental o con otras normas de la Federación, declara nula la ley. Si posteriores disposiciones de la misma ley son, por los mismos motivos, incompatibles con la Ley Fundamental o con otras normas de la Federación, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) puede igualmente declararlas nulas”.

En cuanto a las sentencias que declaran la nulidad de una norma o que ésta es incompatible con la Norma Fundamental, cabe precisar que, conforme al mencionado artículo 31, la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal conlleva una prohibición de reiteración por parte del Legislador. En efecto, el Legislador “no puede volver a aprobar una norma declarada inconstitucional, ni puede repetir el error constitucional cometido”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> WEBER, Albrecht. “Alemania”. En: Aja, Eliseo. “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual”. Ariel. 1998. p. 93.

La declaración de nulidad contenida en el referido artículo 78 implica que la disposición considerada como inconstitucional resulta inválida desde el momento de su creación, por lo que debe entenderse que nunca existió<sup>2</sup>. “La nulidad se retrotrae, pues, al momento de creación de la norma y, por ello, se define como nulidad *ex tunc*”<sup>3</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la nulidad de una ley va a producir graves efectos sobre la seguridad jurídica, el artículo 79.2 de la LTCF se encarga de limitar los efectos de la norma inconstitucional. Por tanto, en los casos de sentencias penales firmes basadas en una norma declarada inconstitucional, es posible reabrir el proceso y, en los demás casos, las decisiones firmes se mantienen, aunque no puedan ser ejecutadas<sup>4</sup>.

De otro lado, cabe precisar que cuando el Tribunal Constitucional Federal (en adelante, “TCF”) no declara la nulidad de la disposición que ha sido objeto de control, puede expedir una “*declaración de incompatibilidad sin nulidad*”. Este tipo de decisiones se justifica cuando, a pesar de haberse identificado que la disposición controlada es contraria a la Constitución, no se declara la nulidad para evitar una situación jurídica insoportable. Conforme sostiene el Tribunal, “la declaración de incompatibilidad se aplica cuando ‘la inconstitucionalidad no es claramente circunscribible a una parte de la norma o cuando el legislador tiene diversas posibilidades de remover la situación de inconstitucionalidad’ (BVerfGE 90, 263, 276). Esto sucede principalmente cuando la limitación en vía legislativa de un derecho de libertad es en conjunto admisible pero en particulares condiciones contrasta con el principio de proporcionalidad y en estos límites es inconstitucional”<sup>5</sup>. En general, la declaración de incompatibilidad no elimina la norma inconstitucional del ordenamiento y por tanto, formalmente, la norma continúa existiendo (BVerfGE, 72, 9 (18)). Sin embargo, es importante mencionar que la ley cuestionada, hasta que surta efectos la declaración de inconstitucionalidad, no es aplicable. Los

órganos judiciales no pueden decidir como si la ley existiese y deben suspender el juicio a la espera de una nueva ley que discipline la materia. Si el tiempo de espera es demasiado largo, entonces el juez, basándose en la Constitución (de donde obtiene directamente las premisas de la decisión), debe resolver la cuestión<sup>6</sup>.

Lo expuesto en el párrafo precedente, en cuanto a los efectos de la inaplicabilidad de la ley y la autorización excepcional para que el juez decida el caso, requiere de una mayor explicación. Precisamente, deben examinarse, entre otras, las consecuencias jurídicas de la declaración de incompatibilidad respecto de operadores jurídicos tales como los tribunales y los órganos de la administración<sup>7</sup>. Para ello, se parte de la constatación de que, entre el momento del pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal y la reforma de la ley por parte del legislador, transcurre un periodo transitorio durante el cual se presenta el problema de cómo deben tratar los tribunales y la Administración aquellos casos vinculados con la declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, la reiterada jurisprudencia del TCF sostiene que la norma declarada inconstitucional es sometida al denominado “bloqueo de aplicación” (*Anwendungssperre*), cuyos efectos se retrotraen al momento en el que se ha verificado la colisión normativa. Como sostiene el TCF, la declaración de incompatibilidad “desde el punto de vista del derecho constitucional tiene el mismo efecto de la declaración de nulidad. La norma no puede ser más aplicada en la medida que resulte de la parte dispositiva de la sentencia y desde el momento en el cual la decisión viene pronunciada”<sup>8</sup>. “Este bloqueo aplicativo inmediato vale mientras el legislador no haya emanado una nueva disciplina y es vinculante ya sea para los tribunales o para las autoridades administrativas. El bloqueo de aplicación representa como regla (...) la consecuencia jurídica principal de la declaración de incompatibilidad”<sup>9</sup>.

En cuanto al funcionamiento de la regla del “bloqueo de aplicación”, el TCF ha desarrollado

<sup>2</sup> La declaración de nulidad de la ley, atendiendo al principio general de que la ley, al no existir, no ha derogado el derecho anterior, tiene como consecuencia la reviviscencia del derecho derogado por la ley.

<sup>3</sup> WEBER, Albrecht. Op. cit. p. 75.

<sup>4</sup> Ibid. p. 75.

<sup>5</sup> Así en MAURER, H. “Staatsrecht I”. Munchen: Beck. 2005. pp. 700 y siguientes. En: Corte Constitucional de Italia, Servizio Studi, Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale. Marzo de 2007. pp. 198-199.

<sup>6</sup> Ibid. p. 199.

<sup>7</sup> FERONI G., Cerrina. “Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca: tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità”. Torino. 2002. pp. 212 y siguientes.

<sup>8</sup> BVerfGE, 37, 217 (261); 55, 100 (110); 61, 319 (356); 72, 278 (279); 73, 40 (101).

<sup>9</sup> FERONI G. Op. cit. p. 213.

algunas excepciones, pues parte de advertir que en algunos casos una fiel aplicación de ésta, además de encontrarse en contradicción con la misma *ratio* de la declaración de incompatibilidad, puede conducir a resultados perversos. Así, por ejemplo, en el caso del “día de descanso”<sup>10</sup>, el TCF declaró la respectiva ley incompatible con el artículo 3.2 de la Norma Fundamental y suspendió la sentencia del Tribunal del Trabajo que había rechazado el pedido para que se conceda tal día de permiso (*BVerfGE*, 52, 369). Ello, para mantener al recurrente la posibilidad de favorecerse por una eventual reglamentación legislativa del “día de descanso” que opere también para los hombres. En este caso, la disciplina sobre el “día de descanso” no era *per se* inconstitucional sino sólo en la medida en que tal beneficio fuese limitado a las mujeres. Por tanto, era correcto que el beneficio fuese conservado a las mujeres en el tiempo transitorio, es decir, mientras que el legislador no hubiese decidido si tal ley debía ser extendida también a los hombres o en su lugar debía ser cancelada también para las mujeres<sup>11</sup>.

Otra de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal en la que se verifica alguna peculiaridad en cuanto a sus efectos en el tiempo, es la denominada “sentencia apelativa”, mediante la cual el Tribunal considera que la norma controlada aún es constitucional en el momento de expedirse la sentencia, pero, sin embargo, cabe la posibilidad de que tal norma se convierta en inconstitucional en el futuro, por lo que en este caso se requiere la participación del legislador a fin de que dicte las leyes que eviten la inconstitucionalidad o la nulidad. Algunos temas en los que se ha aplicado este tipo de sentencia son: i) impuesto general a las ventas; ii) expulsión de las escuelas sin previsión legal; y iii) discriminatoria tributación del patrimonio<sup>12</sup>. En el caso sobre la “pensión de viudedad”, el TCF sostuvo que “(n)o se puede decir en la actualidad que las más rigurosas condiciones que establece la legislación vigente para la pensión de un viudo, en comparación con las exigidas para ser acreedor a una pensión de dicho tipo por

la viuda en la Seguridad Social, sean incompatibles con la Ley Fundamental. El legislador debe, sin embargo, esforzarse por encontrar una solución apropiada que excluya en el futuro una violación del artículo 3, apartado 2 y 3 de la L.F.”<sup>13</sup>. Al respecto, Schlaich sostiene que “(l)a ley, sin duda constitucional en su origen, está actualmente en vías de ser inconstitucional, a la vista del cambio de papel de la mujer en la pareja y en la familia; será por tanto, necesario que se aborde la reforma de dicha cuestión, pero hay que dar al legislador el tiempo necesario para llevarla a cabo. El legislador habría podido remitirse a la constitucionalidad de la regulación existente a tenor de una anterior decisión del Tribunal, pero en la actualidad corresponde al legislador la misión constitucional de adecuar la regulación del tema a la nueva situación”<sup>14</sup>.

## B. Austria

El modelo austriaco instaurado en 1920 ha tenido algunas variaciones en los últimos años, sobre todo después de la reforma constitucional de 1975. Mediante el artículo 140.5 de la Constitución<sup>15</sup>, el denominado “legislador constitucional” ha reconocido al Tribunal Constitucional austriaco la facultad discrecional de fijar el plazo establecido en dicho artículo y determinar su duración. En efecto, la invalidación de la ley produce normalmente efectos *ex nunc* (a futuro), los mismos que transcurren desde el día de la publicación, salvo en los casos en que el Tribunal Constitucional establezca un término para la derogación. La previsión del término tiene por objeto conceder al legislador el tiempo suficiente para reparar la norma viciada y evitar vacíos normativos, tiempo en el cual la norma ilegítima debe ser aplicada hasta el transcurso del término a excepción del caso que ha dado origen a la decisión<sup>16</sup>.

Una vez producida la invalidación, ésta vincula a todas las autoridades judiciales y administrativas. La sentencia estimatoria actúa retroactivamente,

<sup>10</sup> Se trataba de un caso en el que se presentó un recurso constitucional por violación del principio de igualdad contra una ley de un Land que concedía a las mujeres trabajadoras con propio núcleo familiar –y no a los hombres– un día libre de trabajo al mes.

<sup>11</sup> FERONI G. Op. cit. p. 214.

<sup>12</sup> WEBER, Albrecht. Op. cit. pp. 80-81.

<sup>13</sup> Rec. 39,169. Citado por SCHLAICH, Klaus. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”. En: AA.VV. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. p. 200.

<sup>14</sup> SCHLAICH, Klaus. Op. cit. p. 201.

<sup>15</sup> Artículo 140.5.- El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las sanciones interpuestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de un año.

<sup>16</sup> HUPPMANN, Reinhild. “La giustizia costituzionale in Austria”. En: LUTHER J. y otros. Esperienze di giustizia costituzionale. Volumen I. Torino. 2000. pp. 148 y siguientes.

en línea de principio, tan sólo en el caso que ha dado origen al control sobre la norma. “La jurisprudencia del Tribunal ha ampliado este efecto retroactivo que en un principio sólo beneficiaba al caso que ha dado origen al control, también a todos aquellos otros casos pendientes al inicio de la audiencia o de la Cámara de Consejo”<sup>17</sup>.

Asimismo, cabe mencionar que la segunda frase del artículo 140.7 de la Constitución reconoce al Tribunal la posibilidad de establecer “otra cosa” respecto a los efectos temporales de sus sentencias y “prescindir, por lo tanto, de la regla general de aplicación de la ley inconstitucional a todos los supuestos de hecho realizados (...) antes de su derogación, con la excepción del supuesto que dio origen al fallo. Ante la ausencia de una concreción de esta facultad atribuida al Tribunal Constitucional es evidente que faltan criterios claros para establecer distinciones en relación con la posible retroactividad de la sentencia. En determinadas circunstancias, dicha retroactividad podría llegar incluso hasta el extremo de que se equiparase de facto a una ‘declaración de nulidad’ (*ex tunc*)”<sup>18</sup>.

Si el Tribunal no se pronuncia en un sentido específico, “junto a la abrogación de la ley se produce la reviviscencia de las fuentes abrogadas por la ley juzgada como inconstitucional. Cuales sean tales fuentes deberán ser precisadas con la publicación de la sentencia”<sup>19</sup>.

Finalmente, conviene mencionar que una de las transformaciones más importantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Austriaco tiene que ver con la extensión de la noción de *Anlassfall*<sup>20</sup>, que originariamente concernía a los efectos de la inconstitucionalidad sobre el “caso que había dado origen al pronunciamiento del Tribunal”. A partir de 1985, tal término se extiende a cualquier otro juicio pendiente ante el mismo Tribunal Constitucional al momento del debate o de la deliberación en Cámara de Consejo. Así por ejemplo, en la sentencia del 17 de marzo de 1988, la noción de *Anlassfall* viene posteriormente extendida en modo tal que, estando previsto un

plazo de un año, el Tribunal establece la retroactividad de su pronunciamiento en otros 25 *Anlassfälle*, todos pendientes al momento del debate<sup>21</sup>.

### C. Italia

A modo de premisa, puede afirmarse que la Corte Constitucional italiana se ha dotado de un conjunto de mecanismos y tipos de decisión con el objeto de lograr su misión constitucional y, de este modo, romper la rigidez que le imponía tanto la cuestión de inconstitucionalidad sometida a su conocimiento, como las diferentes opciones adoptadas por el legislador. Las razones de tal actitud se encuentran en “el temor a crear vacíos normativos (*horror vacui*) o situaciones normativas con resultados peores de los que deberían eliminar con la sentencia de inconstitucionalidad, sobre todo teniendo en cuenta la inercia del legislador, el respeto por el ámbito de discrecionalidad del legislador, la incidencia financiera de las decisiones (el coste de las sentencias)”<sup>22</sup>, entre otras.

En cuanto a la normatividad que rige la eficacia de las decisiones estimatorias y la modulación de los efectos en el tiempo, el artículo 136 de la Constitución italiana establece que “cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una ley o un acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión”. Asimismo, el artículo 30.3 de la Ley 87 de 1953, precisa que “las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas desde el día siguiente a la publicación de la decisión”.

Según se afirma, “en la actualidad es absolutamente pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que la disposición declarada inconstitucional no puede aplicarse en procesos futuros, en el juicio *a quo* ni en los pendientes, con excepción solamente de las denominadas relacionadas ya agotadas, esto es, las relativas a decisiones jurisdiccionales o bien a actos que, en general, ya han aplicado la disposición declarada ilegítima y que ya se han convertido en definitivos al ser firmes o no susceptibles de recurso alguno”<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Ibid. p. 150.

<sup>18</sup> SCHAFFER, Heinz. “Austria, la relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador”. En: AJA, Eliseo. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Ariel. 1998. pp. 32-33.

<sup>19</sup> HUPPMANN, R. Op. cit. p. 151.

<sup>20</sup> En sistemas de control concentrado en los que existen procedimientos de naturaleza incidental, el *Anlassfall* puede ser entendido como aquel caso que había dado origen a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

<sup>21</sup> CERVATI, Angelo Antonio. “Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti Costituzionali Austriaca, Tedesca e Italiana”. En: Quaderni Costituzionali 2. Agosto de 1989. pp. 275-276.

<sup>22</sup> ROMBOLI, Roberto. “Italia”. En: AJA, Eliseo. Op. cit. pp. 108-109.

<sup>23</sup> Ibid. p. 119.

En cuanto a las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad expedidas en el procedimiento incidental descartando un determinado sentido interpretativo de la ley cuestionada o identificando otros sentidos interpretativos que resultan compatibles con la Constitución, cabe mencionar que la mayoría de la doctrina coincide en la ausencia de efectos *erga omnes* y que éstas “no vinculan en general a los jueces ordinarios a adoptar la interpretación que la Corte ha declarado conforme a la Constitución”<sup>24</sup>, aunque existe otro sector que estima que se deben aproximar los efectos de las sentencias de rechazo a los de las sentencias de acogimiento, relativizando estos y extendiendo aquéllos, por lo que las sentencias de rechazo también despliegan eficacia en todo el ordenamiento<sup>25</sup>.

En general, en cuanto a los efectos temporales de las sentencias, sostiene Paladin que, al no contarse con previsiones constitucionales específicas como aquellas que operan en otros ordenamientos<sup>26</sup>, la Corte Constitucional ha empezado a moverse por propia cuenta y se ha servido fundamentalmente de tres técnicas decisorias<sup>27</sup>:

La primera es la técnica del “doble pronunciamiento”. Conforme a ella, se asume un primer pronunciamiento que declara infundada o inadmisibles la cuestión, pero en su motivación la Corte avisa previamente su orientación si se vuelve a plantear la cuestión, por lo que si en la siguiente oportunidad no se ha superado el vicio advertido, declara la respetiva anulación<sup>28</sup>.

La segunda es la decisión “aditiva”. Al respecto, conviene precisar que en este caso no se está necesariamente frente a una decisión aditiva en el sentido de crear algo formalmente nuevo en el ordenamiento a nivel de legislación ordinaria, sino en el sentido de restringir –precisamente– los

efectos temporales de la declaración estimatoria. En este caso existe sólo un único pronunciamiento, el cual contiene en la parte dispositiva de la sentencia estimatoria todo lo necesario para el fin que se pretende. A modo de ejemplo, puede mencionarse la sentencia 266 de 1988, vinculada al ordenamiento judicial militar de paz, en cuya parte dispositiva se declara la ilegitimidad constitucional de un determinado artículo de la Ley 180 de 1981, “en la parte en la cual consiente que las medidas sobre el mismo artículo sean posteriormente adoptadas con el procedimiento indicado en la misma disposición”<sup>29</sup>.

La tercera, muy semejante a la declaración de incompatibilidad alemana, se denomina “decisión de declaración de incompatibilidad entre la norma legislativa impugnada y el parámetro constitucional invocado”. Sin embargo, en este caso no sigue a esta decisión un efecto inmediato de anulación que pueda servir a los interesados. A manera de ejemplo, conviene recordar la sentencia 497 de 1988, que fundamentándose en la sentencia 560 de 1987, declara la ilegitimidad constitucional de una determinada norma en la parte en la cual no prevé un mecanismo de adecuación del valor monetario indicado. Precisamente, la falta de tal mecanismo es la razón por la cual la Corte Constitucional anula tal norma, pero establece que compete al legislador la adecuación del importe de la indemnización como determinado por la norma que se declara constitucionalmente ilegítima.

#### D. España

Conforme a la normatividad española, las sentencias mediante las cuales el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley adquieren eficacia

<sup>24</sup> DIAZ REVORIO, Francisco Javier. “La interpretación constitucional de la ley”. Lima: Palestra. 2003. p. 153.

<sup>25</sup> RUGGERI, A. “Storia di un falso: l’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale. Giuffrè”. Milán. 1990. Citado por: DIAZ REVORIO, Francisco Javier. Op. cit. p. 154.

<sup>26</sup> El artículo 282 de la Constitución de Portugal contiene una disposición según la cual el Tribunal Constitucional puede restringir el ámbito temporal de efectos de sus decisiones de estimación, cuando lo exijan razones concernientes a la certeza del derecho, a la equidad o a otros intereses públicos de excepcional relevancia.

<sup>27</sup> PALADIN, Livio. “Considerazioni preliminari”. En: Corte Costituzionale. Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle sperienze straniere. Giuffrè. 1989. pp. 8 y siguientes.

<sup>28</sup> Algunas críticas que se han formulado a este tipo de pronunciamiento son que: i) si la brevedad de la aplicación de una norma inconstitucional vale por sí misma para justificar su existencia; y ii) si con este tipo de pronunciamiento la Corte “no termina por hacer depender su jurisprudencia de eventualidades accidentales, que no depende de su voluntad, es decir, del hecho que la cuestión sea nuevamente propuesta, porque sólo en tal caso se podría arribar al doble pronunciamiento allí donde el vicio permanezca”. PALADIN, Livio. Op. cit. p. 9.

<sup>29</sup> Para comprender mejor lo decidido en esta sentencia conviene citar el último párrafo de la parte considerativa: “La ilegitimidad constitucional del primer inciso del artículo 15 de la ley bajo examen, que aquí se va a declarar, derivada, precisamente, de la inercia legislativa prolongada por largo tiempo, no incide, se reitera, en ningún modo sobre lo que hasta ahora ha actuado en vía administrativa o jurisdiccional bajo el vigor de la mencionada norma ordinaria”.

*erga omnes* desde el día siguiente de su publicación y tienen efectos retroactivos, en el sentido de que la nulidad de la norma debe entenderse desde su entrada en vigor<sup>30</sup>, salvo cuando se trate de “procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada”. Conforme al artículo 40 inciso 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, “LOTCC”), tal límite cede cuando se trata de “procesos penales o contenciosos administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”<sup>31</sup>.

La sentencia 45/1989 marca un punto de inflexión entre dos posiciones asumidas por el Tribunal Constitucional español sobre la determinación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad<sup>32</sup>, desde una de aplicación más o menos estricta de las disposiciones de su Ley Orgánica, según la cual aquél no podía modular tales efectos, hacia otra según la cual sí le corresponde decidir, según el caso concreto, la modulación de los efectos de la inconstitucionalidad<sup>33</sup>.

Declarada una vez la nulidad de la norma, no puede seguir aplicándose a situaciones futuras como tampoco a aquellas que, si bien tuvieron origen antes de la sentencia, no son todavía firmes. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, con la declaración de nulidad se persigue precisamente excluir “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar” (STC 196/1997 y STC 233/1999). “Esta regla no parece que admita excepción, pues por mucho que se modulen las consecuencias de la nulidad, no resulta admisible que una norma declarada

nula siga produciendo efectos y pueda seguir aplicándose por Jueces y Tribunales. De otro modo se difuminaría toda diferencia entre nulidad y derogación”<sup>34</sup>.

Si bien el supuesto común en las sentencias de inconstitucionalidad es la nulidad de la ley controlada, existen otros casos en los que la inconstitucionalidad no lleva aparejada la declaración de nulidad. Dentro de estos últimos tenemos a las denominadas *sentencias interpretativas* y a las *sentencias de mera inconstitucionalidad*. Las primeras, que parten de la distinción entre disposición y norma, resultan procedentes cuando una misma disposición admite diferentes sentidos interpretativos, algunos de los cuales pueden ser compatibles con la Constitución y otros no. Por ello, conforme al principio de interpretación conforme a la Constitución, así como a la presunción de legitimidad de la ley, debe evitarse la declaración de inconstitucionalidad de una disposición siempre que sea identificable un sentido conforme a la Constitución. Por tanto, la disposición impugnada sigue surtiendo efectos en el tiempo pero subordinada a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, ya sea que éste ha excluido en el futuro un determinado sentido interpretativo<sup>35</sup> o que ha establecido un determinado sentido interpretativo conforme con la Constitución<sup>36</sup>.

Mediante las segundas, el Tribunal Constitucional opta por declarar la simple inconstitucionalidad sin adoptar ninguna medida para su reparación inmediata, fundamentándose en: i) la concurrencia de un interés general que exigía evitar la nulidad de la ley, a lo que podía sumarse que la ley ya hubiese agotado sus efectos; y ii) cuando, pese a haberse apreciado la inconstitucionalidad,

<sup>30</sup> Artículo 39, inciso 1 LOTCC.- “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”.

<sup>31</sup> PAMIO, Verónica. “La Justicia Constitucional en España”. En: CELOTTO, Alfonso y otros. La Justicia Constitucional en Europa. México: Fundap. 2004. p. 154.

<sup>32</sup> GÓMEZ MONTORO, Ángel. “Comentario al artículo 39”. En: REQUEJO PAJES, Juan Luis. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Madrid: BOE. 2001. p. 583. En el mismo sentido, ROMBOLI, Roberto y otro. “La giustizia costituzionale in Spagna”. En: LUTHER J. y otros. Esperienze di giustizia costituzionale. Volumen II. Torino. 2000. p. 343.

<sup>33</sup> STCE 25 de 1989: “En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” (art. 38.1 LOTCC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento. La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”. Foja 11.

<sup>34</sup> GÓMEZ MONTORO, Ángel. Op. cit. p. 588.

<sup>35</sup> Entre otras: STC 22/1981; STC 199/1987 y STC 212/1996.

<sup>36</sup> Entre otras: STC 5/1982 y STC 105/2000.

el Tribunal difiere su eficacia hasta el momento en el que intervenga el legislador y de este modo se repare la inconstitucionalidad.

### III. LA EFICACIA TEMPORAL DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

En el caso peruano, conforme se desprende del artículo 204 de la Constitución<sup>37</sup>, la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley no tiene efectos retroactivos, es decir, tal declaración no constituye un pronunciamiento declarativo en el que precisamente sólo se declara la nulidad, sino un pronunciamiento constitutivo en el que se declara la anulabilidad de la ley, la misma que deja de surtir efectos a partir de su declaratoria de inconstitucionalidad. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, "(c)onstatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia (...) que así lo declarase (artículo 204 de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (...). En suma, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales"<sup>38</sup>. En otras palabras, la expresión "dejar sin efecto" refleja "la imposibilidad de aplicación presente y futura de la norma

declarada inconstitucional, pero también su expulsión del ordenamiento jurídico"<sup>39</sup>.

A pesar de que la diferencia entre derogación y declaratoria de inconstitucionalidad es importante al *momento de calificar una demanda*, de modo que se pueda verificar si se ha producido la sustracción de la materia o no –que es el supuesto al que se refiere el aludido Expediente 0004-2004-AI y sobre el que inicialmente había un comprensión errónea del Tribunal–<sup>40</sup>, tal diferenciación también resulta importante para verificar los efectos temporales de la *sentencia*, pues una vez declarada la inconstitucionalidad de una ley van a ser distintos los efectos de la declaratoria si es que ésta es considerada como una "derogación de la ley" o si es considerada como "inconstitucionalidad de la ley".

En cuanto a la diferenciación en el primer momento –la calificación de la demanda–, se ha sostenido que "(a)unque al control abstracto de constitucionalidad de las normas le es inherente el interés objetivo de defensa de la supremacía normativa de la Constitución y no el interés subjetivo de aquellos que pueden ser víctimas de su aplicación, tal potencial o efectiva aplicación es el "factor inmanente" en todo control de la constitucionalidad, sea éste abstracto o difuso. La imbricación incesante entre la ley y la realidad fáctica, o (lo que es lo mismo) entre la ley y su aplicación, impone que sea la eficacia de la ley y no su vigencia el criterio que deba ser atendido al momento de determinar la existencia o no de objeto de enjuiciamiento en el proceso de inconstitucionalidad"<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Artículo 204.- "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

<sup>38</sup> Expediente 0004-2004-AI. Foja 2. Caso ITF. Asimismo, como consecuencias de lo expuesto, el TC agrega: "De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria".

Asimismo, es importante destacar que tratándose de una norma tributaria, el segundo párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional establece que es el Tribunal Constitucional el que debe determinar, de manera expresa en la sentencia, los efectos de su decisión en el tiempo. Sin embargo, en nuestra doctrina existen opiniones discrepantes en cuanto a la aplicación de efectos retroactivos en materia tributaria. Así, Samuel Abad sostiene que el artículo 74 de la Constitución, párrafo final, "no autoriza la eficacia retroactiva de las decisiones del Tribunal. Ante una declaración expresa de la Constitución que no otorga efectos retroactivos a las sentencias del Tribunal (artículo 204º), no resulta fácil interpretar que un aislado dispositivo ubicado en un título distinto constituya una excepción a la regla general establecida. Creemos que esta excepción debió haber sido prevista por la Constitución". ABAD YUPANQUI, Samuel. "Derecho Procesal Constitucional". Gaceta Jurídica. 2004. p. 166.

<sup>39</sup> CARPIO MARCOS, Edgar. "El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional". En: Proceso y Justicia 5. Abril de 2005. p. 62.

<sup>40</sup> "Conocidas son las dudas suscitadas tras la publicación de la sentencia 0010-2002, respecto a la legitimidad de los procesos a terroristas en los que participaron Jueces sin rostro, toda vez que en la referida sentencia, el TC en claro desatino no se pronunció sobre el particular por haber sido derogadas las disposiciones que permitían la existencia de tales jueces, a pesar de que la decisión tenía la capacidad de invalidar los efectos que tales disposiciones cumplieron en el pasado. Este es claro ejemplo de la relevancia que tiene valorar los efectos de las disposiciones y no su vigencia, al momento de determinar la sustracción de la materia en los procesos de inconstitucionalidad". RODRÍGUEZ S. Roger. "Proceso de inconstitucionalidad y Tribunal Constitucional. Algunos apuntes sobre su finalidad y su objeto de control". En: Proceso y Justicia. Abril de 2005. p. 76.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ S., Roger. Op. cit. p. 75.

En cuanto a la diferenciación en el segundo momento –la verificación de los efectos temporales de la sentencia–, la aludida imbricación entre la ley y su aplicación también va a resultar de particular relevancia, pues si se considera la declaratoria de inconstitucionalidad como una “derogación de la ley”, entonces se centrará nuestra atención en la “vigencia” de la ley, por lo que una vez declarada la inconstitucionalidad de ésta, ya no va a surtir efectos en el futuro, *quedando intactos los efectos de la ley respecto de aquellas situaciones iniciadas antes de la declaración de inconstitucionalidad*. En cambio, si se toma en cuenta la declaratoria como lo que realmente es, una de “inconstitucionalidad” de la ley, entonces se centrará nuestra atención en la unión inescindible entre la ley y su eficacia, por lo que una vez declarada la inconstitucionalidad de la ley, ésta no sólo no va a surtir efectos en el futuro, *sino que se cortan los efectos de la ley respecto de aquellas situaciones iniciadas incluso antes de la declaración de inconstitucionalidad*. Mediante la declaración de inconstitucionalidad, entendida en los términos antes expuestos, se elimina la operatividad formal y material de la ley incompatible con la Constitución, es decir, se elimina en su totalidad todo tipo de efectos que pudiera estar produciendo, así como aquellos que podrían producirse en el futuro, no sucediendo lo mismo con las situaciones jurídicas ya agotadas, salvo, claro está, cuando tales situaciones se refieran a materia penal o tributaria.

Como se puede apreciar, la aludida verificación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad se ha realizado respecto de sentencias que declaran fundada la demanda de inconstitucionalidad. Por ello, conviene ahora preguntarse ¿cuáles serían los efectos temporales de aquellas sentencias que declaran infundada la demanda de inconstitucionalidad pero que contienen, por ejemplo, determinados sentidos interpretativos de la ley que resultan compatibles con la Constitución? o, en otros términos, ¿cuáles serían los efectos temporales de las sentencias interpretativas que declaran infundada la demanda de inconstitucionalidad<sup>42</sup> –y por tanto, que la ley cuestionada es constitucional–, si el ya mencionado artículo 204 de la Constitución sólo

hace referencia a la cesación de efectos de la norma declarada inconstitucional?

Sobre el particular, estimamos que cuando el Tribunal Constitucional, pese a declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad, identifica determinados sentidos interpretativos de una ley o norma con rango de ley que resultan compatibles o incompatibles con la Constitución, estos son vinculantes para todos los operadores jurídicos, debiendo surtir los mismos efectos que la sentencia que declara fundada la demanda de inconstitucionalidad. En efecto, conforme se desprende del artículo 201 de la Norma Fundamental, la propia naturaleza de “órgano de control de la Constitución” le confiere a todas las sentencias del Tribunal Constitucional la vinculatoriedad necesaria para que tal función de control pueda realizarse efectivamente. Por tanto, ya sea que se declare fundada o infundada una demanda de inconstitucionalidad, los operadores jurídicos se encuentran en la obligación de respetar aquellos sentidos interpretativos contenidos en una sentencia del Tribunal Constitucional.

A nivel legal, esta vinculatoriedad hacia “todas” las sentencias del Tribunal Constitucional se ve reforzada por disposiciones como aquella contenida en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, que establece que “(l)as sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.

A continuación reseñaremos algunas sentencias del Tribunal Constitucional en las que destaca el tratamiento efectuado con relación a los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Previamente, debemos mencionar que en los primeros años de efectivo funcionamiento del Tribunal, éste no ha tomado en consideración de modo destacado la diferente tipología de sentencias que sobre el tema han desarrollado otros Tribunales Constitucionales, sino que se ha ubicado en un esquema formalista en el que sólo se optaba por una sentencia estimatoria o una deses-

<sup>42</sup> Para examinar la diversa tipología de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional peruano ver: SAENZ DÁVALOS, Luis y otros. “Informe al Pleno del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que modifica algunas de sus funciones”. En: Gaceta del Tribunal Constitucional 1. Enero-marzo de 2006. En este informe se sostiene que el Tribunal ha dictado los siguientes tipos de sentencias: 1) Interpretativas propiamente dichas (0004-1996-AI/TC, 0014-1996-AI/TC, 0050-2004-AI/TC y 0019-2005-AI/TC); 2) reductoras (0015-2001-AI/TC y 0010-2002-AI/TC); 3) aditivas e integrativas (0006-2003-AI/TC y 0050-2004-AI/TC), y 4) exhortativas y de mera incompatibilidad (0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC y 0023-2003-AI/TC).

timatoria de la demanda de inconstitucionalidad<sup>43</sup>, sin mayor análisis sobre los efectos presentes, futuros o pasados de sus decisiones.

Destacan, entre otras, las sentencias recaídas en los siguientes expedientes: **a) 0007-96-I/TC**, acumulado al **0017-96-I/TC**, en el que se declara fundada en parte la demanda e inconstitucional el artículo 10 del Decreto Ley 25967, destacando el fundamento 18 que establece lo siguiente: “En la medida que las transferencias de sistemas previsionales a la ONP, y el pago de las mismas se desarrollen en los términos expresados en la presente fundamentación, este Tribunal no considera que exista ninguna inconstitucionalidad; *pero en el caso que las normas de creación, implementación y funcionamiento de la ONP, se apliquen para violentar los derechos adquiridos de los pensionistas, estamos ante violación flagrante de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución*” (cursivas agregadas); **b) 0006-2000-AI/TC**, en el que se declara fundada en parte la demanda e inconstitucional el segundo párrafo de la Octava Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27308, “por discriminatorio (...) y ordena se conceda, a las empresas no comprendidas en este segundo párrafo, igual plazo para acceder al permiso de exportación que el concedido a las empresas comprendidas en el...” (cursivas agregadas); **c) 0010-2002-AI/TC**, en el que se declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad e inconstitucionales determinados extremos de los denominados decretos leyes antiterroristas dictados durante el gobierno de Alberto Fujimori, disponiendo, entre otros aspectos, que “exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N<sup>os</sup> 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup>, incisos b) y c); y 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup> y 9<sup>o</sup> del Decreto Ley N<sup>o</sup> 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N<sup>o</sup> 205 de esta sentencia. Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los

fundamentos 229 y 230 de esta sentencia. Indica que esta sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia”; **d) 0023-2003-AI/TC**, sobre la justicia militar, en el que se declaran inconstitucionales determinadas normas del Decreto Ley 23201 y además se exhorta “al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia”; **e) 0030-2004-AI/TC**, sobre la actualización del porcentaje de aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores del Sector Público y regula las nivelaciones de las pensiones del régimen del Decreto Ley 20530, en el que se declara fundada la demanda e “inconstitucional el criterio porcentual de aportaciones establecido en el artículo 1<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 28047, debido a que vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad dentro de los alcances señalados en el fundamento 14 (y) *PROPONE al Congreso de la República que, dentro de un plazo razonable y breve (antes de agosto de 2006, fecha en la que el monto de las aportaciones sube a 20%), reemplace legislativamente el criterio establecido en dicho artículo por un criterio de porcentaje de aportación escalonado*” (cursivas agregadas); **f) 0033-2004-AI/TC**, sobre el anticipo adicional del impuesto a la renta (AAIR), en el que se declara “fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27804 y el artículo 53<sup>o</sup> del Decreto Legislativo N.º 945, que incorpora el artículo 125<sup>o</sup> del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N.º 054-99-EF” y que “*Los referidos dispositivos legales, declarados inconstitucionales, dejan de tener efecto desde la fecha en que fueron publicados*” (cursivas agregadas).

Asimismo, son de relevancia las siguientes sentencias: **g) 0041-2004-AI**, sobre arbitrios municipales, en la que se declara “fundada la demanda e inconstitucionales las siguientes

<sup>43</sup> “Lo cierto es que el Tribunal Constitucional peruano ha operado como regla general en las antípodas del abanico de posibilidades de la declaración general de una ley como constitucional o no. Así, la justicia constitucional se ha limitado a declarar las demandas fundada –inconstitucional la ley– o infundada –constitucional la ley–; asumiendo un argumento judicial positivista que limita la Constitución a lo verdadero o lo falso, restándole la potencialidad que se consagra en ella, desarrollándola y promoviéndola a través de otro tipo de sentencias”. LANDA ARROYO, César. “Tribunal Constitucional y Estado democrático”. Segunda Edición. Palestra. 2003. p. 176.

Ordenanzas (...)” y además se declara que “la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por consiguiente, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas declaradas inconstitucionales, quedando a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad (...) que los términos de esta Sentencia no habilitan la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas declaradas inconstitucionales”; **h) 0053-2004-AI**, también sobre arbitrios municipales, en la que se declara “1. Fundada la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de las Ordenanzas (...) 3. Declarar que las reglas de observancia obligatoria, así como el fallo respecto a la no retroactividad en los efectos de esta sentencia, vinculan a todas las municipalidades del país. En consecuencia: Lo establecido en la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por lo tanto, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de constitucionalidad. No obstante, quedan a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad. Declarar que los términos de esta Sentencia no habilitan en ningún caso la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o de cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de constitucionalidad. No obstante, están habilitadas las cobranzas por los periodos impagos no prescritos: a) con base a ordenanzas válidas por periodos anteriores, reajustadas según el índice de precios al consumidor; o, en su defecto, de no existir norma anterior válida, b) con base a nuevas Ordenanzas, las que deberán emitirse de acuerdo al plazo dispuesto en el punto XIII, de la presente sentencia. Declarar que la regla respecto de las no devoluciones masivas, no alcanza a los procesos contra ordenanzas inconstitucionales por la forma o por el fondo, que ya se encontraban en trámite antes de la publicación de la presente sentencia. Declarar que a partir de la publicación de la presente sentencia, la revisión de las controversias que pudieran presentarse en diversas municipalidades del país respecto al pago de arbitrios, deberá agotar la vía administrativa. Cumplido tal requisito, queda expedito el derecho de los contribuyentes para interponer acciones

de amparo en los casos específicos de aplicación indebida de las reglas establecidas en esta Sentencia (...) 5. Exhortar al Congreso para que precise en la legislación que regula la producción normativa municipal, la forma como se ejerce el derecho constitucional de la participación ciudadana en el proceso de determinación y distribución del costo de arbitrios”; **i) 0018-2005-PI/TC**, en la que se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Provincial 047-2004-MPI y se precisa que “a partir de la publicación de la presente sentencia, los criterios vinculantes de constitucionalidad material desarrollados en el punto VIII, A, § 3 de la STC 0053-2005-PI/TC, si bien resultan bases presuntas mínimas, estas no deben entenderse rígidas en todos los casos, pues tampoco lo es la realidad social y económica de cada Municipio. De este modo, será obligación de cada Municipio, sustentar técnicamente, —en función de lo expuesto en los fundamentos 22 y siguientes—, aquellas otras formulas que adaptándose mejor a su realidad, logren una mayor justicia en la imposición”; **j) 0019-2005-PI/TC**, en la que se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28658, en cuanto a la frase “y domiciliaria”, y consecuentemente: “Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite: Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos. En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, *supra*, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada. Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias

entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada"; y **k) 00002-2006-AI**, sobre el Código Tributario, en la que declara "inconstitucional la Disposición Transitoria Única de la Ley N.º 28647" y que "(l)a presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación, conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico 37, *supra*".

Finalmente, conviene mencionar los siguientes casos; **I) 0004-2006-PI/TC**, sobre la justicia militar, en el que se declaran inconstitucionales determinados extremos de la Ley 28665, estableciendo además: "5. Disponer que la declaración de inconstitucionalidad de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665 surte efectos al día siguiente de la publicación de la presente sentencia. 6. Disponer, respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. 7. Declarar que el Ministerio Público puede ejercer las atribuciones que señala su Ley Orgánica para designar los fiscales con formación especializada que actúen ante la jurisdicción militar policial", y; **II) 0006-2006-PI/TC**, también sobre justicia militar, en el que se declararon inconstitucionales otros extremos de la Ley 28665 y además: "5. Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. 6. Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución".

#### **IV. LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LEGISLADOR. LA VACATIO SENTENTIAE Y EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD DE LA EXHORTACIÓN LIBRADA AL LEGISLADOR**

Tomando en cuenta algunos de los casos del Tribunal Constitucional, seguidamente plantea-

remos un problema relacionado con los efectos temporales de la sentencia de inconstitucionalidad –básicamente cuando el Tribunal establece una *vacatio sententiae* en la que el Legislador no atiende la exhortación librada a éste–, el mismo que encierra otro problema de graves consecuencias como es la efectividad de la justicia constitucional y, consecuentemente, el de la fuerza normativa de la Constitución.

Si bien en algunos casos el Legislador ha respetado la *vacatio sententiae* y exhortación establecidos en una sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, en otros no lo ha hecho, originando con ello la afectación de determinados bienes jurídicos constitucionales. En efecto, en cuanto a lo primero, el Legislador ha expedido leyes necesarias para reparar una situación de inconstitucionalidad, antes que surta efecto la respectiva declaratoria, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente 00010-2002-AI/TC), en el que, atendiendo a la exhortación efectuada por el Tribunal Constitucional, tan sólo a unos días de publicada la sentencia (4 de enero de 2003), el Parlamento expidió la Ley 27913, que delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo (9 de enero de 2003), y éste, en poco más de un mes dictó un conjunto de decretos legislativos, que entre otras previsiones, regulaba los nuevos procesos penales a realizarse.

En cuanto a lo segundo, el Legislador no ha atendido a la exhortación del Tribunal Constitucional ni observado la *vacatio sententiae* establecida en la sentencia del caso sobre la actualización del porcentaje de aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores del Sector Público Nacional y regulación de las nivelaciones de las pensiones del régimen del Decreto Ley 20530 (Expediente 0030-2004-AI/TC), en el que declara inconstitucional "el criterio porcentual de aportaciones establecido en el artículo 1º de la Ley N° 28047, debido a que vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad", y propone "al Congreso de la República que, dentro de un plazo razonable y breve (antes de agosto de 2006, fecha en la que el monto de las aportaciones sube a 20%), reemplace legislativamente el criterio establecido en dicho artículo por un criterio de porcentaje de aportación escalonado" (subrayado agregado). Luego de transcurrir más de 1 año y 5 meses del aludido plazo el Legislador no ha expedido la respectiva ley, originando que las entidades administrativas apliquen discrecionalmente el respectivo porcentaje del aporte, perjudicándose de este modo los derechos de propiedad y a la seguridad social de un considerable número de pensionistas.

De igual modo, en los casos de la Justicia Militar, el Legislador no ha atendido la exhortación y *vacatio sententiae* establecida por el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional ha expedido hasta tres sentencias sobre la Justicia Militar (0023-2003-AI/TC, 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC), en las que además de haber declarado la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones del Decreto Ley 23201 y Ley 28665, ha establecido tres *vacatio sententiae* y ha diferido los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad (en el primer caso una *vacatio* de un año que vencía el 7 de enero de 2006, en el segundo una *vacatio* de seis meses, y en el tercero una *vacatio* que vencía el 31 de diciembre de 2006), por lo que ha exhortado al legislador para que en tales periodos de tiempo expida nuevas leyes que regulen la justicia militar en modo conforme con la Norma Fundamental. La modulación de los efectos temporales de la declaratoria de inconstitucional se ha justificado, según el Tribunal, en la necesidad de evitar un vacío normativo que por sí mismo generaría graves consecuencias en la administración de la justicia militar<sup>44</sup>.

Sin embargo, pese al tiempo otorgado, el legislador ha expedido la Ley 28934, que amplía indefinidamente la vigencia de un modelo de justicia militar que precisamente fue identificado por el Tribunal Constitucional como incompatible con la Constitución, y se ha dado el caso de que, mediante la aludida Ley 28665 (controlada mediante sentencias contenidas en los Expedientes 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC), se han repetido contenidos del Decreto Ley 23201, declarados inconstitucionales mediante la sentencia del Expediente 0023-2003-AI/TC (contenidos tales con el nombramiento de los jueces militares directa o indirectamente por parte del Poder Ejecutivo o la existencia de un Ministerio Público propio de la Justicia Militar pese a que no existe habilitación constitucional para tal efecto, entre otros).

Al respecto, teniendo en cuenta como se aborda este tipo de problemas en el sistema constitucional alemán, cabe precisar que la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional

expedidas en procesos de inconstitucionalidad, la misma que en nuestro caso se desprende de los artículos 201 y 204 de la Norma Fundamental y del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, entre otras previsiones, así como los efectos de cosa juzgada que tienen tales sentencias, conllevan una prohibición al Parlamento de volver a legislar los contenidos claramente identificados como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, debe tomarse en consideración, como lo menciona el Tribunal Constitucional, citando a Franco Modugno, que “circunscribir los efectos “naturales” de los pronunciamientos de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional constituye una necesidad que deriva de su rol institucional: *‘eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad’* sin que los resultados de su juicio sean todavía más perjudiciales para el ordenamiento. Toda la historia de las sentencias interpretativas, desestimatorias y estimatorias, de las manipulativas, aditivas o sustitutivas, está allí para demostrarlo. El *horror vacui*, el temor a la laguna, a menudo es justificado por la advertencia que el *posterius* puede resultar más inconstitucional que el *prius*. El temor a la laguna acude por tanto, a valores constitucionales imprescindibles. No obstante, sin querer renunciar, por otra parte, a la declaración de inconstitucionalidad, un remedio a veces eficaz, en determinadas circunstancias, puede ser aquel de la limitación de sus efectos temporales”<sup>45</sup>. Por tanto, la decisión del Tribunal Constitucional de diferir los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no debe ser tomada como una carta libre y de plazo indefinido para el legislador, sino como la identificación de una situación de emergencia cuya solución requiere de la urgente actuación del Poder Legislativo, actuación que no implica en modo alguno la subordinación a las decisiones del Tribunal Constitucional, sino más bien la determinación por parte del Tribunal Constitucional que es el Legislador el órgano idóneo para reparar la situación de vulneración de bienes jurídicos de tal relevancia como son los derechos fundamentales u otros bienes constitucionales.

<sup>44</sup> Conforme sostiene el Tribunal Constitucional en el Expediente. 0004-2006-PI/TC, “la declaración de inconstitucionalidad de las respectivas disposiciones, de surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial, ocasionaría las siguientes consecuencias, entre otras: - Los órganos de la jurisdicción militar simplemente no podrían funcionar. - Las fiscalías penales militares policiales no podrían funcionar.- No existirían órganos legítimos que tramiten los respectivos procesos judiciales de la jurisdicción militar.- Los procesados que se encontraran sufriendo detención judicial preventiva deberían ser puestos inmediatamente en libertad.- En suma: paralización total del sistema de justicia militar” (fundamento 179).

<sup>45</sup> Expediente 0004-2006-PI/TC. Fundamento 176.

## V. LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL. LA APLICABILIDAD EN EL CASO CONCRETO DE UNA LEY CUYA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD HA SIDO DIFERIDA

En este extremo plantearemos otro problema relacionado con los efectos temporales de la sentencias de inconstitucionalidad, esta vez uno vinculado a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad que ha sido diferida por un determinado periodo de tiempo, respecto de los jueces ordinarios.

En efecto, la pregunta que se plantea inmediatamente es ¿qué debe hacer un juez ordinario, en un caso concreto, al que se le ha pedido que inaplique una ley que a su vez ha sido declarada como incompatible con la Norma Fundamental por el Tribunal Constitucional pero cuyos efectos de inconstitucionalidad han sido diferidos por un periodo de un año por ejemplo?

En general, cabe precisar que cuando el Tribunal difiere los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por un determinado periodo, autoriza implícitamente a que la ley inconstitucional siga surtiendo efectos durante tal lapso de tiempo. Sin embargo, creemos que, excepcionalmente, si en un caso concreto un juez del Poder Judicial verifica las consecuencias que se pueden producir en cuanto a la grave afectación de los derechos fundamentales del procesado, entonces puede inaplicar dicha ley en ese caso específico.

Esto último no afecta la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional que ha diferido los efectos de ésta, pues cuando este Alto Tribunal estima tal modulación de los efectos, normalmente lo hace con el objeto de evitar las graves consecuencia que *en general* produciría la declaratoria de inconstitucionalidad si es que ésta se hace efectiva en el momento de ser publicada en el diario oficial; por lo que, tratándose de supuestos concretos, el juez ordinario es el que debe evaluar con la mayor rigurosidad la gravedad de la afectación de los derechos fundamentales del procesado por parte de la respectiva ley.

Este ha sido también el razonamiento del Tribunal Constitucional en algunos casos. Así por ejemplo, en el Expediente 6081-2005-HC/TC, sostuvo que

“(e)s preciso indicar que si bien el Tribunal Constitucional, en la precitada sentencia (0023-2003-AI/TC), moduló los efectos de la misma, estableciendo una *vacatio sententiae* de un año a partir de su publicación en el diario oficial, no impide que emita pronunciamiento en el marco de un proceso constitucional de la libertad, aplicando control difuso respecto de las normas que se cuestionan. La referida *vacatio* tiene por efecto prolongar la vigencia de las normas declaradas inconstitucionales, mas no impedir que los jueces, en todo tipo de procesos, de conformidad con lo establecido en el artículo 138° *in fine* de la Constitución, puedan efectuar un control concreto de constitucionalidad de las mismas” (fundamento 5).

Es importante resaltar que tal aplicación del control difuso constituye una situación excepcional, justificada por la grave afectación de un derecho fundamental en un caso concreto. Por el contrario, si se aplica de modo general, desvirtuaría la decisión del Tribunal Constitucional que ha diferido los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad precisamente con la finalidad de evitar las graves consecuencias que se produciría si tal inconstitucionalidad surte efecto inmediatamente.

## VI. CONCLUSIONES

Primera. Las decisiones de los Tribunales Constitucionales influyen en la realidad social en la cual funcionan y, por ende, en la vida diaria de un país; por lo tanto, no pueden desinteresarse de aquellas consecuencias concretas de sus pronunciamientos, de los efectos reales que van a producir estos. Los Tribunales Constitucionales no están creados sólo para verificar la compatibilidad o incompatibilidad de una ley con la Constitución, sino para realizar y actualizar los derechos, principios y valores constitucionales.

Segunda. La utilización de la diferente tipología de sentencias de inconstitucionalidad en cuanto a sus efectos temporales no puede ser realizada sin tomar en consideración el sistema de justicia constitucional del cual proviene, la regulación de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y poderes tales como el Poder Legislativo y Poder Judicial, así como el orden político imperante en los diferentes ordenamientos, entre otros aspectos<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Al respecto, son importantes las expresiones de Domingo García Belaúnde, las mismas que si bien se enmarcan en la construcción del Derecho Procesal Constitucional, son de la mayor utilidad en nuestras conclusiones: “(...) hay que construir el derecho procesal

Tercera. La normatividad existente en cuanto a los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad es escasa y, en todo caso, insuficiente para abordar los complejos problemas que la práctica plantea, lo que exige que sean los Tribunales Constitucionales los órganos encargados de implementar los mecanismos necesarios para lograr tanto la efectividad de la justicia constitucional como la Supremacía Normativa de la Constitución.

Cuarta. En el caso peruano, mediante la declaración de inconstitucionalidad, entendida en los términos antes expuestos, se elimina la operatividad formal y material de la ley incompatible con la Constitución, es decir, se elimina en su totalidad todo tipo de efectos que pudiera estar produciendo, así como aquellos que podrían producirse en el futuro, no sucediendo lo mismo con las situaciones jurídicas ya agotadas, salvo, claro está, cuando tales situaciones se refieran a materia penal o tributaria.

Quinta. En el caso peruano, cuando el Tribunal Constitucional, pese a declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad, identifica determinados sentidos interpretativos de una ley o norma con rango de ley que resultan compatibles o incompatibles con la Constitución, estos resultan vinculantes para todos los operadores jurídicos, debiendo surtir los mismos efectos que la sentencia que declara fundada la demanda de inconstitucionalidad.

Sexta. En el caso peruano, la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional expedi-

das en procesos de inconstitucionalidad –que se desprende de los artículos 201 y 204 de la Norma Fundamental y del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, entre otras normas–, así como los efectos de cosa juzgada que tienen tales sentencias, conllevan una prohibición al Parlamento de volver a legislar los contenidos claramente identificados como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Séptima. En el caso peruano, la decisión del Tribunal Constitucional de diferir los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no debe ser tomada como una carta libre y de plazo indefinido para el legislador, sino como la identificación de una situación de emergencia cuya solución requiere de la urgente actuación del Poder Legislativo, actuación que no implica en modo alguno la subordinación a las decisiones del Tribunal Constitucional, sino más bien, la determinación por parte del Tribunal Constitucional de que es el Legislador el órgano idóneo para reparar la situación de vulneración de bienes jurídicos de tal relevancia como son los derechos fundamentales u otros bienes constitucionales.

Octava. En el caso peruano, cuando el Tribunal difiere los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por un determinado periodo, autoriza implícitamente a que la ley inconstitucional siga surtiendo efectos durante tal lapso de tiempo. Sin embargo, si en un caso concreto un juez del Poder Judicial verifica las consecuencias que se pueden producir en cuanto a la grave afectación de los derechos fundamentales del procesado, entonces puede inaplicar dicha a ley en ese caso específico.

constitucional. El problema es fácil y difícil a la vez. Fácil pues las grandes categorías ya están hechas y dichas, y además existen numerosos afinamientos en la doctrina de los últimos años. Difícil pues las figuras procesales, los actores y los que resuelven los conflictos en materia constitucional, son distintos, no son los mismos, y generalmente cambian de país a país, o de grupos de países a otro grupo de países (...) Igual podríamos decir del control de constitucionalidad de las leyes. De ahí la imposibilidad de hacer un tratamiento parejo, uniforme, que pueda ser válido para diversas latitudes (...) los modelos constitucionales dependen de la historia y de la política, mucho más que de otros factores. Los intereses en juego son grandes y, además, hay que tener presentes la realidad y la experiencia de cada país (...)" (resaltado agregado). GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Derecho Procesal Constitucional", Bogotá: Temis. 2001. pp. 23-24.