

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD DE
TALCA

**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile

Página web: www.cecoch.cl / E-mail: cecoch@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

Consejo Editorial Nacional

Eduardo Aldunate L.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector
Universidad de los Andes.

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Ángel Fernández
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Álvarez
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de
Derecho de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Corte Constitucional.
Ex Defensor del Pueblo de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magister de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico

Editorial Librotecnia

Revisión de Textos

Víctor Concha Anabalón

Editado y distribuido por

Editorial Librotecnia

Bombero Salas 1369, Of. 408

Santiago • Chile

Fonofax: (56-2) 6967076

www.librotecnia.cl

info@librotecnia.cl

LOS EXCESOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: A PROPÓSITO DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIÓN

Aníbal Quiroga León *

RESUMEN

El trabajo analiza dentro de los sistemas de control de constitucionalidad, el sistema de control concentrado de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional peruano desde una perspectiva crítica de algunas sentencias recientes.

PALABRAS CLAVE

Tribunal constitucional. Jurisprudencia constitucional.

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y ex Editor General de la Revista "DERECHO-PUC" de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma; y co-Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Abogado en ejercicio. Perú. Correo electrónico: aquiroga@amauta.rcp.net.pe (Recibido el 26 de septiembre y aprobado el 14 de octubre de 2005).

ABSTRACT

This paper analyzes, among the control systems of constitutionality, the Peruvian Constitutional Court focussing in some of its recent decisions.

KEY WORDS

Constitutional Court. Constitutional Court jurisprudence.

“El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de los más grandes juristas europeos, Hans KELSEN. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema”.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA
*La invención norteamericana de la
“Judicial Review” y su papel en el sistema*

“Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, (...) pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de stare decisis (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.”

Héctor FIX-ZAMUDIO
Introducción al Derecho Procesal Constitucional

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene como contexto el evidente y notorio auge que el *Derecho Procesal Constitucional* tiene en el Perú de hoy, y su innegable desarrollo, joven disciplina escindida del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal de la que ya no se discuten sus perfiles propios, tanto en su actividad académica o doctrinaria, cuanto en su desarrollo jurisprudencial por medio de los Tribunales de Justicia o del Tribunal Constitucional, lo cual se ha visto reflejado en los posteriores e incontrastables trabajos de investigación con el primordial objetivo de desarrollar –en un primer momento– la definición y adecuada comprensión de los diversos “*instrumentos*” que el Derecho Constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control inter-órganos y desarrollo; tal como lo informa la propia Constitución, y que finalmente se ha plasmado en la entrada en vigencia de un nuevo *Código Procesal Constitucional*.¹

En este panorama resulta de vital importancia la función y rol encomendado al Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Carta Magna dentro de lo que se denomina el *sistema de control constitucional concentrado* o también llamado *sistema europeo de control de la constitucionalidad*.² Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido, inclusive por quienes fueron sus miembros integrantes, ha sufrido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época luego de su recomposición) un *inusual protagonismo* en asuntos que involucran no sólo el escenario constitucional o jurídico, sino en el político, económico o social.

La explicación a ello se debe –salvo excepciones– a la raigambre política partidaria en el origen de algunos de sus miembros que han debido ser elegidos por una mayoría de dos tercios de nuestro Congreso unicameral y en el redescubrimiento de sus poderes y atribuciones, lo que en no pocas oportunidades se ha reflejado en el contenido de las resoluciones en los distintos procesos de inconstitucionalidad sometidos a su escrutinio y decisión, en los cuales el interés político claramente se ha impuesto ante la jerarquía constitucional que irradia la Constitución de nuestro país, en desmedro del desarrollo de una ver-

¹ Sancionado por Ley N° 28.237, con calidad de ley orgánica, de 31 de mayo de 2004, y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el 7° apartado del art. 200° de la Constitución peruana de 1993.

² Quiroga León, Aníbal. 1996. “Control ‘Difuso’ y control ‘Concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional peruano”, en *Revista Derecho PUC* N° 50, Fac. de Der. de la PUC del Perú, Lima, 1996, pp. 207 y ss. También en: Pelayo, Gudiño y otros. 2005. *Controles Constitucionales*, Santiago de Querétaro, Fundap, Estudios de Constitucionalismo y Derecho Público, pp. 291 y ss.

dadera jurisdicción constitucional en los parámetros que la doctrina señala para el supremo Órgano de Control de la constitucionalidad. A ello se le puede sumar la notoria deficiencia en la formación constitucional que exhiben algunos de sus integrantes, lo menos a decir verdad, lo que contribuye a la determinación del panorama actual.

El presente trabajo tiene como objetivo primordial perfilar el verdadero rol del Tribunal Constitucional, conforme a lo señalado por la Constitución y la legislación de la materia (léase: Código Procesal Constitucional, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y leyes conexas), analizando la problemática actual que envuelve al *supremo intérprete de la Constitución* a través de la lectura y análisis de algunas de sus resoluciones en el ámbito del sistema concentrado o europeo al cual está inscrito nuestro sistema de protección constitucional, y que exhiben de manera objetiva el estado actual de su funcionalidad.

I. LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

En nuestro Ordenamiento Jurídico es de resaltar la peculiaridad de que co-existan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: (i) el Difuso (*Judicial Review*) o Americano; y (ii) el Concentrado o Europeo.³

Lo antes expuesto describe lo que se ha venido en denominar *Sistema Mixto de Control de la Constitucionalidad*,⁴ y que el Prof. García Belaúnde denominó *Sistema Dual de Control Constitucional*⁵ y determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la “*jurisdicción constitucional*” pueda ser válidamente ejercida no solamente por los Magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los Magistrados ordinarios del Poder Judicial, quienes de este modo reúnen sobre sí de manera permanente una doble cualidad immanente en el hecho de ser jueces ordinarios de la causa que corresponda y

³ Quiroga León, Aníbal. *Control ‘Difuso’ y control ‘Concentrado...’, op. cit.*

⁴ Quiroga León, Aníbal. “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano”, en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Aníbal Quiroga León Compilador, F. Ed. de la PUC del Perú, Lima, 1990; pp. 177 y ss. Ver especialmente cita N° 72.

⁵ García Belaúnde, Domingo. 2000. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Inst. Iber. de Derecho Constitucional –Sección Peruana–, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Fac. de Der. Y CCPP de la UNMSM, 2ª ed.

jueces constitucionales en el control difuso de la constitucionalidad en cuanto tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio se puede afirmar sin temor al error que la “*jurisdicción o justicia constitucional*” es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus Magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplado ahora en el art. 138, 2ª parte, de la Constitución y reglamentado en el art. 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades fundamentales o *Jurisdicción de la Libertad*.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radica fundamentalmente en su naturaleza jurídico-constitucional y en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional.

Así, tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales, *los de Garantías Constitucionales o de defensa de las libertades fundamentales o de Jurisdicción de la Libertad* cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme le está reconocido por la Constitución; y las *Acciones de Control Constitucional o de Control Orgánico*, cuya pretensión, en todas sus variantes, será de orden abstracto, objetivo, y estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus Órganos y Organismos, y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

II. EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE LAS LEYES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el “*Órgano de control de la Constitución*”.⁶ Esto significa que la

⁶ Cabe señalar que en el proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993, que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001, se ha sugerido que la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Sin embargo, ello ha sido “subsanao” legislativamente por la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –Ley N° 28.301, que señala en su art. 1° que el *Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*.

Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V “*De las Garantías Constitucionales*”, ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control ad hoc de la constitucionalidad, también conocido como el “*Modelo Europeo*” o de “*Justicia Constitucional Concentrada*”,⁷ con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control:

i) La interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y,

ii) Dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la “*fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional*”; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno; donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional –que hoy está más vigente que nunca– ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario “*Government by men*” por el actual, democrático y jurídico “*Government by laws*”.⁸ Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa no cuestionada de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda

⁷ Fix-Zamudio, Héctor. 1968. *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1968)*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

⁸ Kaegi y Von Ihering, cit. por García de Enterría, Eduardo. 1985. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas S.A., pp. 49 y ss.

determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional se halla definido específicamente en el art. 201°, señalando como características del mismo, las siguientes:

- a. Ser el órgano del control constitucional;
- b. Ser autónomo e independiente; y,
- c. Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un período adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el Supremo Intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra Carta Magna, en función a lo expuesto con anterioridad. Esta deficiencia lamentablemente no ha sido superada ni mejorada por el Código Procesal Constitucional peruano,⁹ cuyo texto no enfrenta de modo decidido el tema del verdadero rol interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual se infiere –en lectura indirecta y en expresión ciertamente tímida– del tercer párrafo del art. VI del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo:

“Art. VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional
(...)”

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo “europeo” o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929,¹⁰ implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, *intérprete vinculante u obligatorio*, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus

⁹ Salvo lo establecido en el art. 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ver cita N° 6.

¹⁰ Quiroga León, Aníbal. 1990. “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano”, en *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. AAVV, A. Quiroga L. Compilador. F. Der. PUC del Perú, Lima. Fondo Editorial PUCP, pp. 153 y ss.

propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, de suyo fascinante,¹¹ será entonces la tarea esencial del Tribunal Constitucional, su *ratio fundamentae* en la existencia constitucional, la que también debe hacerse conforme a los postulados de la propia Constitución de la que emerge y que le da su razón de ser. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual hartamente diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean “*autoaplicables*”, “*programáticas*” o “*estructurales*”), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación, pues el resultado resultaría erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado “*control concentrado*” o “*control ad hoc*”, esto es, de índole abstracto –y por tanto incompatible en ese y en otros puntos con el “*control difuso*” o “*judicial review*”–, en donde corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un *caso concreto* alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como –al decir de Kelsen–¹² *Legislador Negativo*, esto

¹¹ Quiroga León, Aníbal. 2005. “La Interpretación Constitucional”. Ponencia presentada al *I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; en Monterrey, NL, México, septiembre de 2005.

¹² El calificativo de “*legislador negativo*” que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende “desjurisdiccionalizar” ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...).

es, con poder derogatorio directo (art. 204 ab initio de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una “*norma subconstitucional*”,¹³ de la que es titular el Tribunal Constitucional como “*constituyente delegado*”. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, p.e., el art. I del Título Preliminar del Código Civil peruano,¹⁴ se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*. No obstante eso, debe anotarse que el concepto originario de “*legislador negativo*” se halla, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y la que proviene de su Corte Constitucional, y la actual española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como la alemana, y la que proviene de su Tribunal Constitucional.¹⁵

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una “*demanda*” en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una “*iniciativa legislativa negativa*” que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el art. 203 de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía “*quirúrgica*” del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero si hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea “*quirúrgica*” que tiende a corregir los

Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia (...); cuando habla de “*legislador en sentido negativo*” lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribió Kelsen: “*Un tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general– funciona como un legislador en sentido negativo*”. Cit. por Pérez Tremps, Pablo. 1981. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid. CEC, pp. 6 y ss. (resaltado y entre paréntesis agregado). La cita de Kelsen está en: Kelsen, Hans. 1979. *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. de García Maynez). México. UNAM, pp. 303 a 334.

¹³ Alonso García, Alonso. 1984. *La Interpretación Constitucional*. Madrid. CEC, p. 13.

¹⁴ CÓDIGO CIVIL PERUANO. Título Preliminar. “*Art. I. La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado*”.

¹⁵ Aja, Eliseo. 1998. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*. Barcelona. Ed. Ariel.

excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el “vacío” que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una “*situación de mayor inconstitucionalidad*” en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

La facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, en los parámetros de la Constitución, es de la misma dimensión y cualidad constitucional que la facultad de control constitucional que la misma Carta Política reconoce al Poder Judicial en orden a la aplicación de la facultad del *control difuso* previsto en la 2ª parte del art. 138º de la Constitución, y ello también debe reputarse como una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial que nadie debe soslayar y que el propio Tribunal Constitucional debe ser el primero en hacer respetar para guardar un mínimo de coherencia constitucional.¹⁶

III. LA ACTIVIDAD DE “CONTROL CONSTITUCIONAL” DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La actividad de interpretación constitucional autorizada o “auténtica” (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*) realizada por el Tribunal Constitucional, hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un “control político” de los actos normativos con rango de ley del Congreso.¹⁷ Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de razonabilidad del legislador –cuyos actos está llamado a controlar– cuando se somete a su escrutinio las disímiles materias que han sido reguladas por el Poder Legislativo.

¹⁶ Ver al efecto, la Sentencia de 3 de junio de 2005 (Causa N° 050-2004-AI/TC y otros –Acumulado) del Tribunal Constitucional.

¹⁷ El laboralista Enrique Alonso Olea ha señalado, en nuestro medio, que: “Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político, como lo indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal, pues es una elección política. Por consiguiente, es un *órgano de control político* en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria”, en *La Ley Procesal del Trabajo; Antecedentes y Comentarios*. O. Sandoval A. 1996. Lima. Editor, IMPREDISA, p. 67.

Lo antes expuesto debería determinar la *praxis* del Supremo Intérprete de la Constitución; es decir, el control y la interpretación de la Constitución, ya que:¹⁸

“El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.

Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola como una con un carácter político.”

Sin embargo, dicho parámetro de actuación ha sido excedido –y en muchas oportunidades infringido– por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, que sin tomar en consideración las discrepancias jurídicas sobre el particular, desnaturalizan la esencia misma del sistema de control concentrado regulado en nuestra Constitución. Esto se deriva de la raigambre política de sus miembros, en función al sistema de elección de los mismos por parte del Poder Legislativo.

En este orden de ideas, el Profesor español Francisco Fernández Segado ha señalado lo siguiente:¹⁹

“Se tergiversa así la labor del Tribunal, que de ser un órgano de control de la Constitución pasa a ser, o corre el serio peligro de pasar a serlo, un órgano llamado a impedir tal control. Piénsese en que sólo dos jueces constitucionales complacientes con el Poder Ejecutivo pueden impedir, no sólo el control del Tribunal, (...). Y como ha significado Stein, un Tribunal Constitucional que sólo es la prolongación y un instrumento complaciente del Poder Ejecutivo no sólo desacredita su propia imagen, sino también a la Constitución”.

A continuación desarrollaremos algunos casos concretos sobre el particular.

¹⁸ Fundamento N° 07 de la Sentencia del 18 de febrero del 2005 referida al Expediente N° 002-2005-PI/TC (Casi Cinco Mil Ciudadanos contra el art. 2° de la Ley N° 28.374).

¹⁹ Fernández Segado, Francisco. “El Control Normativo de la Constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires. K. Adenauer-Stiftung-A.C.CIEDLA. 1999, p. 373.

III.1. Sentencia del 3 de junio de 2005
(Expedientes acumulados N^{os} 050-2004-AI/TC,
051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC,
007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC)

La violación constitucional invocada en dicho caso fue la afectación de diversos derechos constitucionales, detallados en las Demandas correspondientes, por parte de la Ley N^o 28.389 –la Ley de Reforma Constitucional– y la Ley N^o 28.449 –ley que modifica el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N^o 20.530.

El contexto en el cual se iniciaron cada uno de los procesos de inconstitucionalidad acumulados fue singular, debido que las normas cuestionadas determinaban el cierre definitivo de la intangibilidad constitucional en materia previsional a favor de las personas beneficiarias del Régimen del Decreto Ley N^o 20.530 o denominado Cédula Viva, a través de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

En efecto, en Sentencias expedidas en procesos de inconstitucionalidad previos, el Tribunal Constitucional desestimó y declaró inconstitucionales cualquier norma que pretendiera modificar parcial o totalmente el Régimen Pensionario del Decreto Ley N^o 20.530,²⁰ máxime si teníamos en consideración que seis de sus siete miembros –en dicho entonces– eran beneficiarios del mismo. Sin embargo, dicho criterio no fue asumido en la Sentencia del 3 de junio de 2005, debido exclusivamente a la presión generada por los medios de comunicación respecto a ello.

Si bien el Tribunal Constitucional no siguió con el “criterio”(¿?) jurisprudencial asumido en Sentencias anteriores, lo “innovador” en la Sentencia materia de análisis fue la posibilidad de que el ejercicio de la *judicial review* o sistema de control de constitucionalidad difuso sea pasible de ser realizado por la Administración Pública.²¹ En otros términos, ante la incompatibilidad de una norma con la Constitución ante cualquier proceso seguido ante la Administración Pública, ésta tiene el deber de inaplicar la norma cuestionada, conforme al art. 38^o de la Constitución. A tal efecto, resaltamos la parte pertinente:

²⁰ A tal efecto, revisar las Sentencias recaídas en los Expedientes N^o 005-2002-AI/TC y N^o 002-2003-AI/TC.

²¹ Fundamento N^o 156 de la Sentencia del 3 de junio de 2005, *op. cit.*

“156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 28.449 establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, sólo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este Tribunal.

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.”

Conforme lo señala la doctrina, la titularidad del sistema de control de constitucionalidad difuso está reservada al Poder Judicial y en ningún caso compete a la Administración Pública, conforme expresa categóricamente la segunda parte del art. 138° de la Constitución Política del Estado, en el Capítulo específicamente referido al Poder Judicial y no puede ser extendido o analogizado válidamente a un órgano administrativo, por importante que sea el mismo.

Por tanto, lo señalado por el Tribunal Constitucional va en contra de lo establecido por la Constitución Política del Estado, lo cual determinará que la Administración Pública se irrogue ciertas facultades de que carece, ya que no puede declarar, por sí y ante sí, la incompatibilidad constitucional de una norma legal que no ha pasado por el control constitucional del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, debiendo aplicar la ley positiva que goza de presunción de legalidad y de constitucionalidad,²² hasta que no se declare lo contrario mediante los instrumentos que la Constitución ha diseñado.

²² Según el numeral 1.1. del art. IV del Título Preliminar de la Ley N° 27.444 –Ley del Procedimiento Administrativo General–, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Un antiguo principio constitucional señala que *no es permisible vulnerar la Constitución para, supuestamente, defender la Constitución*. Por ello, el Tribunal Constitucional deberá apartarse de dicho criterio jurisprudencial establecido en la Sentencia del 3 de junio de 2005, con la finalidad de hacerla acorde a los postulados constitucionales en vigencia.

Pretender seguir con dicho criterio jurisprudencial implicaría que cualquier tribunal o ente administrativo realice una especie de extensión de la *judicial review*, la cual sería inconstitucional, porque dicha facultad está constitucionalmente reservada al Poder Judicial, y resulta evidente que la posición del Tribunal Constitucional implica una indebida modificación de la Constitución y su determinación fuera de los supuestos claramente establecidos por esta norma fundamental.

III.2. Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de febrero de 2005 (Expediente N° 002-2005-PI/TC)

El objeto de dicha Demanda fue que mediante Sentencia del Tribunal Constitucional se declarara la inconstitucionalidad parcial del art. 2° de la Ley N° 28.374, mediante la cual se regula la Distribución de los Recursos en el Caso de la Adjudicación Directa de Predios en el ámbito de desarrollo de Proyectos de Interés Nacional, específicamente referida a la titularidad de los réditos obtenidos por la instalación de la Planta de Licuefacción de Gas Natural de Camisea en la ciudad de Cañete, perteneciente a la Región Lima.

La demanda de Inconstitucionalidad Parcial de la Ley N° 28.374 fue interpuesta el 28 de enero del 2005 por el Sr. Miguel Ángel Mufarech Nemy en su calidad de Presidente de la Región Lima y en representación de más de Cinco Mil Ciudadanos. El 3 de febrero de 2005, con una celeridad inusual y digna de mejores causas, de modo fulminante en la tramitación de un proceso cualquiera ante el Tribunal Constitucional (una semana), éste notifica la Resolución s/n del 1 de febrero de 2005 admisorio a trámite la Demanda de Inconstitucionalidad mencionada con anterioridad, disponiendo su traslado de la misma al Congreso de la República, entidad demandada, según lo establecido en el art. 107° del Código Procesal Constitucional peruano.

El 8 de febrero de 2005 el Congreso de la República procede a contestar la Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta. Nuevamente, con una inusual celeridad, el 10 de febrero de 2005, el Tribunal Constitucional designa para el siguiente 15 de febrero la realización de la Vista de la Causa del citado proceso de inconstitucionalidad, en la Sala de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En otros términos, en menos de dos semanas el Tribunal Constitucional tramita una causa constitucional con una celeridad insólita, máxime si tenemos en consideración que en otras causas constitucionales referidas a otros medios de protección de derechos constitucionales, este mismo órgano colegiado demora en su tramitación aproximadamente en dos (2) o tres (3) meses.

El 15 de febrero del 2005, se realizó la Vista de la Causa del mencionado proceso constitucional, generándose una serie de irregularidades en el desarrollo de la misma. En efecto, en dicha fecha se pretendió dar validez a la declaración de una persona que ni siquiera es parte legitimada en el proceso, realizando un “Informe Oral” sobre hechos.

Como consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional expidió –también en una celeridad inusual– la Sentencia del proceso de inconstitucionalidad, el 18 de febrero del mismo año,²³ determinando que en función a la intervención de un tercero en la Audiencia Pública programada el 15 de febrero pasado y a las críticas formuladas en la misma, respecto al “(...) *modus operandi* en que el demandante ha actuado en esta oportunidad (...)” (sic), era necesario que el mismo realizara algunas consideraciones sobre el particular, las cuales se pueden resumir en lo señalado en el numeral 3 de la parte resolutive de la Sentencia:

“3. Se exhorta a las autoridades judiciales y administrativas a investigar el uso de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima, de acuerdo con el numeral VII de los fundamentos.”

La conclusión expuesta fue “desarrollada” en el Apartado VII de la Sentencia mencionada,²⁴ determinando una supuesta responsabilidad penal y/o administrativa del Presidente Regional de Lima y de su abogado patrocinante, en el manejo de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima.

No es materia del presente trabajo cuestionar los “argumentos” esgrimidos por el Tribunal Constitucional para arribar a una conclusión semejante. En efecto, lo que resulta inusual y arbitrario es que el Tribunal Constitucional se haya

²³ Se debe señalar que otra evidente irregularidad incurrida en el proceso de inconstitucionalidad mencionado, que ha motivado una acusación constitucional contra el magistrado ponente, fue la expedición de dos Sentencias idénticas en fechas diferentes. Ello fue corroborado desde la misma página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe) notarialmente certificada, a pesar que algunos de sus miembros pretendieran restar validez a una de las Sentencias mencionadas, aduciendo públicamente que la primera versión del 16 de febrero, del día siguiente a la vista, fue “apócrifa”.

²⁴ Fundamentos 12 al 20 de la Sentencia del 18 de febrero de 2005.

pronunciado expresamente (y en un Apartado completo) sobre un aspecto no relativo ni al aspecto formal ni al material de la controversia planteada en el proceso de inconstitucionalidad contra el art. 2° de la Ley N° 28.374.

La doctrina procesal constitucional señala que los mecanismos de control directo de la constitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional son una especie de “*iniciativa legislativa negativa*”, la cual se sirve de ciertos mecanismos procesales a efectos de desarrollar de manera equitativa y ordenada la misma, debido a que a la naturaleza misma del proceso de inconstitucionalidad de carácter abstracto y no referido a un conflicto de intereses específico (cuya solución es el objeto del proceso). En otros términos, la Acción de Inconstitucionalidad se sirve del *ropaje* del proceso a efectos de efectuar el análisis concreto de la norma dubitada ante el Tribunal Constitucional.

Uno de los elementos del proceso del que se sirve este mecanismo de control constitucional es el referido a la legitimidad para el obrar de las partes en el proceso, la cual deberá circunscribirse a lo establecido en las normas legales pertinentes; siendo lo aplicable al presente caso el art. 107° del Código Procesal Constitucional peruano:

“Art. 107° del Código Procesal Constitucional peruano. Tramitación. El auto admisorio concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:

- 1) Al Congreso de la República o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones, si se trata de Leyes y Reglamento del Congreso.*
- 2) Al Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia.*
- 3) Al Congreso, a la Comisión Permanente y al Poder Ejecutivo, si se trata de Tratados internacionales.*
- 4) A los órganos correspondientes si la norma impugnada es carácter regional o municipal.*

Con su contestación, o vencido el plazo sin que ella ocurra, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar que sus abogados informen oralmente.”

En función a la norma reseñada el tercero que informó en la fecha designada en la vista de la causa del proceso nunca fue parte involucrada en el proceso

porque carecía de legitimidad para solicitar su intervención. El proceso de inconstitucionalidad es abstracto; es decir, no referido a un conflicto de intereses concreto y particular. En efecto, el Juzgador de una causa que verse sobre control constitucional, tendrá bajo su conocimiento una pretensión “abstracta”. En otros términos, se deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea “subsunción legal”, si realmente la norma legal transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha procedido de manera distinta al pretender someter al presente debate de naturaleza constitucional un asunto que no tiene relación con el mismo; que al contrario se refiere a un aspecto totalmente irrelevante a la presente causa en el cual se analiza la constitucionalidad o no de una norma legal (o de rango legal).

III.3. Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de julio de 2005 (Expediente N° 0019-2005-PI/TC)

El objeto de esta Demanda fue que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 28.568, cuyo artículo único modifica el artículo 47° del Código Penal, mediante el cual se equiparaba el tiempo de detención preliminar, preventiva o domiciliaria como cómputo para la pena impuesta para la pena privativa de la libertad por cada día de detención.

La norma dubitada fue materia de debate desde su entrada en vigencia tanto por los medios de comunicación, máxime si ello determinó la excarcelación de dos personas procesadas por delitos relativos a corrupción de funcionarios, por parte de una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sin embargo, durante el trámite del proceso de inconstitucionalidad, la norma dubitada fue derogada por la Ley N° 28.577 publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, el 9 de julio pasado.

Como lo señala la común doctrina procesal, la sustracción de la materia supone que la relación procesal originada no podrá concluir con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, puesto que ha desaparecido aquel móvil jurídico que determinó que se acuda ante el Tribunal Constitucional a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la norma dubitada. El Profesor Carnelutti señalaba dicho concepto como el de *imposibilidad de litigio* debido a la inexistencia sobreviniente del objeto del mismo, lo que involucra la *inexistencia de la relación jurídica subyacente*.

Este concepto perteneciente a la teoría general del proceso es aplicable perfectamente a los procesos de control constitucional. Conforme hemos detallado en el apartado anterior, éstos adoptan algunos instrumentos del derecho procesal a efectos de desenvolver adecuadamente la pretensión objetiva sometida a consideración del Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, la derogación de la norma cuestionada de inconstitucional implica la carencia de objeto del proceso de inconstitucionalidad (la declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley), y por ende la conclusión del proceso, sin una declaración sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, este sencillo razonamiento no fue asumido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 21 de julio del 2005, determinando un criterio distinto, que reseñamos a continuación:²⁵

“Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N.º 28.577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” al día siguiente, motivo por el cual, ante todo, es preciso determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de 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 continúa 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’. (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad ‘aniquila’ todo efecto que la norma pueda cumplir; inclu-

²⁵ Fundamentos 4 al 6 de la Sentencia del 21 de julio de 2005.

so los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204° de la Constitución establezca:

‘La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto’ (cursiva agregada).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia.”

Nuevamente, estamos ante un criterio jurisprudencial *sui generis* que fue establecido no sólo en la Sentencia del 21 de julio de 2005, sino en la Sentencia expedida en el Expediente N° 0004-2004-AI/TC (Acción de Inconstitucionalidad contra la norma que estableció el Impuesto a las Transacciones Financieras) y posteriormente en la Sentencia expedida en el Expediente N° 0041-2004-AI/TC (Acción de Inconstitucionalidad contra Ordenanzas de Arbitrios Municipales de la Municipalidad de Santiago de Surco).

Si bien los efectos de la norma derogada (en función a su aplicación) pueden continuar produciéndose en la realidad, el proceso de inconstitucionalidad no tiene como objeto la regulación de los mismos, sino el análisis abstracto de la norma cuestionada de inconstitucionalidad. Las consideraciones respecto a la aplicación de la norma cuestionada deben ser resueltas mediante los principios de aplicación de las normas en el tiempo (teoría de los hechos cumplidos y teoría de los derechos adquiridos), según sea el caso.

El Tribunal Constitucional no tiene como función el ser un operador jurídico de la legalidad y su aplicación a casos concretos, como hemos detallado con anterioridad. Su actividad debe centrarse –en el marco del sistema concentrado– en la interpretación y control constitucional de las normas cuestionadas mediante el proceso de inconstitucionalidad. Si la norma ha sido derogada, entonces es inexistente en el mundo jurídico, no siendo susceptible de control por parte del Tribunal Constitucional.

IV. CONCLUSIONES

IV.1. En el Perú coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, en principio contradictorios: El sistema americano de revisión judicial de las leyes o de *Judicial Review*, donde dicho control es ejercido a través del Poder Judicial en un caso concreto, subjetivo, de manera difuminada y con efecto sólo interpartes; y el sistema europeo o concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, donde el control es ejercido por un órgano ad hoc especialmente constituido para tal fin, de modo directo, abstracto y derogatorio *erga omnes*. Esto es lo que se ha venido en denominar sistema mixto de control constitucional en el Perú.

IV.2. El sistema de control concentrado en nuestro país es ejercido por el Tribunal Constitucional. Según la Constitución Política del Estado, dicha institución es el máximo órgano de control de la Constitución. A pesar que la doctrina constitucional señala que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, dicha función no ha sido expresamente establecida en la Constitución, ni tan siquiera por la Ley N° 28.237 –Código Procesal Constitucional–, a excepción de lo tímidamente señalado en el art. 1° de la Ley N° 28.301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

IV.3. La labor interpretativa del Tribunal Constitucional supone un examen abstracto de la norma cuestionada de constitucionalidad, en donde el referente constitucional –a través del análisis de subsunción– determinará si la misma es compatible con los parámetros establecidos por la Carta Magna, incluyendo sus principios generales y valores intrínsecos a la misma. Corresponde al Tribunal Constitucional la interpretación de la Constitución como intérprete auténtico de la misma, en tanto que corresponde a los jueces del Poder Judicial la interpretación auténtica de la ley en general. El Tribunal Constitucional no es ni debe ser un tribunal de legalidad, lo que está reservado para la Corte Suprema de Justicia de la República y sus órganos jerárquicamente dependientes en materia jurisdiccional.

IV.4. Sin embargo, en los últimos años dicha actividad de interpretación constitucional ha sido desnaturalizada debido a factores eminentemente políticos, cuya causa originaria se puede encontrar en el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional por parte del Congreso de la República. Por ende, la jurisprudencia constitucional dentro del ámbito del control concentrado no demuestra el cumplimiento de la función conferida al Tribunal por parte de la Constitución.

IV.5. En la Sentencia del 3 de junio de 2005 (Exp. N° 050-2004-AI/TC –Acumulados), el Tribunal Constitucional determinó la posibilidad de aplicación

de la facultad del sistema de *judicial review* por parte de la Administración Pública, cuando ésta sólo puede regirse por el principio de legalidad, no siendo aplicable *mutatis mutandis* una función otorgada constitucionalmente al Poder Judicial.

IV.6. En la Sentencia del 21 de julio del 2005 (Exp. N° 0019-2005-PI/TC) y la Sentencia del 11 de noviembre del 2004 (Exp. N° 0041-2004-AI/TC), el Tribunal Constitucional determinó erróneamente la posibilidad de realizar el control constitucional de normas legales derogadas, cuando ello determina la inexistencia del objeto del proceso de inconstitucionalidad generándose sustracción de la materia.

IV.7. En la Sentencia del 18 de febrero del 2005 (Exp. N° 002-2005-PI/TC), el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento sobre materias no relativas al objeto del proceso constitucional y dispuso la inclusión de personas que carecían de legitimidad para participar en el proceso de inconstitucionalidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aja, Eliseo. 1998. *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa Actual*. Barcelona. Ariel.
- Alonso García, Enrique. 1984. *La Interpretación Constitucional*. Madrid. CEC,
- Eguiguren Praeli, Francisco. “Los Tribunales Constitucionales en la Región Andina: una visión comparativa”, en *Revista Derecho PUC* N° 53. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 7-64.
- Fernández Segado, Francisco. 1999. “El Control Normativo de la Constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: K. Adenauer-Stiftung-A.C.CIEDLA.
- Fix-Zamudio, Héctor. 1968. *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional (1940-1968)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México.
- García de Enterría, Eduardo. 1985. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas S.A.
- Hesse, Konrad. 1983. *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC. Madrid.
- Kelsen, Hans. 1979. *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. de García Maynez). México. UNAM.
- Pérez Tremps, Pablo. 1981. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid. CEC.

- Quiroga León, Aníbal. 2005. “Control Difuso y Control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional Peruano”, en *Controles Constitucionales*. Guadalupe Pelayo, José de Jesús, y otros. Fundap. Santiago de Querétaro. México.
- Quiroga León, Aníbal. 1990. “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano”, en *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. AAVV. A. Quiroga L. Compilador. F. Der. PUC del Perú. Lima. Fondo Editorial PUCP.
- Quiroga León, Aníbal. 2005. “La Interpretación Constitucional”, Ponencia presentada al *I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Facultad de Derecho y Criminología. Universidad Autónoma de Nuevo León-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; en Monterrey. NL. México. Septiembre de 2005.
- Rubio Llorente, Francisco. 1982. “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 04.
- Schmitt, Carl. 1983. *La Defensa de la Constitución*, Madrid. Ed. Tecnos.