

# LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: CARACTERÍSTICAS, PROBLEMAS Y PROPUESTAS PARA SU REFORMA

Francisco J. Eguiguren Praeli (\*)

**Sumario:** 1. La Constitución de 1979: del control judicial de constitucionalidad a un sistema dual de jurisdicción constitucional. 2. El Tribunal de Garantías Constitucionales peruano y sus particularidades respecto al Tribunal Constitucional español. 3. La Constitución de 1993 y las novedades introducidas. 4. Situación actual, problemas que subsisten y posibles reformas constitucionales. 4.1. El TC debe ser el supremo intérprete de la Constitución. 4.2. La necesaria reducción del número de votos para las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. 4.3. Las sentencias del Poder Judicial sobre inaplicación de normas inconstitucionales y su falta de articulación con el Tribunal Constitucional. 4.4. La necesidad de ampliar el acceso ante el TC y su participación en procesos sobre derechos fundamentales. 5. Reflexión final

La existencia de un sistema de jurisdicción constitucional en el Perú resulta, un suceso relativamente reciente, pues su aparición —con ribetes defi-

---

(\*) Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de la misma, en el área de Derecho Constitucional. Ha sido Director General de la Academia de la Magistratura (febrero 1996-abril 1998) y Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas (1991- enero 1996). Miembro de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Asesor y consultor jurídico en asuntos de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derechos Humanos.

(1) Si bien el denominado recurso de habeas corpus se remonta a una ley de 1897, regulado posteriormente en el Código de Procedimientos Penales, y la prevalencia de la

nidos— recién se produjo con la Constitución de 1979 <sup>(1)</sup>. En su configuración actual ha existido significativa influencia de la Constitución Española de 1978, como lo revelan la adopción inicial de un Tribunal de Garantías Constitucionales (en emulación a su homólogo de la Segunda República Española), el establecimiento de la acción de inconstitucionalidad y la noción de derechos fundamentales; elementos que se incorporaron en una tradición afín al modelo norteamericano de control judicial difuso de la constitucionalidad de las normas.

El “modelo” peruano de jurisdicción constitucional tiene pues características peculiares, debido a que sus componentes suponen una yuxtaposición de elementos tomados de los dos “modelos clásicos”, dando como resultado un sistema incluso diferente respecto a otros ordenamientos latinoamericanos que también han seguido similar proceso de “mestizaje” entre modelos supuestamente contrapuestos como los denominados “difuso” o “americano” y “concentrado” o “europeo”.

Pero conviene precisar, como hemos sostenido en otras oportunidades <sup>(2)</sup>, que el establecimiento de un sistema de jurisdicción constitucional de tipo dual o mixto en el Perú, antes que producto de un diseño “teórico” o conceptual, se explica más bien como el resultado de la incidencia de factores políticos y jurídicos concretos, que determinaron la incorporación parcial de elementos propios del “modelo concentrado” en un ordenamiento donde inicialmente se había acogido el sistema de “control judicial difuso”, sin sustituirlo o dejado de lado. Consideramos que ello ha sucedido tanto por las vacilaciones y el relativo desconocimiento técnico de los constituyentes y el parlamento respecto a la estructuración del sistema de jurisdicción constitucional,

---

Constitución sobre la norma legal se estableció en el Título Preliminar del Código Civil de 1936, su sola existencia no basta para hablar de una jurisdicción constitucional; por lo demás, su aplicación concreta distó mucho de ser significativa y, menos aún, eficaz. Cf. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: (1979); *El Habeas Corpus en el Perú*; Lima; Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo, EGUIGUREN PRAELI, Francisco: (1991); “El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad”; en, *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 7; Comisión Andina de Juristas; Págs. 17 a 59.

<sup>(2)</sup> Cf. EGUIGUREN PRAELI, Francisco: (2000); *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa*; Buenos Aires, Argentina; Fundación Konrad Adenauer – CIEDLA; 333 Págs; en especial las páginas 66 y 67.

como por la clara reticencia del Poder Judicial a ver disminuidas su posición o atribuciones, en especial por la incorporación de un Tribunal Constitucional.

## 1. La Constitución de 1979: del control judicial de constitucionalidad a un sistema dual de jurisdicción constitucional

Pese a la gran influencia política e intelectual que ejerció entre nosotros el sistema constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, ninguna de las numerosas constituciones peruanas del siglo XIX ni las Cartas de 1920 o 1933 recogieron la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes o *"judicial review"*. Ni siquiera se consignaron normas que consagraran expresamente la supremacía constitucional, con la sola excepción de la efímera Carta de 1856 cuyo artículo 10° establecía *"es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución"*. Sin embargo, ella tampoco contempló ningún mecanismo o proceso para declarar o conseguir tal nulidad.

Nuestros antiguos constituyentes optaron por reservar en exclusividad al propio Poder Legislativo la apreciación de la constitucionalidad de las leyes, en una suerte de "sistema político" de control constitucional. Con ocasión del anteproyecto de Constitución elaborado en 1931, por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán<sup>(3)</sup>, se propuso instaurar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes mediante el sistema de inaplicación en el caso concreto de la norma contraria a la Constitución, pero sin derogarla; garantizando que esta decisión (surgida en un proceso o juicio cualquiera) llegue necesariamente en revisión y confirmación a la Corte Suprema. Lamentablemente esta propuesta fue descartada por el Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933.

El control judicial por inaplicación de las normas inconstitucionales, sin embargo, legó a plasmarse poco después en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, norma que señalaba: *"Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere a la primera"*. En cambio, la Constitución de 1933 sí contempló, en su artículo 133°, la Acción Popular como remedio para impugnar ante el Poder Judicial los reglamentos,

<sup>(3)</sup> Cfr. VILLARÁN, Manuel Vicente: (1962); *Anteproyecto de Constitución de 1931*; Lima, Perú; Págs. 77-78.

decretos y resoluciones de carácter general dictados por el Poder Ejecutivo que contravengan la Constitución o la ley. Puede decirse, en verdad, que de poco sirvieron ambas normas para que se desarrollara en el país un efectivo control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de la sujeción de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo a la Constitución y al principio de legalidad. La pasividad, el formalismo y la sumisión frente al poder político, que caracterizaron mayormente a la actuación del Poder Judicial, lo impidieron en gran medida <sup>(4)</sup>.

Recién la Constitución de 1979, que entró formalmente en vigencia el 28 de julio de 1980, al asumir sus funciones el gobierno electo democráticamente y cesar el régimen militar, efectuó una transformación sustancial al instituir un sistema de jurisdicción constitucional cuyos rasgos principales fueron:

- a) Se amplió las llamadas “Garantías Constitucionales”, sumando a las ya existentes habeas corpus y acción popular, la acción de amparo, para la defensa de los demás derechos constitucionales, y la acción de inconstitucionalidad, contra las leyes y normas de rango legal que vulnere la Constitución.
- b) Se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), con competencia para conocer en casación de las acciones de habeas corpus y amparo desestimadas en el Poder Judicial, así como -en forma directa y exclusiva- de la acción de inconstitucionalidad.
- c) El Poder Judicial tenía a su cargo el conocimiento inicial de las acciones de habeas corpus y amparo; así como la competencia exclusiva para la

---

<sup>(4)</sup> Argumentos tales como la inexistencia de leyes que regulen los procedimientos judiciales necesarios para efectivizar la aplicación de ambos artículos, o la restricción de los alcances del Art. XXII exclusivamente a causas civiles, fueron utilizados muchas veces por el aparato judicial para eximirse de dar cumplimiento a dichas normas. Recién al dictarse en 1963 la Ley Orgánica del Poder Judicial, se incluyó una norma que dispuso: “Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en Consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes”. Lamentablemente ello tampoco bastó para lograr la cabal aplicación por el Poder Judicial de este proceso de control constitucional.

acción popular, proceso que se iniciaba ante la Corte Superior y concluía en la Corte Suprema.

- d) Se consagraba constitucionalmente, por primera vez, que cualquier juez, en todo tipo de procesos, debía preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a ésta (“control difuso”); observándose el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debía concluir necesariamente con una decisión de la Corte Suprema, cuyos efectos sólo alcanzaban al caso concreto, sin derogar la norma inconstitucional.

Como acertadamente señala Samuel Abad, la Carta de 1979 estableció un modelo peculiar de jurisdicción constitucional, la que era ejercida simultáneamente por el Poder Judicial (en sus diversas instancias) y por un tribunal constitucional. “*En algunos casos compartían determinadas competencias en un mismo proceso, tal como sucedía en el habeas corpus y el amparo, ya que el Poder Judicial actuaba como instancia y el TGC en casación. En otros, lo ejercían de modo exclusivo (por separado), v.g. la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, y la acción de inconstitucionalidad ante el TGC*”<sup>(5)</sup>. A ello debemos agregar el control difuso de la constitucionalidad ejercido por el Poder Judicial en cualquier proceso, sin que la decisión final de la Corte Suprema pasara a conocimiento y revisión del TGC ni estableciera ningún vínculo o contacto con éste.

Ya Brewer-Carías precisaba que la tendencia predominante en América Latina ha sido la evolución hacia el establecimiento de un “sistema mixto”, agregando posteriormente al control difuso el sistema concentrado radicado, en unos casos, en la Corte Suprema o, en otros, en tribunales constitucionales; funcionando ambos simultáneamente, o adoptando —en el caso de algunos países— desde el principio dicho modelo mixto<sup>(6)</sup>. Sin embargo, García Belaunde introduce una muy interesante distinción al interior de estos modelos “derivados”, diferenciando al modelo “mixto” de otro que denomina “dual”

<sup>(5)</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel: (1996); “La Jurisdicción Constitucional en el Perú: Antecedentes, balance y perspectivas”; en, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA; Pág. 110.

<sup>(6)</sup> Cf. BREWER-CARIÁS, Allan: (1997); “La Justicia Constitucional en América Latina”; en el colectivo *La Justicia Constitucional en Iberoamérica*; GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coordinadores); España, Dykinson; Perú, Ediciones Jurídicas; Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana; y Uruguay, Edit. Jurídica E. Esteva; Pág. 123.

o “paralelo”, que correspondería al sistema de jurisdicción constitucional vigente en el Perú. Afirma el maestro peruano que si bien ambos surgen por la incorporación del modelo concentrado o europeo en países que ya tenían adoptado (y mantienen) el sistema americano o difuso, el sistema mixto se genera cuando se produce una mezcla de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos, que dan lugar a un “tercero” que no es lo que son los dos anteriores pero tampoco algo enteramente autóctono y original. *“En cambio, el modelo dual o paralelo es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución Peruana de 1979”*<sup>(7)</sup>.

## **2. El Tribunal de Garantías Constitucionales peruano y sus particularidades respecto al Tribunal Constitucional español**

Con el establecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Carta de 1979 se pretendió obtener mayor seguridad en el control de la constitucionalidad de las leyes y la vigencia de los derechos fundamentales, pensando que este órgano no repetiría la sumisión al poder político que los constituyentes objetaron a la conducta del Poder Judicial. La propuesta inicial fue elaborada por el constituyente Javier Valle Riestra, buscando recoger aspectos importantes de la experiencia española en este campo, aunque el texto finalmente aprobado restringió sustancialmente las competencias que asignaba al TGC el proyecto. La relativa coincidencia temporal entre los procesos constituyentes español y peruano de entonces, así como el escaso conocimiento del grueso de nuestros constituyentes respecto al papel y funciones de un Tribunal Constitucional, impidieron que recogieran los desarrollos más recientes en la materia y llevaron a su adopción con significativo recelo.

La Constitución Peruana de 1979 otorgó al Tribunal de Garantías Constitucionales las características y competencias siguientes:

---

<sup>(7)</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo: (1998); “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”; en, *La justicia constitucional a finales del siglo XX*; Huancayo, Perú; Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, año VII, N° 6; Palestra Editores; Págs. 139 a 154.

- a) El TGC fue definido como “*órgano de control de la Constitución*», sin atribuirle expresamente la calidad de supremo intérprete de la misma, lo que si hace la ley orgánica del Tribunal Constitucional Español (LO 2/1979, del 3 de octubre). Tampoco se le confirió el monopolio de la jurisdicción constitucional.
- b) Contaba únicamente con dos competencias: 1) Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que por la forma o por el fondo contravengan la Constitución; y, 2) conocer en casación las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y amparo, una vez agotada infructuosamente la vía judicial. En cambio, el TC español sumaba a estas dos otras competencias, previstas en la Constitución y su ley orgánica, tales como la resolución de: Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los de éstas entre sí; los conflictos entre los órganos constitucionales; la declaración de la constitucionalidad de los tratados; las impugnaciones planteadas por el Gobierno contra resoluciones o disposiciones de los órganos de las Comunidades Autónomas; la cuestión de inconstitucionalidad acerca de alguna ley, planteada por el Poder Judicial.
- c) Respecto a la protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1979 establecía que los relativos a la libertad individual y conexos serían protegidos a través del habeas corpus, mientras que la totalidad de los derechos restantes se cautelarían mediante la acción de amparo. En cambio, la Constitución Española de 1978 sólo contempla la procedencia del amparo respecto de algunos derechos constitucionales, los mencionados en el artículo 53.2 de dicha Carta. Si bien en ambos ordenamientos el TGC y el TC intervienen en la protección de los derechos constitucionales, el proceso es distinto en cada caso. Así, en el caso peruano, el TGC conocía en casación, a instancia de parte, de las resoluciones judiciales de la Corte Suprema que denegaban la demanda de amparo. En cambio, en el caso español, los derechos constitucionales susceptibles de amparo se tramitan ante los tribunales ordinarios, en un procedimiento especial guiado por los principios de preferencia y sumariedad. Sólo agotada la vía judicial puede el recurrente plantear una demanda de amparo ante el TC, cuando considere que dicha resolución vulnera preceptos constitucionales.

- d) El hecho que el TGC peruano conociera en casación sólo las acciones de habeas corpus y amparo denegadas por la Corte Suprema, le otorgaba una actuación residual en este campo. A su vez, estos procesos resultaban innecesariamente largos, pues la vía judicial constaba de tres instancias, a las que debía sumarse (eventualmente) la participación adicional del TGC. A estos inconvenientes habría que agregar que la ley orgánica del TGC indicaba que esta casación no constituía una cuarta instancia de resolución definitiva, por lo que si el TGC “casaba” la resolución denegatoria expedida por la Corte Suprema (por considerar que existía errónea aplicación de la ley o vicios procesales) debía explicar sus fundamentos y devolver la causa a la propia Corte Suprema (“reenvío”) sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. La Corte debía, entonces, dictar una nueva sentencia, siguiendo los criterios esbozados por el Tribunal, lo que no siempre se produjo, ocasionando algunos casos de un nuevo reenvío. La intención de este tipo de casación con reenvío era evitar mayores confrontaciones entre la Corte Suprema y el TGC, a fin de que la última palabra no la tuviera formalmente el Tribunal.
- e) El TGC estaba compuesto por nueve magistrados: tres designados por el Poder Ejecutivo, tres por el Legislativo y tres por la Corte Suprema<sup>(8)</sup>. Ello implicaba que los mismos órganos cuyas decisiones estaban sujetas a control del Tribunal, eran quienes designaban a los miembros de éste, lo que resultó —como se confirmó en muchas ocasiones— poco propicio para garantizar la independencia de los magistrados del TGC, con mayor razón cuando podían ser reelectos (al vencer su período) por el propio órgano que los designaba<sup>(9)</sup>. En ello difería del TC español, cuyos miembros son doce y son nombrados por el Rey: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, cuatro a propuesta del Senado (en ambos casos, las propuestas se aprobarán por tres quintos de sus miembros), dos a

<sup>(8)</sup> El proyecto de Valle Riestra proponía que tuviera 12 miembros, número similar al del TC español. Su designación correspondería a la Federación Nacional de Colegios de Abogados (2), al Consejo de la Magistratura (2), al Senado (2), a la Cámara de Diputados (2), a la Corte Suprema (2), y a las Facultades de Derecho (2).

<sup>(9)</sup> Fue notoria, por ejemplo, la frecuente reticencia de los magistrados cuyo nombramiento provenía del Poder Judicial a efectuar la casación de las resoluciones denegatorias sobre amparo o habeas corpus dictadas por la Corte Suprema.



propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. La duración de su mandato es de nueve años, renovándose por tercios cada tres años, sin posibilidad de una nueva designación inmediata. El TGC peruano conocía de todo los casos en Pleno, mientras que el TC español se divide en dos salas, que conocen por separado de algunas materias.

- f) La sentencia del TGC que declaraba inconstitucional una ley carecía de efecto retroactivo y no producía la derogación inmediata de la norma. Se disponía que el TGC debía remitir su sentencia al Congreso para que éste apruebe una ley derogatoria. Y sólo si después de 45 días el Congreso no lo hacía, recién entonces se publicaba la sentencia del Tribunal en el Diario Oficial, quedando derogada la norma inconstitucional<sup>(10)</sup>. Para declarar inconstitucional una ley la sentencia del TGC requería reunir el voto conforme de dos tercios de sus miembros, es decir, la aprobación de seis de los nueve magistrados. Cuando no se alcanzaba dicha votación en un determinado sentido, el Tribunal quedaba sin expedir sentencia, no previéndose solución alguna en este supuesto. En el caso español, la sentencia de inconstitucionalidad surte efectos de cosa juzgada y deroga la norma inconstitucional desde el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La sentencia se adopta por el voto favorable de la mayoría de magistrados, teniendo el Presidente voto dirimente en caso de empate.

Cabe señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales funcionó en el Perú desde noviembre de 1982 y concluyó sus días abruptamente el 5 de abril de 1992, al ser disuelto y desactivado tras el autogolpe del Presidente Alberto Fujimori. Una evaluación objetiva de la tarea que desplegó arroja un balance poco digno de relevancia. No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifraron en la creación del Tribunal quedaron defraudadas y que los males que se quisieron corregir no fueron significativamente superados. Sustentan esta afirmación, por lo demás ampliamente compartida en la comunidad jurídica nacional, el reducido número de acciones de

<sup>(10)</sup> Este procedimiento, además de engorroso, tenía incluso el efecto negativo de prolongar la vigencia de una norma ya declarada inconstitucional por el TGC; su "racionalidad" era evitar que el Congreso pudiera sentirse afectado en su autoridad por una derogación directa de la ley dispuesta por la sentencia del TGC.

inconstitucionalidad que resolvió el TGC, así como los escasos aportes de su jurisprudencia en materia de acciones de habeas corpus y amparo. Es justo señalar también, que las limitaciones impuestas al TGC por el modelo adoptado en la Constitución de 1979 y su ley orgánica, incidieron de alguna medida en esta algo opaca labor.

### 3. La Constitución de 1993 y las novedades introducidas

La Constitución peruana de 1993, surgida del proceso constituyente promovido por el gobierno de facto de Fujimori ante las presiones nacionales e internacionales generadas tras el autogolpe de estado, reguló en su Título V, denominado “De las Garantías Constitucionales”, lo referente a la jurisdicción constitucional e introdujo diversas novedades importantes. Cabe así señalar:

- a) Se volvió a ampliar las “*garantías constitucionales*”, sumándose al habeas corpus, amparo, acción popular y de inconstitucionalidad, las nuevas acciones de habeas data y de cumplimiento. Se precisó también, como un avance muy significativo, que el ejercicio del habeas corpus y el amparo no se suspende en relación a los derechos restringidos durante la vigencia de los regímenes de excepción, siendo procedente que los tribunales efectúen en el caso concreto el control judicial de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.
- b) Se estableció el Tribunal Constitucional, a pesar que las propuestas iniciales del oficialismo sustentaban su reemplazo por una Sala Constitucional de la Corte Suprema. El TC volvió a ser definido como “órgano de control de la Constitución”, estando integrado por siete magistrados todos ellos elegidos por el Congreso unicameral, con el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros. Para ser designado magistrado del TC se deben cumplir los requisitos aplicables a los vocales de la Corte Suprema, cuya edad mínima la propia Carta de 1993 rebajó de 50 a 45 años; su mandato tiene una duración de cinco años, sin posibilidad de reelección inmediata.
- c) Las competencias del Tribunal Constitucional fueron ligeramente ampliadas y modificadas en su regulación, correspondiéndole:
  - 1) Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad, haciendo procedente ésta contra leyes, decretos legislativos, decretos

de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

- 2) Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento. Con ello el TC se convierte en instancia final de fallo en estos procesos, suprimiendo la casación y el inconveniente reenvío a la Corte Suprema anteriormente existente. La LOTC restringió a dos instancias la etapa judicial, excluyendo la intervención de la Corte Suprema, salvo cuando la acción de garantía se interpone contra resoluciones judiciales. El acceso al TC se da a través del denominado “*recurso extraordinario*”, que sólo puede ser ejercido por el demandante cuando el órgano judicial desestima su pretensión.
  - 3) Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.
- d) La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se extiende a otras instituciones, autoridades y personas, correspondiendo al Presidente de la República, al Fiscal de la Nación, al Defensor del Pueblo, al veinticinco por ciento del número legal de congresistas; a cinco mil ciudadanos, tratándose de normas con rango de ley, y al uno por ciento de ciudadanos de la localidad, tratándose de impugnación de ordenanzas municipales, siempre que dicho porcentaje no exceda del número de firmas antes señalado; también están legitimados para interponerla los presidentes de los Gobiernos Regionales y los alcaldes de municipios provinciales; y los colegios profesionales, en materias propias de su especialidad.
- e) La sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad de una ley, se publicará directamente en el Diario Oficial, produciendo -al día siguiente de su publicación- la derogación inmediata de la norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos.

Pero aunque las novedades introducidas a nivel constitucional lucían —en general— bastante positivas, satisfaciendo en muchos casos las reformas demandadas por la comunidad académica y especialistas, la labor constituyente y el desarrollo del proceso político evidenciaban la poca convicción del gobierno y del oficialismo parlamentario en propiciar efectivamente el fortalecimiento del reinstaurado Tribunal Constitucional. No llamó por ello

a demasiada sorpresa que, al momento de elaborar y aprobar la ley orgánica del TC se introdujera una deliberada limitación a la eficacia del Tribunal. En efecto, el Art. 4° de la LOTC N° 26345 (del 10-1-95) dispuso que para declarar inconstitucional una norma con rango de ley se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados del TC. Si esa votación no se alcanzaba, a pesar que una mayoría absoluta de magistrados (cuatro o cinco por ejemplo) hubiesen votado por la inconstitucionalidad, el TC tenía que dictar sentencia desestimando la demanda, quedando confirmada la constitucionalidad de la norma y no siendo ésta susceptible de nuevo cuestionamiento. Imponer un número de votos tan elevado (incluso superior al del TGC) que conlleva poco menos que la unanimidad de los magistrados, tenía el inocultable propósito de dificultar grandemente la expedición de sentencias de inconstitucionalidad.

El TC llegó a resolver cinco acciones de inconstitucionalidad antes que el gobierno de Fujimori diera un nuevo golpe a su autonomía institucional. Ello ocurrió ante una acción promovida para cuestionar la constitucionalidad de la Ley N° 26657 que, mediante una interpretación grosera de la Constitución, habilitaba al Presidente Fujimori para postular a un tercer mandato consecutivo y una segunda reelección inmediata, pese a que la Constitución sólo permitía ésta por una vez. En medio de un proceso accidentado, finalmente cuatro magistrados se abstuvieron de votar, resolviendo los tres restantes (por unanimidad) que esta ley vulneraba la Constitución y, ante la imposibilidad de dictar una sentencia de inconstitucionalidad, argumentaron la utilización en el caso del control difuso, disponiendo la inaplicación de dicha ley y, consiguientemente, la imposibilidad de una nueva postulación del Presidente Fujimori.

Ciertamente la interpretación asumida por los tres magistrados buscaba ser una “salida” para superar la irracional limitación impuesta por la regla de la exigencia de los seis votos conformes. Pero, como era previsible, este fallo generó una violenta reacción de la mayoría parlamentaria oficialista, que dio inicio a una acusación constitucional (antejuicio político) contra los tres magistrados aduciendo que habían violado la Constitución al fallar por la inaplicación de la ley (control difuso) cuando lo que correspondía era, ante la existencia de sólo tres votos conformes, declarar infundada la acción de inconstitucionalidad. Desoyendo el amplio rechazo de la comunidad jurídica y la opinión pública, la mayoría parlamentaria aprobó el 29 de mayo de 1997

la destitución de los tres magistrados por “infracción de la Constitución”. Así, antes de cumplir un año de funcionamiento, el nuevo TC quedaba vulnerado en su autonomía y limitado en su accionar, permaneciendo con sólo cuatro magistrados por casi tres años, imposibilitado por tanto de resolver acciones de inconstitucionalidad. Esta situación anómala fue superada sólo con la caída del régimen fujimorista.

#### **4. Situación actual, problemas que subsisten y posibles reformas constitucionales**

El Tribunal Constitucional ha tenido una historia más bien azarosa y accidentada en nuestro país. Tanto el Tribunal de Garantías Constitucionales como el Tribunal Constitucional, previstos en las constituciones de 1979 y 1993, fueron adoptados sin demasiada convicción por los respectivos cuerpos constituyentes. El antiguo TGC nunca alcanzó una trayectoria descolante y terminó abruptamente sus días con el autogolpe de Fujimori del 5 de abril de 1992. Por su parte, el reinstaurado Tribunal Constitucional, antes de cumplir el primer año de funcionamiento, sufrió la arbitraria destitución de tres de sus magistrados como represalia política.

Tras la caída del régimen fujimorista, el Congreso dispuso la reincorporación al TC de los tres magistrados injustamente destituidos, mandato que también fue establecido en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente se produjo la renovación parcial de la composición del TC, pues el Congreso designó a cuatro nuevos integrantes que, sumados a los tres magistrados reincorporados, completan un tribunal de calidades jurídicas y morales ciertamente destacables. Desde entonces, el TC ha ido adquiriendo cada vez mayor presencia en la vida jurídica y política nacional, al punto que —a pesar de la controversia que han suscitado algunas de sus resoluciones— puede decirse que su posición como órgano autónomo protector de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales se ha fortalecido.

Sin perjuicio de estos avances, consideramos que se hace necesario adoptar algunos cambios en las competencias y estructura orgánica del TC, a fin de fortalecer y optimizar el desempeño de sus funciones, los mismos que podrían efectuarse en el marco del proceso de reforma constitucional emprendido en el Congreso. En tal sentido, proponemos las reformas siguientes:

#### 4.1. *El TC debe ser el supremo intérprete de la Constitución*

En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional sigue sin ejercer el monopolio de la jurisdicción constitucional. La Constitución de 1993 y la LOTC persisten en definirlo como el órgano de control de la Constitución y no como “supremo intérprete” de ésta. Sin embargo, debe resaltarse que la propia ley orgánica contiene una norma (introducida casi subrepticamente) en la Primera de sus Disposiciones Generales que señala: *“Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y 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 en todo tipo de procesos”*.

Cabe agregar que en el Art. 39° de la LOTC se establece: *“Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional. Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal hasta que éste expida su resolución”*. Adicionalmente, el Art. 48° de la LOTC, en su segundo párrafo, dispone que *“cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional”*.

De modo que puede sostenerse que existen normas de la LOTC que permiten atribuir fuerza vinculante a los criterios de interpretación adoptados en las sentencias del TC respecto a cualquier futura resolución de las instancias del Poder Judicial, que no podrían contradecirlos ni desconocerlos. Ya no cabe admitir lo sucedido algunas veces durante la existencia del TGC, cuando éste desestimó la inconstitucionalidad de alguna ley no obstante lo cual —en acciones de amparo— ciertos jueces o tribunales ordinarios consideraron inconstitucional la misma norma y dispusieron inaplicarla al caso concreto.

Pero si bien estas normas de su ley orgánica convertirían al TC, en los hechos, en supremo intérprete de la Constitución, en un sistema que mantenga la pluralidad de intérpretes de la misma, consideramos necesario o conveniente que por la trascendencia de este asunto se consagre expresamente en la futura Constitución. Con ello se podría fin a cualquier controversia a la par de superar definitivamente los reparos de quienes aún piensan que las referidas normas de la LOTC exceden el papel que la Constitución de 1993 otorga al

TC o que vulneran las competencias y plena autonomía que ésta reconocería al Poder Judicial en materia de la apreciación y el control de la constitucionalidad de las normas.

#### *4.2. La necesaria reducción del número de votos para las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad*

Aunque la Carta de 1993 no establece nada al respecto, fue la LOTC N° 26435 la que dispuso, en su Art. 4°, que para dictar sentencia declarando inconstitucional una ley se requiere el voto conforme de seis de los siete magistrados que integran el Tribunal. Ya hemos señalado los perversos efectos de dicha norma, que fue objeto de reiterado cuestionamiento de la comunidad jurídica y académica nacional. Por ello ha sido positiva la aprobación de la Ley N° 27780 (publicada el 12 de julio del 2002) que reduce a cinco votos conformes el número necesario para declarar inconstitucional una norma con rango de ley. Pero creemos que este avance sigue siendo insuficiente, pues subsiste la posibilidad que la voluntad de una minoría (3 votos, por ejemplo) predomine sobre la mayoría de los magistrados favorables a la inconstitucionalidad.

El Proyecto de Reforma Constitucional del parlamento eleva a nueve los integrantes del TC y exige para la sentencia que declare inconstitucional una ley los votos conformes de dos tercios del número legal de los magistrados, es decir, 6 votos de 9. En nuestra opinión, lo más adecuado sería que la inconstitucionalidad de una ley se declare con el voto conforme de una mayoría calificada de más de la mitad del número de magistrados del TC. En todo caso, la propia medida y sensatez del TC, adoptando criterios como la interpretación conforme a la Constitución, que declara la inconstitucionalidad de la norma cuestionada sólo cuando ésta es manifiesta y no puede hallarse una interpretación que la haga razonablemente compatible con la Constitución, nos parece un límite suficiente que debería calmar los temores de quienes perciben a una reforma como la que proponemos como propiciadora de eventuales excesos del TC.

#### *4.3. Las sentencias del Poder Judicial sobre inaplicación de normas inconstitucionales y su falta de articulación con el Tribunal Constitucional*

La Constitución de 1993, en sus Arts. 51° y 138°, segundo párrafo, habilita a cualquier juez, en todo tipo de procesos, a preferir la norma constitucio-

nal sobre una norma inferior que la vulnere y, en consecuencia, a declarar la inaplicación de ésta para el caso concreto, de considerarla inconstitucional; esto es lo que se conoce en la doctrina como “control difuso” o incidental de inconstitucionalidad. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial, como ya hemos señalado, la sentencia del juez que declara la inaplicación de la norma inconstitucional tendrá que ser necesariamente revisada por la Corte Suprema, sea por apelación de parte o en consulta de oficio, a fin de asegurar cierta unidad de criterio y certeza en la jurisprudencia sobre la constitucionalidad de una norma. No obstante, por el carácter dual propio de nuestro sistema de jurisdicción constitucional, la decisión final sobre la eventual inconstitucionalidad de una norma dictada en el marco de un proceso ordinario cualquiera, quedará reservada al Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, sin que exista ningún mecanismo que permita su revisión por el Tribunal Constitucional.

Pero esta limitación o deficiencia se torna más delicada e incongruente cuando se trata de procesos destinados a la protección de derechos constitucionales, como los de habeas corpus, amparo o habeas data. Y es que como la LOTC señala que dichos procesos tendrán dos instancias en el Poder Judicial (culminando normalmente en las Cortes Superiores de cada Distrito Judicial) y que sólo podrán recurrirse ante el TC las acciones desestimadas en sede judicial, puede suceder (como de hecho ha ocurrido en muchas ocasiones) que aun cuando el fallo final favorable al demandado contenga la inaplicación de una norma tildada de inconstitucional, ni siquiera este aspecto de la sentencia llegue a revisión de la Corte Suprema ni, menos aún, del Tribunal Constitucional.

La inexistencia de una norma que prevea esta revisión o consulta en la legislación especializada sobre habeas corpus y amparo o en la LOTC, ha llevado a que se interprete no sólo su improcedencia en este tipo de procesos constitucionales sino incluso la no aplicación de la norma general contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial que obliga a la remisión de estos asuntos a la Corte Suprema. En no pocas ocasiones ello ha determinado que procesos de amparo culminados en distintas cortes superiores del país muestren sentencias contradictorias acerca de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una misma ley, sin que exista un mecanismo que permita poner fin a una situación que atenta contra la seguridad jurídica y la coherencia del sistema.



Consideramos indispensable corregir esta situación. La forma más congruente de hacerlo, sobre todo reafirmando el papel del TC como supremo intérprete de la Constitución y la necesaria seguridad jurídica y coherencia de la jurisprudencia, sería establecer la llamada “*cuestión de inconstitucionalidad*” prevista en el sistema español. Ésta, como se sabe, exige que los jueces ordinarios se abstengan de resolver sobre la presunta inconstitucionalidad de una norma y sometan el asunto a la decisión del TC, procediendo luego el órgano judicial a resolver el caso concreto aplicando lo decidido por el TC sobre la constitucionalidad de la norma objetada. Pero encontramos poco probable, al menos por ahora, que se apruebe en nuestro país una reforma con este contenido. De un lado, por el arraigo de la tradición del control difuso en sede judicial, donde dicho órgano emite sentencia sobre la constitucionalidad de la norma; de otro lado, porque la propuesta generaría previsible reacción adversa y presión del Poder Judicial. Por último, porque no se aprecia interés ni acuerdo político entre los parlamentarios para adoptar dicho criterio.

De allí que proponemos que, a propósito de la reforma constitucional en curso, se adopte una medida que brinde cuando menos alguna solución intermedia a este problema. En tal sentido, sostenemos la conveniencia de establecer que cualquier sentencia judicial de última instancia (sea en procesos ordinarios o de protección de derechos constitucionales) donde se haya ejercido control difuso e inaplicado una norma por considerarla inconstitucional, tenga que ser necesariamente sometida a revisión del Tribunal Constitucional en este aspecto específico. Si se adoptara esta fórmula no sólo se afianzaría el papel rector del TC en materia de interpretación de la Constitución y de la defensa del principio de constitucionalidad de las normas, sino que se evitarían posibles colisiones de criterios entre el órgano judicial y el Tribunal, situación que —por lo demás— generan inestabilidad y confusión en nuestro ordenamiento jurídico.

#### *4.4. La necesidad de ampliar el acceso ante el TC y su participación en procesos sobre derechos fundamentales*

La Constitución de 1993, en el inciso 2 de su Art. 202º, establece que el TC conocerá —en última y definitiva instancia— de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento que hayan sido denegados en el Poder Judicial; es decir, que sólo el demandante puede acceder ante el TC, mediante el denominado recurso extraordinario, cuando su pretensión

ha sido desestimada en sede judicial, posibilidad que no asiste al demandado derrotado. De conformidad con las normas vigentes, la tramitación de estos procesos constitucionales se realiza sólo en dos instancias judiciales, culminando –por regla general– en las cortes superiores, salvo cuando se trata de acciones de garantía contra resoluciones judiciales, que concluyen en la Corte Suprema.

Aunque la intención de esta norma constitucional es dar celeridad a la protección de los derechos fundamentales, evitando el recurso a una tercera instancia jurisdiccional cuando se ha obtenido un fallo favorable al accionante, no está exenta de objeciones importantes. Y es que puede cuestionarse la equidad de la norma, al romper la igualdad que debe existir entre las partes del proceso, al conceder únicamente al demandante el recurso extraordinario ante el TC, que actúa como una tercera y definitiva instancia del mismo proceso. Además, con ello el TC sólo alcanza un conocimiento residual de estos procesos constitucionales, los desestimados en el órgano judicial, lo que puede conspirar contra la certeza y unidad de la jurisprudencia, pues se ha constatado que dentro de los procesos que culminan en la segunda instancia judicial pueden quedar firmes resoluciones con criterios opuestos entre sí, e incluso contrarios a los fijados por el TC, sin que tales sentencias puedan llegar a conocimiento y revisión de este Tribunal. Lo anterior se torna más grave por la falta de una judicatura especializada en asuntos constitucionales dentro del Poder Judicial, lo que también afecta la calidad y motivación de tales sentencias.

El Proyecto de Reforma Constitucional, en su Art. 209º, inc. 2, establece que el TC es competente para conocer en último grado de las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento, a pedido de parte; y de oficio, cuando sea necesario a efectos de realizar una política de unidad jurisdiccional. Por esta vía, se estaría abriendo la posibilidad que el TC conozca de oficio sentencias judiciales que declararon fundada la acción, cuando considere que el caso amerita su intervención. Aunque compartimos las razones que motivan esta propuesta, nos parece preferible y más equitativo habilitar el recurso extraordinario tanto para el demandante como para el demandado, pero disponiendo que corresponderá al TC pronunciarse previamente sobre la admisión o no de la causa. Así el TC sólo debería seleccionar y admitir casos cuyo contenido revista especial trascendencia general, sea porque permitirán establecer criterios de interpretación jurisprudencial o para corregir lo resuelto por el órgano judicial.

## 5. Reflexión final

Tras la caída del régimen autoritario y antidemocrático de Fujimori se han producido cambios importantes en la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, como la reincorporación de los magistrados destituidos y la renovación de la composición del Tribunal, la reducción a cinco de los votos conformes necesarios para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, el retorno al plazo de seis años (y ya no de seis meses) para la interposición de la acción de inconstitucionalidad, y el hecho que se hayan implementado dos salas para conocer y resolver en último grado de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento.

Pero se impone introducir algunas modificaciones adicionales que, por su contenido, requieren una reforma constitucional. Consideramos conveniente que la declaración de inconstitucionalidad de una ley sea adoptada por el voto favorable de una mayoría calificada de la mitad más uno del número legal de magistrados del TC. Asimismo, que el TC deba conocer en último grado cualquier habeas corpus, amparo, habeas data o proceso de cumplimiento, y ya no sólo los desestimados en sede judicial, previa decisión de selección y admisión del caso por el propio TC. Igualmente, que cualquier sentencia judicial donde se realice el control difuso e inaplique una norma por considerarla inconstitucional, sea necesariamente sometida a la revisión final del TC.

Si bien estas reformas no abandonan el carácter dual de nuestro sistema de jurisdicción constitucional, se enmarcan en una clara dirección de superar las principales deficiencias e inconsistencias observadas, encaminándolo hacia un sistema más concentrado donde se articulen coherentemente las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, afianzando el rol de supremo intérprete de la Constitución que debe corresponder a aquél.