

CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER POLÍTICO. NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Gerardo ETO CRUZ

SUMARIO: I. *Excurso introductorio*. II. *La enigmática tríada del poder y su legitimidad*. III. *Acerca del control constitucional y sus presupuestos*. IV. *Características generales del control constitucional en la jurisdicción constitucional peruana*. V. *La autopercepción del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional*. VI. *El control constitucional de las leyes de reforma constitucional*. VII. *El control constitucional de la facultad normativa del Poder Ejecutivo y de las prerrogativas presidenciales*. VIII. *El control constitucional de las decisiones del Poder Judicial*. IX. *El control constitucional de los actos del Ministerio Público*. X. *El control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones*. XI. *El control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura*. XII. *El control constitucional de la jurisdicción militar*.

I. EXCURSO INTRODUCTORIO

El fenómeno del poder y, en especial, el poder político, ha sido objeto de diversas vertientes disciplinarias;¹ la politología lo estudia desde el punto de vista fáctico, o sea, lo enfoca tal como es;² en cambio, el derecho

¹ Miró Quesada, Francisco, *Ciencia política. Actualidad y perspectivas*, Lima, Cuadernos Biblioteca Peruana de Ciencia Política, 1976.

² Bealey, Frank, *Diccionario de ciencia política*, trad. de Raquel Vásquez Ramil, Madrid, Editorial Istmo, 2003, pp. 63 y 323-325; Bobbio, Norberto, Mateucci, Nicola y

constitucional más bien pretende normar jurídicamente el ejercicio del poder³ bajo bases racionales y legítimas.⁴ La filosofía política concurre igualmente a desbrozar al poder pretendiendo establecer que ella se ejerce bajo un sistema de valores éticos.⁵

Los politólogos⁶ sostienen que una definición aparte de harto conocida, sea quizá una de las más idóneas, es la desarrollada por Max Weber (1864-1920), que describe al poder como “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”.⁷ En este mismo contexto, el pensador alemán alude al concepto de *dominación*, que lo entiende por “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”;⁸ y conceptualiza a la *disciplina* como “la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática”.⁹ A partir de estas nociones, concluye en que

1. El concepto de *poder* es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de *dominación* tiene, por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un *mandato* sea obedecido.

Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política*, 15a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2007, pp. 1190-1202.

³ García Belaunde, Domingo, “Derecho constitucional y ciencia política (a propósito de la relación entre fenómeno jurídico y fenómeno político)”, *Constitución y Política*, Lima, Cuadernos Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1981, pp. 15-18; 2a. ed., Lima, 1991, pp. 13 y ss.

⁴ Bidart Campos, Germán J., *El poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985, pp. 188 y 189.

⁵ Bobbio, Norberto, *Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Antología*, 2a. ed., estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 144 y ss. Véase igualmente el colectivo *[Re]pensar a Bobbio*, Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte (coords.), México, UNAM-Siglo XXI, 2005.

⁶ Sánchez Azcona, Jorge, *Reflexiones sobre el poder*, México, UNAM, 1997, véase especialmente el capítulo “Marx y Weber, un estudio comparativo en la metodología de las ciencias”, pp. 93 y ss.

⁷ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2a. ed. en español, preparada por Johannes Winckelmann y nota preliminar de José Medina Echavarría, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 43.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

2. El concepto de *disciplina* encierra el de una obediencia habitual por parte de las masas sin resistencia ni crítica.¹⁰

II. LA ENIGMÁTICA TRÍADA DEL PODER Y SU LEGITIMIDAD

Karl Loewenstein, al describir la anatomía del proceso del poder político, indica que existen tres incentivos que acompañan la cotidianeidad de la vida del hombre en la sociedad y que rigen la totalidad de las relaciones humanas: el *amor*, la *fe* y el *poder*. En el arcano del tiempo, la historia pasa siempre revista de que esta trimembre vinculación ha estado siempre presente de una manera misteriosa. Así, el poder de la fe mueve montañas, y el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero es ínsito en el hombre el amor al poder y la fe al poder. Loewenstein expresa que la historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder, a su miseria.¹¹ La política no es sino la permanente lucha por el poder, y el hombre lo vivencia y lo experimenta, tanto como detentador del poder o como destinatario del poder.¹²

Valgan las líneas precedentes para reflexionar a propósito del magnífico libro del profesor Diego Valadés respecto a la problemática del control del poder, en cuyo contenido y desde la perspectiva del mundo hispanohablante ha desbrozado un macizo conjunto de ideas de carácter cosmopolita en torno a la forma de cómo debería ser controlado el poder, a través de tres hilos conductores: el control como problema, el control como fenómeno y el control como proceso. Ha dicho el maestro azteca que “[es] una de las cuestiones pendientes de resolver desde los inicios mismos del constitucionalismo”, sosteniendo que el problema del control del poder “es en nuestro tiempo el eje de la vida constitucional”; luego nos precisa que “los instrumentos de control representan la parte más lábil de las constituciones”, y que esto plantea una triple dimensión del fenómeno político: lo que es, lo que será y lo que debe ser.¹³ Estas reflexiones envuelven enfoques que van de la ciencia política (lo que es el poder), la filosofía política (cómo debería ser) y, estimamos aquí, el de-

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., traduc. y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1982, p. 23.

¹² Sabine, George, *Historia de la teoría política*, 3a. ed., revisado por Thomas Landon Thorson, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

¹³ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 11 y 12.

recho constitucional (que incluye el control del poder y sus aspectos procesales y metodológicos).

III. ACERCA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SUS PRESUPUESTOS

En el campo estrictamente constitucional se han planteado profundas reflexiones en torno a los sistemas de control constitucional,¹⁴ y más allá de matices y heterodoxos planteamientos, estimamos que, para la existencia de un idóneo sistema de control constitucional, deben existir ciertos presupuestos, como son:

- a) presencia de una Constitución rígida,¹⁵ que presuponga la vigencia contemporánea del concepto normativo de Constitución, en donde la parte dogmática se expresa en la regulación del conjunto de los derechos fundamentales, y la parte orgánica que pretende un uso racional y legítimo del poder político;
- b) un órgano jurisdiccional —sea concentrado o difuso— que ejerza el control y que lo concrete en forma de decisiones judiciales o fallos plenamente ejecutables;¹⁶
- c) existencia de un conjunto de instrumentos procesales con que cuente la ciudadanía para afirmar la tutela de los derechos¹⁷ y el control de los órganos del Estado emanados de cualquier tipo de autoridad;

¹⁴ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, pp. 83 y ss. Véase igualmente el vol. 3, rubricado como “Jurisdicción y control constitucional”, de *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, 992 pp.

¹⁵ Prieto Sanchís, Luis, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I. *Teoría general del derecho procesal constitucional*, pp. 805-824.

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función jurisdiccional*, México, UNAM, 2006, véase específicamente “Justicia y eficiencia en el litigio judicial”, pp. 53 y ss.

¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, p. 47.

- d) un sistema político, donde se afirme la división del poder, la supremacía constitucional y un mecanismo agravado de reforma —que no hace más que afirmar una Constitución rígida—. ¹⁸

Complementariamente a ello, otro presupuesto que rodea las actuales características del control constitucional es la presencia de la constitucionalización del orden jurídico, ¹⁹ que presupone todo un proceso de transformación, al cabo del cual el ordenamiento de un país resulta totalmente impregnado por la irradiación de las normas constitucionales. Dicha constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene, en efecto, para el ámbito de aplicación del control constitucional y para el método de ejercicio del mismo, grandes consecuencias. Así, hoy puede afirmarse que merced al encaje que cualquier norma (sea ésta civil, penal, comercial, laboral u otra) debe tener respecto a la Constitución, las controversias jurídicas pueden reconducirse hoy, de un modo u otro, a un conflicto de carácter constitucional. Ello hace posible, entre otras cosas, activar procesos constitucionales donde, aunque no de manera directa, se encuentren en juego posiciones de carácter iusfundamental. Como veremos más adelante, merced a dicha inundación del ordenamiento jurídico de valores, principios y derechos constitucionales, hoy, zonas que antes se encontraban exentas del control jurídico-constitucional se han vuelto justiciables, y la siempre arbitraria categoría de las *political questions* ha reducido grandemente su radio de acción. ²⁰

Por otro lado, en el ámbito del método jurídico, dicha constitucionalización del orden jurídico conduce a que las distintas controversias jurídicas no sean resueltas sólo apelando a las normas-regla que el con-

¹⁸ Al respecto, Sagüés diferencia un sistema completo o pleno del control constitucional y un sistema incompleto. El primero cuenta con cinco exigencias: a) Constitución parcial o totalmente rígida; b) órgano de control independiente del órgano controlado; c) facultades decisorias del órgano de control; d) posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismo a la norma o acto inconstitucional, y e) sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad. (Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, vol. I. *Recurso extraordinario*, 4a. ed., Buenos, Aires, Astrea, 2002, pp. 27 y ss.

¹⁹ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 153 y ss.

²⁰ Landa Arroyo, César, “El tribunal constitucional y las *political questions*”, *Anuario Iberoamericano de Jurisdicción Constitucional*, Madrid, núm. 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

junto normativo específico provea (derecho civil, penal, laboral, etcétera), sino también a las normas-principio contenidas en los mismos conjuntos normativos o en la Constitución en forma de derechos fundamentales.²¹ La creciente incorporación de los principios en la resolución de los casos judiciales ha generado, pues, una revolución copernicana en el método jurídico. Del tradicional método de la subsunción judicial, aplicado a las denominadas normas-regla se ha pasado, de modo muy intenso en los últimos años, a emplear el método ponderativo construido para la aplicación de las normas-principio.²² Dicho cambio en el modo de operar con las normas jurídicas, producido principalmente por la presencia en el ordenamiento jurídico de las normas constitucionales (de carácter fundamentalmente principialistas), genera, además de un cambio en el paradigma jurídico del que muchos han hablado,²³ un modo distinto en el modo de ejercer el control constitucional.

Otro presupuesto importante que caracteriza actualmente el ejercicio del control constitucional viene determinado por la actual “concepción material” de Constitución que el neoconstitucionalismo ha asignado al nuevo modelo de Estado constitucional.²⁴ Desde luego, no aludimos aquí

²¹ La principal contribución a la distinción entre normas regla y normas principio: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Véase igualmente, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, prólogo de Albert Calsamiglia, Buenos Aires, Planeta Agostini, 1993; Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

²² Sobre el método de la ponderación judicial véase ampliamente el apéndice “La fórmula del peso”, en Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo; prólogo de Manuel Atienza, Lima, Palestra, 2007. Véase también Prieto Sanchis, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

²³ El cambio en el paradigma jurídico ha sido anunciado sobre todo por la corriente que ha dado en llamarse “neoconstitucionalismo”. Sobre el particular puede verse Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006; Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, UNAM, 2008; Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005; Varios autores, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Trotta, 2007.

²⁴ Aguiló, Joseph, *La Constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004, pp. 15 y ss.

a la concepción material de Mortati, sino a un nuevo modelo de Estado, que se expresa a través de una Constitución que no sólo actúa como límite al poder político (en sentido negativo), sino que, impregnada de normas materiales que contienen mandatos de actuación positivos, exige de parte del poder político ciertos actos positivos que la concreten. Dichos actos de los órganos estatales vienen exigidos, además, por un principio que es ineludible en toda democracia moderna: el carácter normativo de la Constitución. El desarrollo de determinadas instituciones del Estado que la Constitución solo enuncia, la regulación de los derechos sociales que ésta postula y la vigencia igualitaria de los derechos fundamentales, constituyen, entre otras, exigencias materiales que la Constitución presenta a los distintos órganos del poder constituido. En la doctrina y la praxis jurisprudencial contemporánea, el ejercicio del control constitucional sobre el cumplimiento de dichos mandatos constitucionales se ha efectuado a través del llamado “control constitucional de las omisiones legislativas”.²⁵

En todo caso, bien entendidos los ejes sobre los cuales se desenvuelven los circuitos y las complejas maquinarias de los controles constitucionales, bien debe apreciarse, dentro del marco de la actual ingeniería constitucional,²⁶ que el control constitucional es una pieza vital —aunque no la única— dentro del sistema político en el que se desenvuelve el Estado constitucional. Y ello no obstante la presencia de otros factores

²⁵ Sobre la inconstitucionalidad por omisión puede verse Carpio Marcos, Edgar y Eto Cruz, Gerardo, *El control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e ilegalidad por omisión*, Querétaro, México, Fundap, 2003; Varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Víctor Bazán (coord.), Bogotá, Temis, 1997; Varios autores, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Miguel Carbonell (coord.), México, UNAM, 2003; Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998; Martínez Sánchez, León Javier, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, Porrúa, 2007; Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

²⁶ Anota Sartori: “...hablando en serio, las constituciones son formas que estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados. Las constituciones establecen la manera en que se crearán las normas; no deciden ni deben decidir, qué debe ser establecido por las normas. Es decir, que las constituciones son, ante todo, procedimientos cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado del poder”. Cfr. Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 2a. ed., trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 217.

externos que condicionan la realidad constitucional, como los regímenes de excepción, las mutaciones y las desconstitucionalizaciones,²⁷ que forman manifestaciones patológicas en la dinámica constitucional, y que pueden llegar a limitar fuertemente el imperio del derecho; sin embargo, aun en dicho escenario, hoy bien puede afirmarse que estos mecanismos de control resultan ser acaso los grandes remedios o antídotos con que cuenta la democracia moderna para estos males que presentan los entes objeto del control constitucional.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA

Los tribunales constitucionales han venido atravesando diversas “olas” o “generaciones”²⁸ y ha enfrentado mil y una batallas en los complejos meandros de la política y el derecho, y en este marco bien cabe hacer una breve reflexión que vincula a la problemática del poder político y, en especial, del poder jurisdiccional²⁹ que tienen estas cortes constitucionales, que llegan incluso a definir el nervio de los regímenes políticos en cuanto al control del poder desde el punto de vista jurídico, aun cuando para algunos críticos, como Fernando Atria, los jueces constitucionales puedan llegar a un faccionismo que subvierta las instituciones democráticas.³⁰

Por lo pronto, debe quedar claro, como lo ha señalado la literatura politológica, que el poder es uno solo, pero que se manifiesta en diversos órganos.³¹ Así, la triarquía clásica del Legislativo, Ejecutivo y Judicial hoy

²⁷ Dau-Lin, Hsu, *Mutación de la Constitución*, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Forster, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

²⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2004, pp. 68 y ss. Igualmente, puede verse Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 29 y ss.; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, Fundap, 2002.

²⁹ Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 15.

³⁰ Atria, Fernando, “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en Bordalí, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Chile, Santiago de Chile, Lexis Nexis-Universidad Austral de 2006, pp. 9 y 10.

³¹ Bidart Campos, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1967, pp. 13 y ss.; 81 y ss. y 129 y ss.

se encuentra superada, por cuanto aparte de estos órganos el actual constitucionalismo cosmopolita diseña otros órganos más, como son, por ejemplo, en el Perú, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, entre otros.³²

El Tribunal Constitucional peruano, como en todos los demás modelos de jurisdicción constitucional, constituye no sólo un órgano “más” dentro de la singladura del poder político, sino que se ha convertido en el centro de gravitación de las “grandes decisiones” que involucran la problemática del control del poder, tanto como de la esfera de protección de los derechos fundamentales;³³ todo esto, por cierto, bajo el *desiderátum* de que el Tribunal Constitucional funcione en los marcos de lo que Häberle denomina “sociedad abierta”.³⁴

Lo que a continuación sigue es la forma como el TC ha venido manifestando su poder jurisdiccional para controlar a diversos órganos del Estado a través de su jurisprudencia y de la propia interpretación constitucional sobre la base de específicos procesos constitucionales. Por lo general, los fallos del TC han generado en todos los países que lo contemplan, una *guerra de cortes*, y en nuestro caso ésta no sólo se ha manifestado con el propio Poder Judicial,³⁵ sino con otros organismos, como el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, y ni qué decir del Parlamento, Poder Ejecutivo u organismos regionales y locales; es decir, a través del ejercicio de un control horizontal interórganos, que se complementa con un control vertical sobre las entidades privadas, como pueden ser monopolios u oligopolios. En suma, el TC en sus cerca de trece años de existencia y a través

³² García Belaunde, Domingo, “Perfil del Parlamento peruano”, *Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, p. 285.

³³ Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2003, especialmente pp. 701 y ss.

³⁴ Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I. *Teoría general del derecho procesal constitucional*, pp. 763-784.

³⁵ Varios autores, *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Domingo García Belaunde (coord.), Lima, Palestra, 2007.

de sus casi cincuenta mil sentencias,³⁶ ha penetrado por diversos ámbitos y recodos del control; sus sentencias suponen adelantar o retroceder las agujas del tiempo, internarse en los pliegues y repliegues de la condición humana y en la naturaleza y dinámica del poder. Por ello, muchas de sus decisiones pueden ser fuertemente cuestionadas —como en efecto siempre lo son—, pero esto no ha significado dejar de reconocer el rol que hoy juega, no sólo en el sistema de justicia, sino en la gobernabilidad misma del país.³⁷

³⁶ El cuadro de las sentencias publicadas hasta fines de 2008, en los siete procesos constitucionales con que cuenta el Perú, tanto de la jurisdicción constitucional orgánica como de la jurisdicción constitucional de la libertad, es el siguiente:

<i>Año</i>	<i>HC</i>	<i>HD</i>	<i>Q</i>	<i>AI</i>	<i>AC</i>	<i>CC</i>	<i>AA</i>	<i>Total</i>
1996	78	0	0	3	0	1	18	100
1997	40	1	0	18	16	2	526	603
1998	166	3	0	0	66	2	956	1,193
1999	252	3	0	0	104	1	1,036	1,396
2000	151	4	0	4	140	1	1,508	1,808
2001	168	3	0	20	45	1	465	702
2002	318	4	0	18	140	4	688	1,172
2003	711	7	91	25	387	9	3,372	4,602
2004	495	10	214	45	439	6	2,957	4,166
2005	550	9	330	34	1,227	8	4,903	7,061
2006	721	9	289	36	2,229	5	6,864	10,153
2007	1,367	81	301	38	1,130	8	6,405	9,330
2008	1,201	72	313	18	446	4	5,046	7,100
2008	38	0	11	0	5	0	118	172
<i>Total</i>	<i>6,256</i>	<i>206</i>	<i>1,549</i>	<i>259</i>	<i>6,374</i>	<i>52</i>	<i>34,862</i>	<i>49,558</i>

12.62% 0.42% 3.13% 0.52% 12.86% 0.10% 70.35% 100.00%

³⁷ Un crítico del TC como el iusprocesalista Monroy Gálvez anota: “...el TC ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de mayor trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; ha colocado la linterna en donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti*, un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, ha determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones preocupen seriamente”. (*Cfr. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, cit.*, t. I, p. 707.

Este control constitucional lleva igualmente a señalar la naturaleza no solamente procesal de los procesos constitucionales con que cuenta el Perú a través de los llamados procesos de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, que está conformado por el hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento, sino también otros tres procesos más que inciden en la parte orgánica de la Constitución, y que forman parte de la más pura cepa de la jurisdicción constitucional orgánica, como son el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de acción popular y el proceso competencial, sino que consustancial a dicha naturaleza también cabe reconocer que los procesos constitucionales, según la materia que se dilucida, el órgano que es emplazado y el impacto que ella genera, ostentan un carácter político, al extremo que Häberle, por ejemplo, sostiene que, de acuerdo con la función que asumen, los tribunales constituyen un poder político.³⁸

V. LA AUTOPERCEPCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la primigenia concepción kelseniana³⁹ que delineara los tribunales constitucionales,⁴⁰ se le prefiguró como un órgano de control frente a los excesos del legislador (legislador negativo); hoy esa vieja concepción ha sido vadeada, pues en la actualidad resulta un axioma en la construcción de los Estados constitucionales el principio de que no existe ningún órgano exento del control constitucional, encargándose dicho control a órganos de justicia constitucional especializada. Así, en nuestro país el TC ha establecido también la llamada *inexistencia de zonas exentas de control constitucional*, pues sostiene que

...afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su

³⁸ Häberle, Peter, “El Tribunal Constitucional como poder político”, *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre de 2004, pp. 9-37.

³⁹ Lagü, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la “De la esencia y valor de la democracia”*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.

⁴⁰ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Guillermo Gasió; traducción y notas de Roberto J. Bric; supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid, Tecnos, 1995.

condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder... Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos...⁴¹

En igual temperamento el propio TC ha establecido que el tema del control constitucional no se extingue en la interdicción de los actos inconstitucionales de los poderes públicos, sino que se extiende también frente a actos de los particulares o *inter privados*. El carácter de la Constitución como ley fundamental de la sociedad así lo exige.⁴² Hoy, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁴³ y la ampliación del ámbito de vinculación de la Constitución a las relaciones que se establecen dentro del marco de la autonomía privada constituyen también un principio esencial del control constitucional. Así, el TC ha señalado que

...los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.⁴⁴

En dicho contexto, este deber de protección impone como una tarea especial del Estado, su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Así, el control constitucional se habilita también sobre actos realizados por particulares. En nuestro sistema de jurisdicción constitucional, como es sabido, el artículo 200 de la Constitución posibilita la interposición del amparo contra acto u omisión de autoridad, funcionario o *persona* que amenace o vulnere los derechos fundamenta-

⁴¹ STC 4053-2004-PHC, FJ 14.

⁴² La naturaleza de la Constitución como ley fundamental de la sociedad —ha dicho el TC peruano— se sustenta tanto en el artículo 1o. de la Constitución que prescribe que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado” y en el artículo 38, según el cual “Todos los peruanos tienen el deber... de respetar, cumplir... la Constitución...” (STC 976-2001-AA/TC, FJ 5).

⁴³ Véase STC 03179-2004-PA, FJ 17; STC 00976-2001-PA, FJ 5; STC 10087-2005-PA, FJ 3.

⁴⁴ STC 976-2001-AA/TC, FJ 5.

les. Con ello, como ha tenido ocasión de precisar el TC, los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad sirven para efectuar un control constitucional sobre actos de los particulares.⁴⁵

El control constitucional sobre actos de particulares no contiene, sin embargo, como ha manifestado el TC, las mismas características que el control efectuado sobre actos de los poderes públicos. Así, como ha dicho el TC, el que la Constitución habilite el control constitucional sobre los actos *inter privados*

...no quiere decir que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo contra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos constitucionales. De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad.⁴⁶

En lo que sigue, como ya se ha señalado, vamos a establecer diversos casos que involucran el control constitucional de los distintos órganos del Estado, como son el Parlamento, el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones, así como casos concretos de control constitucional a la jurisdicción militar, la jurisdicción arbitral y la administración pública.

VI. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Dentro de los distintos ámbitos donde el Tribunal Constitucional ha hecho ejercicio del control constitucional interesa destacar, en primer lugar, el tema del control de las leyes de reforma constitucional. En efecto, una de las complejas problemáticas que se presenta con cierta dosis de intermitencia en América Latina es la presencia de un poder constituyen-

⁴⁵ STC 976-2001-AA/TC, FJ 5.

⁴⁶ STC 976-2001-AA/TC, FJ 8.

te irregular y que lleva a afrontar las viejas teorías de Sieyès y de Emilio Boutmy. En efecto, se trata de si un poder constituido, como es el legislador ordinario, puede ejercer facultades de poder constituyente derivado, situación que en la práctica y la doctrina no tiene cuestionamiento, pero que ha llegado a los predios del Tribunal Constitucional para su dilucidación.

El tema del control de la reforma constitucional no sólo es un tema de permanente relevancia teórica, sino que en distintos países los tribunales o cortes constitucionales han realizado distintos exámenes sobre su validez normativa.⁴⁷

Por lo pronto, estamos de acuerdo con lo que plantea Roberto Rodríguez Gaona⁴⁸ en el sentido de que el control constitucional “puede examinar todas las normas de un sistema”. Esta hipótesis presupone afirmar que el control se extiende sobre la totalidad de las normas aplicables a cualquier instituto específico de control constitucional. En tal perspectiva, el control constitucional no tiene impedimento para examinar la validez de cualquier norma controvertida, entre las que se encuentran, obviamente, las normas de reforma constitucional, que resultan ser expresión natural de un poder constituyente derivado.

En primer lugar, el TC ha sido claro en señalar que la Constitución en su conjunto no puede ser objeto de control. Con ocasión del proceso de inconstitucionalidad planteado contra la Constitución Política de 1993, el Tribunal dejó sentado que una vez que entró en vigencia, todos los órganos constituidos, así como los ciudadanos, debían respeto y fidelidad a la carta magna, sin excepción alguna. Con prudencia el TC estimó que puesto que él mismo —el TC— debía su existencia y su configuración, así como el propio régimen y designación de sus miembros a la Constitución de 1993, significaría un contrasentido jurídico

⁴⁷ Así, por ejemplo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer del recurso en revisión promovido por Manuel Camacho Solís, estableció un importante criterio en lo atinente al control constitucional de la reforma de la Constitución: “el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, sí puede conocer de la constitucionalidad del procedimiento legislativo desarrollado para dar vida a una reforma constitucional”. Véase Flores, Imer B., “Sobre las formas y los límites de la legislación: a propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. I, México, UNAM, 2006, pp. 284 y 285.

⁴⁸ Rodríguez Gaona, Roberto, *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 2006, p. 19.

desconocerla.⁴⁹ Por otro lado, basado en el principio de unidad de la Constitución, el TC tampoco ha admitido la figura de una inconstitucionalidad parcial de la Constitución, o lo que podría ser lo mismo, la presencia de normas constitucionales inconstitucionales.⁵⁰

Sin embargo, el TC sí ha considerado una exigencia impuesta por la propia Constitución el control de las leyes de reforma constitucional. Como intérprete supremo de la Constitución y como vocero del poder constituyente, el colegiado constitucional se ha considerado competente para evaluar la validez de las leyes de reforma constitucional, básicamente cuando éstas vulneren el proceso mismo de reforma constitucional establecido en la Constitución (revisión formal) y cuando atenten contra el “contenido fundamental de la Constitución” (revisión material).⁵¹

⁴⁹ STC 0014-2003-AI/TC, FJ 2.

⁵⁰ Con todo, aunque no en los términos utilizados lapidariamente por Otto Bachoff, el TC sí ha reconocido que una disposición constitucional entendida de determinada manera puede resultar irrazonable o atentar contra el contenido esencial de algún derecho fundamental. Así, en el caso Luis Felipe Almenara Bryson, el TC determinó que la norma constitucional contenida en el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución, que prescribe que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” no era congruente ni guardaba conexión lógica con la disposición constitucional que permitía a los magistrados destituidos por medida disciplinaria postular nuevamente a la carrera judicial. En este sentido, independientemente de un proceso de reforma constitucional, el TC dispuso que tal prohibición de no postular a quien simplemente se le había retirado la confianza, no era válida, mutándose en el fondo el sentido del texto fundamenta (STC 1941-2002-AA/TC, FJ 22). En igual sentido, en la STC 0006-2003-AI/TC, en el FJ 17 el TC estableció que la prohibición de modificación de la acusación constitucional por parte del Ministerio Público y del Poder Judicial, establecida en el artículo 100 de la Constitución, invadía las competencias constitucionales que la propia Constitución había asignado a estos órganos; por lo que recomendó la reforma constitucional respectiva. Sobre las normas constitucionales inconstitucionales puede verse nuestro trabajo “Luces y sombras a medio siglo de una propuesta: las normas constitucionales inconstitucionales”, *Pensamiento Constitucional*, año IX, núm. 9, PUCP, 2003. Véase además, el clásico trabajo de Bachoff, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2008.

⁵¹ Así, el TC dejó claramente establecido que “aunque el control de una ley de reforma constitucional podría ser visto como una “cuestión política no justiciable”, dado que no se encuentra expresamente previsto por el artículo 200o. inciso 4) de la Constitución como una de las materias susceptibles de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, tal razonamiento cede bajo la consideración que este Colegiado vela porque la norma suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar, tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional” (STC 0050-2004-AI/TC, FJ 3-5).

En esta línea, el Tribunal determinó con corrección que el parámetro de control de las leyes de reforma constitucional debía estar constituido por los principios fundamentales de la Constitución a modificarse, y no por las normas modificatorias de ésta. Dicha consideración encuentra su sustento en un principio fundamental del control constitucional que el TC peruano, en este caso, se ha encargado de explicitar: el carácter predeterminado y objetivado del parámetro de control.⁵² Así, en la STC014-2003-AI/TC, el TC peruano estableció gráficamente que

...si se analizase la constitucionalidad de la reforma sobre la base de la norma justamente ya reformada, el parámetro no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado. Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se ‘administraba’ no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal.⁵³

En cuanto a la determinación del núcleo fundamental de la Constitución como parámetro material de control, el TC peruano ha establecido que éste se halla constituido por los principios esenciales de la Constitución, sin los cuales ésta caminaría irremediablemente a su aniquilación. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado. Estos principios esenciales, si bien no han sido determinados de manera explícita como límites a la reforma constitucional, lo son en tanto constituyen los supuestos ideológicos y valorativos en los que se sustenta la idea misma de una Constitución. Así, el TC ha precisado, con énfasis, que

El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen “representativo”, para modificar la Constitución económica o

⁵² Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, cit., pp. 141 y ss.

⁵³ STC 014-2003-AI/TC, FJ 22.

para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1o., 3o., 43 y 58 de la Constitución.⁵⁴

Ha concluido en este sentido el TC peruano, que

...el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede destruir la Constitución, y que tampoco puede vulnerar su esencia sin convertirse ilegítimamente en soberano. Esto constituye un límite implícito al poder revisor, ya que, aunque no se explique en cláusulas de intangibilidad, el ‘contenido fundamental’ existe, y si éste llegara a transgredirse, se produce el fraude constitucional, que consiste en convertir el poder revisor en poder constituyente.⁵⁵

Además de ello, el TC ha precisado la existencia de unos límites materiales explícitos, que si bien no son absolutos como los anteriores, constituyen parámetro para la evaluación de la validez de las leyes de reforma constitucional. Dichos límites se hallan constituidos por el contenido esencial de los derechos fundamentales. Como la propia Constitución ha establecido en su artículo 32 *in fine*, “la supresión o disminución de los derechos fundamentales no puede ser sometido a referéndum”. Sin embargo, dicho límite explícito no opera como el anterior de manera absoluta. El propio TC ha reconocido que los derechos fundamentales tienen un tiempo histórico en el cual se desenvuelven, y que si las condiciones que hicieron surgir determinada regulación de un derecho fundamental cambian, el contenido del mismo también puede variar. Por otro lado, la necesidad de coherencia determinadas exigencias provenientes de otros derechos fundamentales puede hacer variar de igual modo el estatuto constitucional de un determinado derecho fundamental. Ello hace necesaria la aplicación de determinados criterios interpretativos que permitan dicha concordancia entre las distintas exigencias constitucionales que la norma fundamental trae consigo. Así ha ocurrido en el caso de la reforma del régimen pensionario, donde merced a un principio de solidaridad constitucional el Tribunal Constitucional peruano convalidó dicha reforma que proscribía la nivelación pensionaria y cerraba el régimen de la cédula viva.⁵⁶

⁵⁴ STC 0050-2004-AI/TC, FJ 35.

⁵⁵ STC 0050-2004-AI/TC, FJ 32.

⁵⁶ STC 0050, 0051-2004-AI/TC (acumulados), FJ 30-41.

VII. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO Y DE LAS PRERROGATIVAS PRESIDENCIALES

1. *El control constitucional de los decretos de urgencia*

Dentro del esquema actual de cooperación y equilibrio de poderes, la función normativa o de legislación no ha sido encomendada exclusivamente al Parlamento, sino que en nuestro país la Constitución ha reconocido dicha potestad también al Poder Ejecutivo, a través de los llamados *decretos de urgencia* (además de los decretos legislativos). Y es que la propia dinámica de la vida constitucional, en sociedades vertiginosas y cambiantes como la nuestra, exige de parte del poder público, formas de actuación que permitan responder de manera inmediata a los problemas de la vida nacional, sin esperar el trámite normal de los procedimientos comunes, que de seguirse podrían causar algún daño o perjuicio en los intereses nacionales.

Como ha dicho el TC, en el enfrentamiento adecuado y oportuno de dichas situaciones de *emergencia constitucional* es que se justifica la potestad normativa asignada al Poder Ejecutivo, por lo que su ejercicio debe estar sujeto también a dicha circunstancia especial.⁵⁷ Los decretos de urgencia, por más que constituyan normas de carácter excepcional, no pueden en ningún caso quedar fuera de las condiciones que la propia Constitución ha previsto para su utilización. En efecto, el TC ha singularizado, en este caso, a partir del propio texto constitucional, una serie de requisitos para la validez constitucional de dichos decretos de urgencia, arrojándose la facultad de control sobre el cumplimiento de los mismos a efectos de declarar su constitucionalidad o no.⁵⁸

Los requisitos de validez de los decretos de urgencia (amén del respeto a los valores, principios y derechos constitucionales que toda norma

⁵⁷ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 56-60. En la dinámica del control constitucional, los procesos de inconstitucionalidad planteados contra decretos de urgencia alcanzan un número de 18. De éstos, ocho han sido declarados improcedentes, cinco infundados, uno fundado en parte, dos fundados, dos se encuentran pendientes de resolución. Las resoluciones desestimativas son las siguientes: STC 0005-1997-AI, STC 0006-1997-AI, 0007-1997-AI, 0006-1999-AI, 0015-2001-AI, 0016-2001-AI, 0032-2006-AI, 0004-2007-AI (improcedentes), STC0004-1999-AI, 0006-2000-AI, 0001-2001-AI, 0009-2004-AI, 0005-2006-AI (infundadas); mientras las estimativas son: 0008-2003-ai, 0017-2004-AI, 0023-2007-AI.

⁵⁸ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 56-60.

jurídica debe guardar) pueden ser clasificados —en palabras del TC— en formales y materiales. En cuanto a los primeros (referidos al procedimiento formal para su adopción), dichos requisitos están constituidos por la refrendación del presidente del Consejo de Ministros (condición *ex ante*) y la obligación de dar cuenta al Congreso (condición *ex post*, que puede dar lugar a un control político a posteriori por el Parlamento).⁵⁹ Por su parte, en lo que corresponde a los requisitos materiales o sustantivos, el TC ha dividido a su vez a éstos en criterios de evaluación de carácter endógeno y exógeno a la norma. Por lo que respecta al primero, el decreto de urgencia debe versar sobre materia económica o financiera, mientras que en lo atinente a los criterios exógenos, éstos tienen que ver con las circunstancias fácticas de excepción que justifican a nivel constitucional la dación de los referidos decretos.

En atención a la forma de ejercer el control constitucional de los decretos de urgencia, resultará esencial verificar, entonces, más allá del cumplimiento de los requisitos de forma establecidos, la presencia de una materia económica o financiera en su contenido, así como la existencia de una circunstancia de imprevisibilidad y urgencia que amerite la habilitación de esta forma extraordinaria de legislación. Respecto a la materia económica, el TC ha sido claro en sostener que ésta no se refiere sólo a una incidencia en el presupuesto, que todo problema social puede tener, sino esencialmente a los fines económicos que la norma con su promulgación busque.⁶⁰ Por lo que se refiere a las circunstancias fácticas que exigen la dación de un decreto de urgencia, el TC ha establecido una serie de características que a la postre son las que van a definir si el decreto expedido por el presidente de la República es precisamente de *urgencia*. Estas características, en términos del TC, son las siguientes:

a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español —criterio que este Colegiado sustancialmente comparte— que “en principio y con el razonable margen de discre-

⁵⁹ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 57.

⁶⁰ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 59.

cionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC N. 29/1982, F.J. N. 3).

b) *Necesidad*: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) *Transitoriedad*: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) *Generalidad*: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N. 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.

e) *Conexidad*: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él “cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna... con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC N. 29/1982, F.J. N. 3). Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una su-
puesta situación excepcionalmente delicada.⁶¹

En consecuencia, queda claro para el Tribunal que, aun cuando *prima facie* la evaluación de la situación de necesidad y urgencia le correspon-

⁶¹ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 60.

de al Poder Ejecutivo, en el marco de su función constitucional de dirección política, no por ello puede dejar de reconocerse que en el Estado constitucional, dicha potestad debe ser ejercida dentro de los parámetros que la propia Constitución ha establecido para la expedición de los decretos de urgencia, tanto en sus aspectos formales o procedimentales como en sus aspectos sustantivos; estos últimos representados básicamente por el *telos* que la Constitución asigna a estas normas legislativas expedidas por el Poder Ejecutivo. En este contexto, puede concluirse que si bien la Constitución habilita una solución constitucional para los momentos de emergencia o crisis económica, a través de los llamados *decretos de urgencia*, nuestra carta magna también pretende que la utilización de estos decretos excepcionales sea racional y ponderada, no admitiéndose bajo ninguna circunstancia su uso indiscriminado y arbitrario, fuera de todo cauce constitucional.

2. *El control constitucional del derecho de gracia presidencial*

Desde otra perspectiva, otro caso de control constitucional de los actos del Poder Ejecutivo es el que se halla constituido por el control de la *prerrogativa presidencial de la gracia*, que históricamente siempre se halló exenta de cualquier tipo de control. La Constitución peruana de 1993 establece en su artículo 118 las funciones que le corresponden al presidente de la República, dentro de las cuales prevé al titular del Poder Ejecutivo la facultad de “[c]onceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”.⁶²

Las gracias presidenciales reconocidas en nuestra Constitución tienen como fin la evaluación de la necesidad de la pena. En tal sentido, su utilización sólo se justifica cuando resulte innecesario el cumplimiento de la pena para el caso del indulto y la conmutación de la pena, así como la persecución penal para el caso del derecho de gracia.

Tanto el derecho de gracia como el indulto presentan características similares, puesto que ambas extinguen la acción penal y la condena, y eliminan cualquier tipo de antecedentes penales y judiciales al beneficiado con su concesión.

⁶² Artículo 118, inciso 21) de la Constitución Política del Perú.

Como claramente puede advertirse del artículo 118 de la Constitución, este dispositivo ha establecido supuestos para la concesión del derecho de gracia, a saber: *a)* que el beneficiado tenga la condición de procesado, y *b)* que se encuentre en la fase de instrucción y que el proceso haya excedido en el doble de su plazo más su respectiva ampliatoria. Asimismo, no debemos olvidar que nuestra carta magna prevé como requisito de validez de todos los actos que emite el presidente de la República, que éstos tengan refrendo ministerial, al señalar que “...son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial”.⁶³

Debido a la configuración que la propia Constitución le ha otorgado a la institución que nos ocupa, su naturaleza es la de un acto discrecional, es decir, una actividad estatal que no encuentra mayor grado de justificación en su otorgamiento que la observancia de los requisitos anotados anteriormente, sin que medie ninguna razón técnica adicional para su adopción.

Esta característica, propia de las gracias presidenciales, ha sido siempre cuestionada a lo largo de la historia, aduciéndose que fomenta la impunidad y que se presta a juegos políticos. En nuestro país, las gracias presidenciales, cuya concesión se entiende como un acto excepcional, ha servido como paliativo para solucionar la crisis penitenciaria que sufrimos, y ha sido utilizado como un mecanismo ordinario para luchar contra el hacinamiento de las cárceles. Surge entonces la necesidad de reflexionar respecto de si tal facultad otorgada al titular del Poder Ejecutivo puede ser objeto de control constitucional o si es que únicamente le corresponde el control político por parte del Congreso de la República cuando nos encontramos ante concesiones cuestionadas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse con respecto del derecho de gracia en el caso *Jalilie Awapara vs. Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima*,⁶⁴ desarrollando los límites, naturaleza y fines de dicho instituto.

Al igual que en otras oportunidades, el TC ha partido del principio de fuerza normativa de la Constitución, para afirmar que cualquier acto de poder público o privado que atente contra los valores, principios o derechos constitucionales puede ser objeto de control constitucional, principio que, como ya se dijo, no tiene excepciones en nuestro sistema de jurisdicción

⁶³ Artículo 120 de la Constitución Política del Perú.

⁶⁴ STC 4053-2007-PHC.

constitucional; por lo que incluso las prerrogativas de los más altos funcionarios del Estado, que siempre han estado cubiertas por una amplia discrecionalidad, pueden ser objeto de control constitucional. Además de ello, una razón adicional por la cual el control constitucional de la concesión del derecho de gracia es predicable en nuestra Constitución es la consideración del principio de igualdad, que impone una justificación razonable para el tratamiento diferenciado de los procesados, así como los mismos fines constitucionales de la pena y del proceso penal.

El primer punto para realizar el control constitucional de la concesión del derecho de gracia pasa por escudriñar los límites que dicho instituto contiene de su propia configuración y como resultado de una interpretación sistemática de la Constitución, como son sus límites formales y materiales. Ha sostenido el TC, con respecto a sus límites formales,⁶⁵ que

...[e]s de señalarse que para el caso de la gracia presidencial, es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).

Asimismo, el TC estableció los límites materiales⁶⁶ que debe reunir la decisión, para que esta medida esté de acuerdo con los principios de supremacía constitucional y de unidad de la Constitución. Así, expresó el TC que

...en lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales... Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado. En es-

⁶⁵ STC 4053-2007-PHC, FJ 25.

⁶⁶ STC 4053-2007-PHC, FJ 26 y 27.

te sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.

Como puede apreciarse, una concesión indebida de la gracia presidencial, que desconozca los límites formales y materiales arriba señalados, no sólo desnaturalizaría la misma institución, sino que resultaría atentatoria del principio de igualdad, puesto que en aquellos casos en los que no exista una especial situación del procesado que justifique un tratamiento diferenciado respecto de los demás procesados vulneraría el propio texto constitucional. Como sostiene el tribunal,⁶⁷ en aquellos casos en los cuales

...la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger.

Finalmente, respecto de la necesidad de justificar las resoluciones supremas que conceden el derecho de gracia presidencial, ha sostenido que⁶⁸

...queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado.

VIII. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES DEL PODER JUDICIAL

Con relación al control constitucional del Poder Judicial, asistimos a una verdadera paradoja. Se trata de la paradoja del constitucionalismo

⁶⁷ STC 4053-2007-PHC, FJ 28.

⁶⁸ STC 4053-2007-PHC, FJ 32.

contemporáneo, que confía a los jueces la custodia última de los derechos fundamentales, sin que ello exima a éstos del propio ejercicio del control constitucional. En concreto, se trata del control de su actuación en cuanto funcionarios que ejercen el poder de decir el derecho en la solución de los conflictos sociales cuya solución se les encomienda.

La puerta de entrada al control de la actividad jurisdiccional del Poder Judicial ha sido, como en muchos otros casos, una puerta creada vía interpretación. Como observa Samuel Abad,⁶⁹ al igual que la actual Constitución, la de 1979 dejó abierta la posibilidad del amparo contra la actuación del Poder Judicial, en la medida en que su artículo 295, al igual que el actual artículo 200 de la Constitución de 1993, dejaba abierta la posibilidad del amparo frente a “cualquier autoridad, funcionario o persona”.

De ello se dedujo, tempranamente, e incluso antes de la legislación mencionada,⁷⁰ que los jueces, como cualquier funcionario o autoridad, no podían quedar exentos de control respecto de su actividad jurisdiccional. No obstante, fue la Ley 23506, que en su artículo 6.2, la que, queriendo cerrar la posibilidad del control constitucional de la actividad judicial, estableció que “no proceden las acciones de garantía: contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular”. Sin embargo, dicha fórmula dejaba igualmente habilitada una interpretación que, *a contrario sensu*, permitía la posibilidad “legal” del amparo contra decisiones judiciales, cuando tales decisiones no emanaban de “procedimiento regular”.⁷¹ La calificación de lo que debía entenderse por “procedimiento regular” se convirtió, de este modo, en el punto neurálgico en la jurisprudencia constitucional para establecer el control o no de la actividad judicial.

Como es sabido, la Constitución de 1993 constitucionalizó el problema, al reproducir en su artículo 200.2 la literalidad del texto del artículo 6.2 de la Ley 23506, conforme al cual el proceso de amparo no procede “contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

No obstante, a la misma conclusión podría llegarse si es que se parte de otro extremo del artículo 200.2 de la Constitución de 1993. Esto es, el extremo en el que se constitucionaliza el régimen general del proceso de amparo, conforme al cual este proceso constitucional procede “ante el

⁶⁹ Abad Yupanqui, Samuel, *El proceso constitucional de amparo*, 2a. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 348.

⁷⁰ García Belaunde, Domingo, *El habeas corpus interpretado*, Lima, PUCP, 1971.

⁷¹ García Belaunde, Domingo, “El amparo contra resoluciones Judiciales. Nuevas perspectivas”, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 157 y ss.

hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”. De este modo, mientras respecto de resoluciones judiciales hay que estar al concepto de “procedimiento regular”, en cambio, en cuanto “autoridad o funcionario” los jueces están sometidos a control no sólo respecto de su actividad jurisdiccional, sino también respecto de cualquier tipo de actuación, e incluso, llegado el caso, también serían objeto de control las “omisiones” o inacciones de los jueces.⁷²

Con este antecedente, el Código Procesal Constitucional (Ley 28237) sólo vino a reconocer de manera explícita la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, aunque limitándolo a resoluciones judiciales “firmes” y al agravio a la tutela judicial o el debido proceso “manifiestos”.⁷³

1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial

Superada la discusión de la procedencia del amparo contra decisiones judiciales tras su reconocimiento constitucional, en cuanto expresión del régimen general del proceso de amparo, el desarrollo jurisprudencial de los últimos años se ha mostrado fructífero a la hora de delimitar cada uno de los derechos constitucionales procesales que comprende su objeto.

El punto de partida para el análisis de la jurisprudencia de esta primera etapa es la convicción de que los órganos judiciales sólo podían efec-

⁷² Supuesto de inacciones serían, por ejemplo, los problemas a los que se refiere el propio García Belaunde respecto del derecho de acción, cuando se refiere a la negativa del órgano judicial para calificar la demanda, aun cuando el profesor García Belaunde considera que el remedio en estos casos no sería el amparo, sino la queja ante el superior, y sólo excepcionalmente y ante las frustradas gestiones internas cabría como hipótesis teórica y extrema el proceso de amparo (*cf.* García Belaunde, “El amparo contra resoluciones judiciales. Nuevas perspectivas”, *cit.*, p. 157). En los últimos años la jurisprudencia del TC ha puesto de manifiesto la relevancia del control de omisiones de los órganos judiciales, ello sobre todo si se toma en cuenta la constitucionalización, vía jurisprudencia, del derecho al plazo razonable. Aquí se trata del control temporal de la actividad judicial (*cf.* STC No. 3778-2004-AA/TC).

⁷³ “Artículo 4o. Procedencia respecto de resoluciones judiciales. El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

tuar violaciones constitucionales respecto de su actividad procesal. Así, el Tribunal Constitucional dirá que “...sólo procede evaluar las resoluciones judiciales cuestionadas en la medida en que pudieran afectar algún derecho constitucional procesal...”;⁷⁴ ello, además, en aparente concordancia con lo que al parecer sugería la propia fórmula del artículo 4o. del Código Procesal Constitucional.

No obstante, como lo hace notar Castillo Córdova,⁷⁵ si bien la tutela judicial efectiva a la que alude el artículo 4o. del C.P.Const. incluye un haz de derechos de naturaleza procesal, el Tribunal también ha incluido en el ámbito de control de las actuaciones judiciales al *debido proceso sustantivo*, y en especial los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la actuación jurisdiccional. En tal sentido, el TC tuvo ocasión de establecer que “La dimensión sustancial del debido proceso además de tener un control formal del proceso judicial, controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional, es decir un control en cuanto a la razonabilidad y proporcionabilidad con que debe actuar todo juez dentro del marco de la Constitución y las Leyes”.⁷⁶

La dimensión del control sustancial de las decisiones sería el anuncio de uno de los cambios más relevantes producidos en los últimos años en materia de control de decisiones judiciales. En efecto, como se ha dicho, con la expedición de la STC 3179-2004-PA/TC, del 2 de octubre de 2006, caso Apolonia Ccolleca, el Tribunal Constitucional dejó atrás una corriente jurisprudencial de cerca de 25 años en torno al ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales.⁷⁷

En la STC 3179-2004/PA/TC, el Tribunal afirmaría que en la medida en que *todos* los derechos fundamentales vinculan a *todos* los poderes públicos, el control constitucional de las resoluciones judiciales necesariamente tenía que comprender la tutela de *todos* los derechos fundamentales. Un control, desde luego, que no sólo se dirige a evaluar si en un proceso ordinario los jueces han cumplido con la obligación de “respetar” los derechos, es decir, con no vulnerarlos; sino que comprende tam-

⁷⁴ STC 0282-2004-AA/TC, FJ 2 (caso Gracia María Francisco Aljovín).

⁷⁵ Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Palestra, 2006, pp. 136 y ss.

⁷⁶ STC 01209-2006-PA/TC, FJ 28.

⁷⁷ Grández Castro, Pedro y Carpio Marcos, Edgar, “El Tribunal Constitucional peruano cumple 10 años. (Reporte de su labor jurisprudencial durante el 2006)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 11, 2007.

bién la obligación de “garantizarlos”, esto es, de observar que en la aplicación de la legislación ordinaria se observe el significado correcto de dichos derechos fundamentales.

Por cierto, la variación de este criterio jurisprudencial no ha sido ajena a ciertas reacciones. Los temores de que el Tribunal Constitucional pueda cruzar la línea de frontera entre lo que es propio de la jurisdicción constitucional con la que corresponde a la justicia ordinaria sigue siendo el principal reto que tiene que afrontar el supremo intérprete de la Constitución. Pero es un desafío que, dentro de la zona de penumbra con que pueda estar marcada, cuenta ya con importantes parámetros de autorrestricción. Con todo lo polémico que ello pueda resultar, la apelación a la *fórmula Heck*, acuñada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán, y asumida por el Tribunal en las RTC 9746-2005-PHC/TC y en la STC 1209-2006-PA/TC; o a la *fórmula de la cuarta instancia*, expuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y asumida por el Tribunal en la RTC 0759-2005-PA/TC, dichas pautas constituyen ya importantes límites funcionales que marcan, en negativo, el ámbito dentro del cual no puede moverse el control constitucional de las resoluciones judiciales.

2. El control de la motivación⁷⁸

Los límites de la intervención del juez constitucional en las labores del juez ordinario es una discusión que corre en paralelo dentro de la jurisprudencia constitucional, con el derecho a la debida justificación de las resoluciones judiciales. Esto es así, toda vez que en muchos casos la “corrección constitucional” exigida por el Tribunal supone la evaluación de la *manera* en que los jueces del Poder Judicial entienden los derechos, o incluso, el propio contenido de la ley.

En el caso peruano, en los últimos años, el Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia la denominada *fórmula Heck*⁷⁹ propuesta por el Tribu-

⁷⁸ Seguimos en este punto el esquema de exposición de Pedro Grández, en *La justificación de la sentencia constitucional. Bases teóricas para la construcción de un modelo*, tesis para optar el grado de magíster en Política jurisdiccional, Lima, PUCP, 2006.

⁷⁹ “La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la re-

nal Federal alemán como metodología de separación del trabajo entre justicia ordinaria y justicia constitucional, la que permite que determinados supuestos de la actividad judicial ordinaria queden al margen del control de constitucionalidad, ya sea por corresponder al ámbito de una mera legalidad o por constituir actividad de valoración de hechos que no repercuten en el ámbito constitucionalmente protegido de alguno de los derechos protegidos a través del proceso de amparo.

En esta misma línea, el TC peruano también ha recogido la *fórmula de la cuarta instancia*,⁸⁰ estableciendo por esta vía que el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* para “... constituirse en una instancia de prolongación del debate judicial realizado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”. De este modo, el TC ha dispuesto que “... no puede... revisar las sentencias dictadas por los jueces ordinarios que actúen en la esfera de su competencia respetando debidamente los derechos fundamentales de orden procesal...”.⁸¹

El Tribunal peruano, en el caso *Bedoya de Vivanco*,⁸² estableció que

visión posterior por parte del Tribunal Constitucional...; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional... entrar a conocer el asunto... [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional..., siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (BverfGE 18, 85 —sentencia del 10 de junio de 1964—). STC No. 0571-2006-AA/TC, La misma doctrina se volvió a recordar en la STC 2298-2005-PA/TC, donde el Tribunal expresó que “...conforme a nuestra reiterada y uniforme jurisprudencia, ... la determinación de cuál sea la norma aplicable para resolver una controversia suscitada en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, es un tema que no está dentro de la competencia *ratione materiae* del proceso constitucional de amparo. Tenemos dicho, en efecto, que el amparo contra resoluciones judiciales no es un instrumento procesal que... mediante su utilización el Juez Constitucional pueda evaluar si la aplicación de una norma legal se ha efectuado correctamente (o no) al resolverse un caso” [fundamento 4].

⁸⁰ La fórmula de la cuarta instancia ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer parámetros de actuación en torno a su injerencia en el derecho de los Estados partes de la Convención. *Cfr.* caso Villagrán Morales contra Guatemala, excepciones preliminares; véase Landa Arroyo, César (comp.), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Palestra, 2005, pp. 339-364.

⁸¹ RTC 0759-2005.PA/TC FJ 2.

⁸² STC 2758-2004-HC/TC.

...solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.

El modo de actuar del Tribunal dentro de tal “excepcionalidad” es, desde luego, en el marco de la “razonabilidad”, que supone, de entrada, una puesta en escena del poder de “regulación procesal” de parte del Tribunal, pues las veces que considera que dicha irrazonabilidad se ha producido, ya sea en la calificación jurídica o en la propia valoración de los hechos, la intervención estará legitimada conforme al propio Tribunal. Podría afirmarse, de este modo, que parece irremediable que el Tribunal actúe en estos ámbitos como árbitro de su propia actuación, con relación a las intervenciones en las decisiones del juez ordinario.

Esto queda demostrado si se observa el caso, donde el Tribunal legitima su actuación, ya no para el examen de una “irrazonable” asignación de significados a una determinada norma de carácter legal por parte del juez ordinario, sino que incluso tratándose de una simple liquidación de intereses de una deuda laboral, el Tribunal termina en la práctica, sustituyendo el criterio del juez de ejecución, para sugerir que el suyo resulta, para el caso, más “razonable”. De este modo, el Tribunal estima que

Siendo que en el presente caso se comprueba una falta de razonabilidad y legalidad al momento de calcular los intereses de una deuda laboral, conforme a los fundamentos expuestos *supra*, este Tribunal también comprueba una violación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en su manifestación de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales fundadas en Derecho.⁸³

3. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario

En un intento por dar cierta coherencia doctrinaria a los criterios de intervención en las razones de la justicia ordinaria, se ha postulado una

⁸³ STC 665-2007-AA/TC FJ 18.

distinción entre dos extremos o concepciones a la hora del control constitucional de las decisiones del juez ordinario. Así, se alude a una *interpretación estricta* y una *flexible* a la hora de “intervenir” en la motivación del juez ordinario.⁸⁴

En el primer caso (*interpretación estricta*) se trataría de un examen teniendo como premisa que los jueces ordinarios han actuado en el ámbito de sus competencias, de modo que se trata de construir una política jurisprudencial de autolimitación o *self restraint* a favor de la justicia ordinaria. Desde esta perspectiva, ésta sólo resulta “juzgada” cuando sea inexorable o el agravio sea “manifiesto” en el ámbito constitucional “reservado” al juez constitucional. En el segundo caso (*interpretación flexible*) el alcance del control es en cambio integral.

En base a la tesis que postula la dimensión objetiva del amparo... los jueces constitucionales asumen competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, pudiendo revisar todo el proceso (desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas).⁸⁵

Al parecer se trataría, por esta vía, de erradicar todo obstáculo que impida un control total por parte del Tribunal sobre el juez ordinario.

El problema de esta estrategia metodológica, si bien permite identificar dos extremos o “actitudes” frente a las decisiones de la justicia ordinaria respecto del control constitucional, no ofrece, sin embargo, claridad ni descriptiva ni prescriptiva a la hora de establecer parámetros para realizar tal control. No es descriptiva, puesto que es posible encontrar que en la práctica jurisprudencial, muchas veces, el control se realiza en términos medios. Es decir, sin entrar en el fondo, pero tampoco limitándose sólo a las formas procesales, como pareciera sugerir una perspectiva “estricta”. No es prescriptiva, porque no nos dice cuáles son los límites, si acaso fuera posible, y tampoco postula parámetros para proteger la independencia y seguridad jurídica que debe otorgar todo juez con sus decisiones, de modo que la actuación del juez constitucional, sobre la base de la necesidad de control constitucional, no ter-

⁸⁴ Landa Arroyo, César, “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra, 2006, p. 385.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 386.

mine por generar mayores perjuicios con un activismo desbocado por parte del Tribunal Constitucional.

Frente a la ambigüedad y poca utilidad práctica de las fórmulas genéricas, la jurisprudencia constitucional ha postulado también, siguiendo la experiencia comparada, un modelo de control basado en la razonabilidad de la intervención en la justicia ordinaria. De este modo y con base en el caso Lüth, resuelto por el Tribunal Federal alemán,⁸⁶ se han postulado hasta tres *test* para examinar una resolución judicial desde la perspectiva constitucional. “Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un examen de *razonabilidad y coherencia*, y la medida debe ser materia de un examen de *suficiencia*”.⁸⁷

Estos criterios han sido recogidos por la jurisprudencia constitucional peruana en un caso reciente, donde además se dio cobertura para que vía un proceso de amparo contra una decisión judicial ya no sólo se pueda revisar la violación a la tutela judicial o el debido proceso,⁸⁸ sino cualquier derecho fundamental.⁸⁹ Así, en el caso Apolonia Ccollca (exp. 3179-2004-

⁸⁶ BverfGG 7, 198.

⁸⁷ *Ibidem*, citando además a Jiménez Campo, Javier, “El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en Rubio Llorente, F. y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pp. 74 y ss.

⁸⁸ Debe tenerse en cuenta en este punto, que el Código Procesal Constitucional estableció una lista de derechos que podían ser alegados como violados en un amparo contra resoluciones judiciales. El artículo 4o. de dicho cuerpo normativo establece: “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

⁸⁹ Entre otros argumentos el Tribunal estableció que “La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los ‘otros’ derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción insitos en cada uno de ellos” (STC 3179-2004-AA/TC FJ. 18).

AA/TC),⁹⁰ el Tribunal asumió una concepción amplia de revisión de toda decisión judicial donde se constate la violación de cualquier derecho que tenga relevancia constitucional. Sin embargo, en la misma sentencia incorporó también el canon para el control de decisiones judiciales.

Dicho canon interpretativo, a decir del Tribunal, permitiría “realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias” y estaría compuesto, en primer lugar, por un examen de *razonabilidad*; en segundo lugar, por el examen de *coherencia*; y, finalmente, por el examen de *suficiencia*.

a) *Examen de razonabilidad*. Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

b) *Examen de coherencia*. El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

c) *Examen de suficiencia*. Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

La última decisión relevante en materia de control de actuaciones judiciales está contenida en la STC 0728-2008-HC/TC, caso Giuliana Llamajo. La relevancia de este caso radica en que el TC expone esta vez un modelo de control estricto en materia de apreciación del material probatorio que crea convicción en el juzgador penal. La motivación en materia de hechos no había sido puesta de relieve por el Tribunal, de manera que

⁹⁰ Sobre esta decisión, existen comentarios encontrados. De hecho, el voto particular del magistrado Vergara Gotelli expresado en la sentencia muestra ya una posición en contra, desde una perspectiva procesalista, que ha sido también asumida por algún sector de la doctrina nacional. *Cfr.* además, comentarios a esta sentencia de Castillo Córdova, Luis, “Amparo contra resoluciones judiciales. Recordatorio de un viejo criterio jurisprudencia”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, núm. 99, 2006, pp. 55 y ss. Para comentarios a favor de las tesis del TC puede verse el trabajo de León Vásquez, Jorge, “El control de las resoluciones judiciales. Notas a la sentencia 3179-2004-AA/TC”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, núm. 100, 2007, pp. 39 y ss.

puede establecerse que este caso marca el inicio de un nuevo periplo del Tribunal en la extensión de los controles también al ámbito de la apreciación de la prueba.⁹¹

La exigencia de una estricta justificación en materia de hechos pone, sin embargo, en una situación de nuevo riesgo al Tribunal. Por un lado, el peligro tantas veces acusado de convertirse en una instancia de calificación del juicio *a quo*; y por otro, de aumentar de manera incontrolable su carga procesal ante la falta de claridad de los criterios de selección de casos y ante el apetito nunca satisfecho de los abogados de llevar las causas hasta el último pedestal de la justicia.

Con todo, bien cabe señalar que el control constitucional respecto a las resoluciones judiciales ha tenido un complejo periplo evolutivo que fue signado, primero, con la vieja posición llamada *tesis negativa*, que fue desarrollada tanto por los viejos antecedentes del D. Ley. 17083, luego por la ley 23506, bajo el marco del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, y que habría de extenderse hasta el Tribunal Constitucional; y luego, superada esta postura, la llamada *tesis permisiva*, que admitió una variante “débil”, vía la interpretación *a contrario sensu* del artículo 6.2. de la 23506, y luego la actual *tesis permisiva*, que inaugura el artículo 4o. del actual C.P.Const.

IX. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Constitución Política de 1993 ha asignado en su artículo 159 al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal, ya sea de oficio o a pedido de parte. Dicha facultad —ha dicho el TC—, si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido, y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.⁹² En dicho contexto, a partir de la sentencia recaída en el

⁹¹ Giacomette Ferrer, Ana, *La prueba en los procesos constitucionales*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2008.

⁹² STC 6204-2006-PHC/TC, FJ 7.

caso Fernando Cantuarias Salaverry,⁹³ el Tribunal Constitucional ha admitido el control constitucional de los actos del Ministerio Público, reconociéndose que el Ministerio Público se encuentra vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido proceso. En dicha sentencia se señaló que la competencia asignada al fiscal para llevar a cabo una investigación no le permite en modo alguno: *a*) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; *b*) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad, y *c*) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Además de ello, conforme estableció anteriormente en la STC 1268-2001-HC/TC, el proceso prejurisdiccional penal representado por la investigación fiscal también debe respetar los principios y derechos que conforman el debido proceso, trasladando en lo que sea pertinente las garantías otorgadas en el proceso penal a sede fiscal, a fin de evitar un accionar desvinculado de la Constitución y de la dignidad de la persona humana.

El control que se debe ejercer sobre dichos actos vulneratorios del debido proceso y de los principios mínimos de razonabilidad y proporcionalidad que acometa el Ministerio Público no puede ser efectuado, sin embargo, a través del proceso constitucional de hábeas corpus. Como ha entendido el TC, este proceso constitucional en nuestro sistema de jurisdicción constitucional se encuentra conectado con la protección de la libertad personal, y en los términos de artículo 4o. del C.P.Const. sólo procede contra la vulneración del debido proceso, siempre que ésta involucre dicho derecho constitucional. En los términos expuestos por el TC, la denuncia fiscal no constituye tampoco una amenaza contra la libertad individual, pues el juez penal no se encuentra vinculado por la denuncia efectuada por el Ministerio Público. Sin embargo, también ha reconocido el TC que una denuncia fiscal formulada de manera absolutamente arbitraria puede inducir peligrosamente al juez a un error, por lo que en algunos casos excepcionales el colegiado constitucional ha ingresado a examinar el fondo del asunto y declarar nula la denuncia formulada por el Ministerio Público.⁹⁴

⁹³ STC 6167-2005-PHC/TC.

⁹⁴ Éste ha sido el caso, fundamentalmente, de la STC 6204-2006-PHC/TC, donde en los fundamentos jurídicos 5 y 6 el TC afirmó: “Este criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional [la improcedencia del hábeas corpus contra actos del Ministerio Público], no obstante, debe ser aplicado considerando, permanentemente, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, atendiendo a la tutela del principio de supremacía jurídica de la Constitución y a la vigencia efectiva

Esta restricción de orden procesal en el acceso al proceso de hábeas corpus expresa, visto en sentido contrario, que el proceso habilitado para dicho control constitucional de la actividad fiscal es el proceso constitucional de amparo, aun cuando el TC no ha efectuado todavía un desarrollo amplio de una suerte de amparo fiscal.

En sucesivas sentencias el Tribunal Constitucional peruano ha seguido delimitando la actividad del Ministerio Público conforme a parámetros constitucionales. Así, en el caso Chávez Sibina,⁹⁵ el TC señaló que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. de la Ley Orgánica del Ministerio Público, las facultades reconocidas a los fiscales se rigen de conformidad con los principios de *autonomía* (mediante el cual se les reconoce el ejercicio independiente de sus funciones de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustada a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, de conformidad con criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario), y *jerarquía* (según el cual los fiscales pertenecen a un cuerpo jerárquicamente organizado, por lo que deben sujetarse a las instrucciones que les impartan sus superiores; ello, en la medida en que se pretenda dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales contenidas en el artículo 159 de la Constitución). Sin embargo, también se precisó que el mencionado principio de jerarquía no puede llevar a anular la autonomía del fiscal de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones, en razón de que ello comportaría una omisión del mandato constitucional previsto en el artículo 159, inciso 4, de la Constitución, que dispone que corresponde al Ministerio Público “[c]onducir desde su inicio la investiga-

de los derechos fundamentales; además de las circunstancias objetivas que rodean la controversia a resolver. En tal sentido, si bien en el presente caso no se configura una afectación concreta a la libertad personal del recurrente, el Tribunal Constitucional estima pertinente ingresar a resolver el fondo de la controversia planteada por dos razones esenciales. En primer lugar, en atención al tercer párrafo del artículo III del título preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual «... el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales», y del principio de economía procesal; en segundo lugar, por la relevancia jurídica de la pretensión propuesta por el demandante que está relacionada con el control constitucional de los actos de investigación prejurisdiccional del Ministerio Público; vacío legal que le corresponde definir al Tribunal Constitucional, a efectos de dilucidar la tutela o no del derecho que invoca el recurrente, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales”.

⁹⁵ STC 6204-2006-PHC/TC, FJ 16-18.

ción del delito...”, así como también de lo dispuesto en el propio artículo 5o. de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que prescribe: “[l]os fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución”.

En la misma sentencia (fundamento 19) también se señaló que el Ministerio Público se encuentra vinculado al derecho a la debida motivación de las resoluciones, reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución, considerando que

[t]an arbitraria e irrazonable es una resolución judicial que adolece de falta de motivación, como aquella denuncia fiscal en la que no existen fundamentos objetivos y razonables —y sí, por el contrario, argumentos subjetivos e injustificados— para que se formule una denuncia penal contra una determinada persona.

Otro importante desarrollo de la jurisprudencia del TC en materia de control de la actividad del Ministerio Público lo constituye lo relativo al plazo razonable de investigación fiscal. El TC en la sentencia recaída en el caso Gleiser Katz,⁹⁶ afirmó que en la medida en que legislativamente no se ha determinado un plazo aplicable a la etapa de investigación preliminar (al menos para los procesos no regulados por el nuevo Código Procesal Penal), es posible —a fin de evaluar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal— hacer uso de los criterios ya reconocidos jurisprudencialmente para evaluar la razonabilidad del plazo de la detención, a saber: la actuación del fiscal, la actuación del investigado y la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

X. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

En el marco de la interpretación de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una posición que a la postre habría de ser convalidada por el actual C.P.Const. relacionada a las resoluciones que expide el órgano de justicia electoral en el Perú, y que le corresponde al JNE. Así, respecto a la interpretación de los artículos

⁹⁶ STC 5228-2006-PHC/TC FJ 11-18.

142 y 181,⁹⁷ el TC ha sostenido que tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución, y bajo el principio de *corrección funcional* ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo al propio Tribunal Constitucional.

Sin embargo, cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, allí sí puede el TC ejercer el control constitucional de las resoluciones del JNE. Para ello debe existir como presupuesto que dicha resolución se expida en contravención de los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución, que dispone que el proceso de amparo “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los... derechos reconocidos por la Constitución”. En otras palabras, en tales casos la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la carta fundamental. Sin que pueda caber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE.

Por principio, debe aclararse que el TC no se está arrogando competencias electorales, pues estos ámbitos competenciales son competencia exclusiva y excluyente del propio JNE, como marco de su garantía institucional; sin embargo, el Tribunal, analogando el control constitucional que ejerce sobre un juez penal o civil que contraviene los derechos fundamentales, ha establecido que tiene competencia para anular los actos de este organismo de justicia electoral si es que éste hubiera violado el orden jurídico constitucional. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal Consti-

⁹⁷ El artículo 142 de la Constitución prescribe: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. Por su parte, el artículo 181 prescribe: “El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

tucional se limita a impartir justicia constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental, para que luego el proceso continúe siendo resuelto por su respectivo juez competente. La secuencia es idéntica en los supuestos de resoluciones expedidas por jueces que imparten justicia electoral. Así pues, no se trata de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional).⁹⁸

Igualmente, el propio Tribunal establece la compatibilización de las resoluciones del JNE, que al ser excepcionalmente objeto de control por el propio Tribunal Constitucional, tiene encaje de armonización con la seguridad jurídica. En efecto, sostiene el TC que “la posibilidad de ejercer control constitucional a las resoluciones del JNE que resulten contrarias a los derechos fundamentales no sólo emerge de una adecuada interpretación de la Carta Fundamental, sino que se encuentra expresamente concretizada en una disposición del C.P.Const...”.⁹⁹

En efecto, el colegiado constitucional sostiene que si bien “la seguridad jurídica —que ha sido reconocida por el propio Tribunal como un principio implícitamente contenido en la Constitución—, es pilar fundamental de todo proceso electoral”,¹⁰⁰ y, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176 de la Constitución),

...no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica).¹⁰¹

⁹⁸ STC 5854-2005-PA, FJ 20.

⁹⁹ *Idem*. En efecto, el artículo 5o., inciso 8, del C.P.Const. prescribe: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”.

¹⁰⁰ STC 5854-2005-PA, FJ 37 *in fine*, 38 y 39.

¹⁰¹ *Idem*.

Así, el TC se ha visto obligado a precisar tres grandes aspectos que vinculan y relacionan al sistema electoral en su conjunto. Veamos:

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201 de la Constitución y artículo 1o. de la LOTC), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del título preliminar del C.P.Const.).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178, 182 y 183 de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1o. del C.P.Const. Aquí, en rigor se trataría de eventuales *procesos de amparo electorales*, que no tendrían los efectos de una naturaleza restitutoria, puesto que ya se ha convertido en irreparable; empero, ello no impide que se establezca fundada la demanda de amparo como una modalidad de lo que constituye la tipología del *amparo innovativo*.

c) Igualmente, el Tribunal Constitucional estima que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral “debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”, el TC ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”.¹⁰²

¹⁰² (STC 5854-2005-PA, FJ 37 *in fine*, 38 y 39).

Por otro lado, efectuando un recuento de nuestro constitucionalismo histórico, bien podemos apreciar que nuestro sistema de justicia electoral ha pasado por una serie de etapas. Así, en la génesis de nuestra república hasta 1855, una etapa de “consolidación del régimen electoral” (de 1855 hasta 1931), un estadio de la “autonomía electoral” (de 1931 a 1962), el estadio de las “garantías del sufragio ciudadano” (de 1962 a 1979), el estadio de la “ampliación del proceso de participación en el sufragio” (de 1979 a 1993); y luego viene la actual etapa, que ha sido calificada como “el periodo del debilitamiento institucional de la organización electoral”, y que tendría, a criterio de un prominente funcionario del JNE, dos etapas: la primera del “debilitamiento estructural o del diseño organizacional”, representada por la división del organismo electoral en una estructura tripartita: la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y el propio Jurado Nacional de Elecciones; y la segunda “del debilitamiento de la justicia electoral”, caracterizada por un debilitamiento de la jurisdicción en materia electoral, merced a la intervención activa del Tribunal Constitucional en el control de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones.¹⁰³

En conclusión, desde la óptica de los críticos al control constitucional efectuado por el TC en materia electoral, la etapa actual representaría

¹⁰³ Véanse estas etapas y la crítica al TC en Falconí Gálvez, Juan, “El porqué de la necesidad de algunas reformas constitucionales en el capítulo XIII (del sistema electoral, de nuestra Constitución). Propuesta a contracorriente, a partir de las experiencias sufridas en la última década”, en Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy y Gutiérrez Ticse, Gustavo (dirs.), *Limitación del poder y estructura del Estado. Estudios sobre la parte orgánica de la Constitución*, Lima, Grijley, 2008, pp. 237-245. A dicha crítica habría que contraponer, sólo a manera de precisión, que se ajuste más a la verdad, que del universo de procesos interpuestos contra el JNE que suman un total de 34 casos, sólo 3 han sido declarados fundados por el TC, mientras que 25 han sido resueltos como improcedentes y 6 como infundados. Las resoluciones de improcedencia son: 0145-2008-AA Resol., 00252-2004-AA Resol., 01894-2006-AA Resol., 01936-2007-AA Resol., 02119-2002-AA Resol., 02346-2002-AA Resol., 02366-2003-AA, 02510-2007-AA Resol., 02730-2006-AA Nulidad, 02746-2006-AA Resol., 03197-2006-AA Resol., 03276-2007-AA Resol., 03283-2007-AA Nulidad 2, 03285-2006-AA Resol., 03317-2006-AA Resol., 03593-2006-AA, 03981-2004-AA Resol., 04543-2004-AA Resol., 04773-2005-AA Resol., 04840-2004-AA, 05180-2007-AA Resol., 06211-2007-AA Resol., 06649-2006-AA Resol., 06901-2006-AA Resol., 00033-1995-AA; las resoluciones que han declarado infundada la demanda son: 00902-1996-AA, 01061-1999-AA, 02668-2004-AA Resol., 05396-2005-AA, 06377-2007-AA Resol., 06620-2006-AA Resol.; y las resoluciones estimativas son: 02730-2006-AA, 01078-2007-AA y 03283-2007-AA.

frente al desarrollo histórico de la justicia electoral en el Perú (que habría afirmado una autonomía del JNE) un retroceso o un paso atrás en su consolidación. La intervención del colegiado constitucional es valorada, en este sentido, como negativa o perjudicial para la consolidación de nuestro sistema electoral. Sin embargo, bien cabe señalar que todo sistema electoral presupone entre otros fines la gobernabilidad, la representatividad y la legitimidad, que subyace en los sistemas políticos occidentales; y en este esfuerzo la judicialización excepcional de las resoluciones de los tribunales, cortes o jurados electorales, como el nuestro, no empañan su cometido ni afectan la garantía institucional de sus resoluciones, puesto que al intervenir un tribunal constitucional lo hace para legitimizar dichas resoluciones cuando éstas acusan graves afectaciones a los derechos fundamentales o al contenido esencial de los principios y valores que entraña la Constitución.¹⁰⁴

XI. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

En el ordenamiento jurídico peruano existe un órgano constitucional denominado Consejo Nacional de la Magistratura, que a tenor del artículo 150 de la Constitución se encarga de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales. Por lo que ahora interesa, y como se verá a continuación, cuenta, además, con las atribuciones de ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años (artículo 154.2) y aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y fiscales supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias (artículo 154.3).

Existen, por otro lado, dos cláusulas constitucionales: los artículos 142 y 154.3, que disponen que no son revisables en sede judicial, esto es, son inimpugnables, las resoluciones que el referido órgano constitucional emita en materia de ratificación de magistrados —que, por cierto, no es otra cosa que un proceso de evaluación que se realiza cada siete años— y las que expida a propósito de un procedimiento sancionador.

¹⁰⁴ Véase un enfoque más amplio en Castillo Córdova, Luis, *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Lima, Palestra, 2008, pp. 295 y ss.

En el Perú no han sido pocas las demandas de amparo que ha tenido que resolver el Tribunal Constitucional¹⁰⁵ en las que el Consejo Nacional de la Magistratura ha sido parte demandada. Así, una primera cuestión a revisar fue la referida a los alcances del artículo 142 de la Constitución, que dispone que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados no son revisables en sede judicial.

Un sentido similar contiene el artículo 154.3 de la Constitución, que prescribe que la resolución de destitución expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura en forma motivada y con previa audiencia del interesado es inimpugnable. Como puede apreciarse, en uno u otro caso el efecto es el mismo: no pueden someterse a revisión, o lo que es lo mismo, no pueden ser impugnadas en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación o destitución de magistrados, aunque en este último supuesto hay dos presupuestos bien precisos, que revisaremos con posterioridad.

En razón a ello surgía la interrogante ¿cómo dilucidar la controversia, aun si por mandato expreso de determinadas disposiciones constitucionales —artículos 142 y 154.3— estaba vedado revisar, en sede judicial, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y destitución de magistrados? En el caso, había una aparente

¹⁰⁵ En total hasta la fecha han ingresado 343 demandas dirigidas contra el Consejo Nacional de la Magistratura, impugnando tanto decisiones tomadas en ejercicio de su función de ratificación de magistrados como en su función disciplinaria de destitución de jueces y fiscales. De éstas, 90 han sido declaradas estimativas, mientras que 199 han sido desestimadas, 50 como improcedentes, 137 como infundadas y 12 rechazadas por otro objeto; quedando aún 54 casos pendientes de resolución. Al respecto, las sentencias declaradas estimativas son las siguientes: 00027-2003-AA, 00040-2003-AA, 00041-2003-AA, 00042-2003-AA, 00049-2003-AA, 00068-2003-AA, 00069-2003-AA, 00107-2003-AA, 00133-2003-AA, 00177-2003-AA, 00199-2007-AA, 00205-2003-AA, 00208-2003-AA, 00216-2003-AA, 00242-2003-AA, 00290-2003-AA, 00321-2006-AA, 00447-2003-AA, 00526-2003-AA, 00578-2005-AA, 00627-2003-AA, 00664-2003-AA, 00736-2003-AA, 00851-2003-AA, 00908-2003-AA, 01057-2003-AA, 01060-2003-AA, 01079-2003-AA, 01112-2005-AA, 01274-2002-AA, 01333-2006-AA, 01411-2004-AA, 01458-2007-AA, 01848-2002-AA, 01904-2002-AA, 01931-2003-AA, 02136-2002-AA, 02284-2002-AA, 02591-2002-AA, 02612-2002-AA, 02614-2002-AA, 02682-2003-AA, 02735-2002-AA, 02808-2002-AA, 02839-2002-AA, 02852-2003-AA, 02858-2002-AA, 02859-2002-AA, 02860-2002-AA, 02871-2002-AA, 02878-2002-AA, 02892-2002-AA, 02895-2002-AA, 02902-2003-AA, 02948-2002-AA, 02963-2002-AA, 02968-2003-AA, 02989-2002-AA, 04180-2004-AA, 04596-2006-AA, 04602-2006-AA, 04679-2004-AA, 05033-2006-AA, 06105-2005-AA, 06375-2006-AA, 06957-2005-AA.

contradicción entre dichas disposiciones y el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva previsto por el artículo 139.3 de la Constitución.¹⁰⁶

Al Tribunal Constitucional le corresponde, en su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al sistema constitucional, la supremacía constitucional y la plena e irrestricta vigencia de los derechos fundamentales. En este sentido, la situación planteada exigía dejar de lado los métodos clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico),¹⁰⁷ y, por el contrario, abarcar otros principios que informen la labor hermenéutica del juez constitucional, esto es, los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Así, en el caso Luis Felipe Almenara Bryson vs. Consejo Nacional de la Magistratura, en el cual las instancias judiciales previas desestimaron la demanda en virtud de una aplicación literal del numeral 142 de la Constitución, el Tribunal estableció que al resolverse de ese modo se había obviado que también constituye un atributo subjetivo de naturaleza constitucional el derecho de acceder a un tribunal de justicia competente que ampare a las personas contra todo tipo de actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley, según enuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y que detrás de ese derecho y, en concreto, del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio (STC 1949-2002-AA/TC, FJ 2 a 6).

¹⁰⁷ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la interpretación constitucional. Homenaje de Karl Loewenstein* (con la colaboración de Antonio Castagno), 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, vol. I, pp. 163 y ss.

¹⁰⁸ La interpretación de la norma fundamental —ha dicho el TC— debe efectuarse apelando a determinados principios constitucionales. En primer lugar, al *principio de unidad de la Constitución*, según el cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. En segundo lugar, al *principio de concordancia práctica*, conforme al cual la aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales, y teniendo presente que, en última

Una lectura aislada del artículo 142, como del numeral 154.3, de la Constitución, conducía, inevitablemente, a resultados inconsecuentes con el principio de unidad de la Constitución. ¿Era correcto sostener, entonces, que una resolución del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados, aun cuando pudiera haber sido expedida con afectación de los derechos fundamentales de la persona, no podía ser sometida a control en sede jurisdiccional? Indudablemente que no, toda vez que lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconocía la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, como el caso del Consejo Nacional de la Magistratura, que como todo organismo, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales.

Por otro lado, una interpretación aislada del artículo 142, como del numeral 154.3, despojaba a los derechos fundamentales de toda garantía jurisdiccional de protección, y resultaba contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51), y al de corrección funcional, pues no sólo se desconocía el carácter vinculante de la Constitución, sino también la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional, por mandato del artículo 201 de la norma fundamental. A ello cabe agregar que dicha interpretación confundía la autonomía que ha sido constitucionalmente reconocida al Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 de la Constitución) con autarquía, pues se pretendía, so pretexto de ello, que sus resoluciones no sean objeto de

instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica”, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1o. de la Constitución). En tercer lugar, al *principio de corrección funcional*, el cual exige al Tribunal Constitucional, como a cualquier juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúen las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. En cuarto lugar, al *principio de función integradora*, de acuerdo con el cual el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida en que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad. Y, finalmente, apelando al *principio de fuerza normativa* de la Constitución, que está orientado a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante para todos los poderes públicos y privados *in toto* y no sólo parcialmente (STC 5854-2005-AA, FJ 12).

control constitucional, aun cuando sean contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.¹⁰⁹

A mayor abundamiento, cuando el Consejo Nacional de la Magistratura ejerce sus funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, esto es, cuando expide resoluciones, en el marco de los procesos de ratificación y/o destitución de magistrados, violatorias de los derechos fundamentales, resulta de aplicación inmediata el artículo 200.2 de la Constitución, que establece que los procesos constitucionales proceden contra *cualquier* funcionario, autoridad o persona que vulneren los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Consecuentemente, visto desde esta óptica, tampoco existía justificación constitucional alguna para que el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentre relevado de dicho control.

Por otro lado, la interpretación de los artículos 142 y 154.3 de la Constitución debía realizarse, teniendo en cuenta, también, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 8o.) como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 25), que disponen que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, efectivo y rápido ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitu-

¹⁰⁹ Así, en el caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos vs. Consejo Nacional de la Magistratura, el TC sostuvo que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional deben desprenderse de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de la misma; y que cuando el artículo 142 de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma carta les impone. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquélla reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201 y 202 de nuestro texto fundamental (STC 2409-2002-AA/TC, FJ 2).

ción y la ley. Y es que, conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Quiere ello decir que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable al interior del Estado. Por otro lado, en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, y del artículo V del título preliminar del código procesal constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución deben ser interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En atención a estos argumentos, esto es, a una lectura sistemática de la Constitución, a una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona, así como a una obligatoria consideración de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, quedó claro para el TC que no existe justificación alguna para que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados no puedan ser sometidas al control constitucional cuando no respeten los derechos fundamentales de la persona. No puede pues alegarse ningún tipo de zona invulnerable al control de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos, toda vez que la limitación que señala el artículo 142 de la Constitución, como la prevista por el numeral 154.3, no pueden entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamara que en el Estado constitucional de derecho se pueden rebasar los límites que impone la Constitución, como que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda impedirlo.

Por otro lado, cuando el artículo 5.7 del Código Procesal Constitucional prescribe que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado, no ha hecho más que compatibilizar dicho artículo con la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional del artículo 142 de la Constitución.

De ahí que el Tribunal Constitucional entendió¹¹⁰ que ello es así siempre que se cumplan irrestrictamente ambos presupuestos: motivación y audiencia previa del interesado; de lo contrario, podrá asumir competencia para determinar la legitimidad constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. Siendo ello así, debe quedar claramente establecido que el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales, no sólo puede, sino que tiene el deber de someter a control constitucional las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura que eventualmente puedan resultar violatorias de los derechos fundamentales de las personas.

XII. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La adecuación de la justicia militar a los postulados de la Constitución ha sido y es en la actualidad uno de los ámbitos que ha merecido un significativo número de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. Tales pronunciamientos constituyen una evidencia de la progresiva materialización del control constitucional en uno de los “fueros” en el que se ha verificado de modo considerable intervenciones en los derechos fundamentales de los efectivos militares y policiales. Ciertamente, tal control se ha visto ensombrecido, en cierto modo, por la renuencia del Poder Legislativo a elaborar una legislación compatible con la norma fundamental, situación que, como veremos más adelante, no ha disminuido la vocación de control del Tribunal Constitucional en tanto guardián de la Constitución.

La jurisdicción militar fue establecida por la Constitución de 1993 en el artículo 139, inciso 1.¹¹¹ Anteriormente hizo lo propio la Constitución de 1979, que la reconoció en el artículo 233. Precisamente, teniendo en cuenta esta última, el gobierno revolucionario de la fuerza armada, dos días antes de que asuma la presidencia el gobierno democrático de don Fernando Belaunde Terry, dictó el Decreto ley 23201, publicado el 26 de julio de 1980, que “actualizó y adecuó a la nueva Constitución la Ley Orgánica

¹¹⁰ STC 3361-2004-AA/TC, fundamento 2.

¹¹¹ Eto Cruz, Gerardo, *La justicia militar en el Perú*, Trujillo, Nuevo Norte-Universidad Nacional de Trujillo-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2000, pp. 175 y ss.

de la Justicia Militar”. El cuestionamiento de este Decreto-ley en sede constitucional marca el inicio de una serie de decisiones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalización de la justicia militar.¹¹²

En general, podemos afirmar que son seis los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que dada su relevancia e incidencia en el ámbito de la jurisdicción militar es necesario desarrollar, aunque de modo breve.

El primero se encuentra contenido en la STC 00017-2003-AI/TC, mediante el cual la Defensoría del Pueblo cuestionó la Ley 24150, modificada por el Decreto legislativo 749, que regulaba el papel de las fuerzas armadas durante los estados de excepción. En esta sentencia, el TC estableció que la jurisdicción militar constituye una “jurisdicción especializada”, precisando los límites constitucionales de la actuación funcional de la jurisdicción militar, estableciendo para dicho efecto las características básicas de los *delitos de función militar*, motivo único por el cual una persona podía ser sometida a dicha jurisdicción especializada. Entre estas características se encontraban: i) que se trate de afectaciones sobre bienes jurídicos de las fuerzas armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encarga; ii) que el sujeto activo del ilícito penalmilitar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad, y iii) que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, éste lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

El segundo caso de control constitucional sobre la actividad jurisdiccional de las fuerzas armadas se encuentra contenido en la STC 00023-2003-AI/TC, mediante el cual la Defensoría del Pueblo cuestionó la constitucionalidad del mencionado Decreto-ley 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar. En dicha sentencia, el TC declaró inconstitucionales las disposiciones que establecían: 1) El nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo, pues el presidente de la República, en tanto jefe supremo de las fuerzas armadas, no puede ser el responsable directo o indirecto del nombramiento de los jueces militares. Así, en el fundamento 58 sostuvo que “La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la inde-

¹¹² Lovatón Palacios, David, *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*, Lima, Palestra-PUCP, 2007, pp. 77 y ss.

pendencia judicial y la garantía de imparcialidad”. En este punto el TC se basó además en una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú* estableció que

...de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente... Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares (párrafo 130).

2) La movilidad de los jueces militares, considerando que si bien los jueces militares pueden desplazarse “excepcionalmente” conforme a las necesidades del servicio, por ejemplo, en estados de emergencia, no es admisible que una norma permita que “todos” los juzgados puedan ser susceptibles de traslado, más aún si se tiene en cuenta que normalmente nos encontramos en “tiempos de paz” y no en “tiempos de guerra” (fundamentos 61 y ss.); 3) La relación existente entre los órganos de la jurisdicción militar, considerando que un tribunal inferior no se encuentra subordinado a un tribunal superior (o supremo), pues ambos tribunales gozan de la garantía de independencia, por lo que el tribunal superior (o supremo) no puede revisar “de oficio” cualquier causa, sino sólo cuando se haya interpuesto un medio impugnatorio o se haya previsto la elevación en consulta (fundamentos 47 y ss.); 4) La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las fuerzas armadas o Policía Nacional, considerando que el hecho de que juzgados u órganos colegiados militares sean integrados por “oficiales en actividad” vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, pues, por un lado, los jueces militares son *a la vez* funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque es incompatible que personas sujetas a los principios de obediencia y subordinación, como los “oficiales en actividad” que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (fundamentos 39 y ss.); 5) El ejercicio de la defensa técnica por un oficial que no tiene la profesión de abogado, pues la defensa técnica sólo puede ser ejercida por un profesional del derecho y no por un oficial sin formación jurídica, y 6) La existencia del Ministerio Público de la Justicia Militar, pues no existe en la Constitución ninguna norma que habilite al legislador a crear un Ministe-

rio Público de la Justicia Militar. Conforme a la Constitución, sólo hay un Ministerio Público, y a él pertenecen todos los fiscales de la República, así como las funciones de ejercer cualquier acción penal —sea penal ordinaria o penal militar—, entre otros. Cabe precisar que con el fin de evitar que se paralice la justicia militar, el Tribunal Constitucional estableció una *vacatio sententiae* de un año (que vencía el 7 de enero de 2006) para que en ese tiempo el Congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución.

El tercero se encuentra contenido en la STC 00004-2006-PI/TC, mediante el cual la Fiscal de la Nación cuestionó parte de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. Esta ley, que derogó el aludido Decreto ley 23201, fue objeto de declaración de inconstitucionalidad en las disposiciones que establecían: 1) El nombramiento de jueces militares por una Comisión Mixta compuesta por representantes de la Justicia Militar y del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) (fundamentos 164 y ss.); 2) La movilidad de “todos” *los jueces militares*, por los mismos fundamentos que en el caso anterior; 3) La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las fuerzas armadas o policía nacional; por los mismos fundamentos que en el caso anterior y además basándose en otra sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso Palamara Iribarne vs. Chile expresamente sostiene que un juez militar no puede ser a la vez militar en servicio activo. En tal sentencia, la Corte “estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no dependa de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”; 4) La existencia del Ministerio Público de la Justicia Militar dentro del propio Ministerio Público, no como una especialidad de los fiscales, sino con total autonomía (fundamentos 95 y ss.), y 5) Que sólo pueden ser jueces los efectivos militares o policiales en actividad que pertenecen al cuerpo jurídico militar o policial, considerando que tal disposición, sometida al test de igualdad, es inconstitucional, pues afecta

el derecho fundamental a la igualdad de acceso a los cargos públicos de aquellos oficiales *en retiro* o de abogados especializados en materia penal militar —que por ejemplo posean alta especialización de posgrado en esta especialidad. Cabe destacar que, nuevamente, con el fin de evitar que se paralice la justicia militar, el Tribunal Constitucional estableció una *vacatio sententiae* de seis meses (que vencía el 21 de octubre de 2006), para que en ese tiempo el Congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución.

El cuarto se encuentra contenido en la STC 00006-2006-PI/TC, mediante el cual el Colegio de Abogados de Lima cuestionó otros extremos de la mencionada Ley 28665. El TC declaró inconstitucionales las disposiciones que establecían: 1) La equiparación de las remuneraciones, derechos, beneficios y obligaciones de los efectivos militares (administración militar) a los jueces militares (jurisdicción militar), y 2) La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las fuerzas armadas o policía nacional, considerando los mismos fundamentos contenidos en las anteriores sentencias y además basándose en otra decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Durand y Ugarte) en la que el Estado peruano fue sancionado por violar, entre otros, el artículo 8.1, sobre garantías judiciales. Tal sentencia establece lo siguiente:

...por lo que respecta a la afirmación sobre la parcialidad y dependencia de la justicia militar, es razonable considerar que los funcionarios del fuero militar que actuaron en el proceso... carecían de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención para investigar los hechos de una manera eficaz y exhaustiva y sancionar a los responsables por los mismos. Como ha quedado establecido... los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, *estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial* [énfasis agregado] Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado [peruano] violó... los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana...

En este caso, complementando lo dispuesto en la STC 0004-2006-PI/TC se estableció una *vacatio sententiae*, que indefectiblemente vencía el 31 de diciembre de 2006, para que en ese tiempo el Congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución.

El quinto pronunciamiento se encuentra contenido en la STC 00005-2007-PI/TC, mediante el cual el Colegio de Abogados de Lambayeque cuestionó la Ley 28934, que ante la inminencia del vencimiento de la *vacatio sententiae* dictada por el TC, sorprendentemente amplió indefinidamente la vigencia de la normativa “inconstitucional” que regulaba la justicia militar policial. En tal sentencia, el TC confirmó su doctrina respecto del control constitucional de normas derogadas que aún surten efectos, y además desarrolló temas como el de la compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático, la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo, y la autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional, declarando inconstitucional el artículo 1o. de la Ley 28934, por vulnerar el principio de separación de poderes, la fuerza normativa de la Constitución, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, así como la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional.

Finalmente, el sexto pronunciamiento se produce ante la renuencia del Poder Legislativo para expedir un sistema de justicia militar compatible con la Constitución, y se encuentra contenido en la STC 01605-2006-PHC/TC, publicada el 30 de junio de 2008, mediante la cual, aplicando el control difuso, declaró inconstitucional e inaplicable al caso concreto la Ley 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (que derogó la mencionada Ley 28665), considerando que esta ley

...no sólo vulnera la autoridad de cosa juzgada establecida en el artículo 139o. inciso 2) de la Constitución, en lo que se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional, constituyendo un abierto desacato a tales pronunciamientos, sino que supone, además, una situación de *rebeldía legislativa*, dado que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, que puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías (fundamento 7).

Todos los pronunciamientos mencionados no hacen sino confirmar una vocación permanente del Tribunal Constitucional por efectivizar los principios y derechos constitucionales en el ámbito de la justicia militar,

un ámbito en el que ante la inobservancia de los fallos del Tribunal Constitucional, y también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Poder Legislativo, se ha optado por la aplicación del control difuso de constitucionalidad de las leyes, en tanto no exista pronunciamiento en un proceso de inconstitucionalidad. La observancia de las decisiones del Tribunal Constitucional o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o de la Justicia Militar, no implica en modo alguno la existencia de niveles de subordinación de éstos respecto de aquéllos, sino antes bien la vigencia de la institucionalidad y la efectiva realización de las garantías judiciales contenidas en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las que han confiado en tales órganos jurisdiccionales la interpretación y la defensa última de los derechos básicos de naturaleza procesal.