



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LAS EXIGENCIAS DE RACIONALIDAD AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CONTROLADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Luis Castillo-Córdova

Perú, marzo de 2011

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2011). Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (39), 21-33.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LAS EXIGENCIAS DE RACIONALIDAD AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
COMO CONTROLADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Hasta ahora es admitido pacíficamente que el Tribunal Constitucional es controlador de la constitucionalidad de los actos públicos y privados, normativos y no normativos, infraconstitucionales. En este modo de entender la función del Tribunal Constitucional quedaba descartada la posibilidad de que fuese la propia Constitución el objeto de la labor de control del mencionado Tribunal. No obstante es posible preguntarse si el control de constitucionalidad puede ser igualmente predicado de la Constitución. Esta pregunta que es válida formularla en el marco de cualquier sistema constitucional de derecho, adquiere especial relevancia en el ordenamiento constitucional peruano debido a que el artículo 201 de su Constitución dispone que “El Tribunal Constitucional es el *órgano de control de la Constitución*”. Desde esta decisión del Constituyente peruano es posible concluir como significado que “está ordenado que el Tribunal Constitucional es el órgano que realiza *una labor de control de la Constitución*”. Sostener que el Tribunal Constitucional no sólo es controlador de la constitucionalidad sino que es controlador también de la Constitución, depende de la manera cómo se conteste las dos preguntas siguientes. Primera, ¿es posible controlar a la Constitución?; y si se responde afirmativamente esta pregunta, se ha de plantear esta otra: ¿hay previsto algún mecanismo de control de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional? A responder estas preguntas se destinan las siguientes páginas. Una vez respondidas estas preguntas se pasará a indagar acerca de las obligaciones que como controlador asume necesariamente un Tribunal Constitucional para, inmediatamente después, verificar si tales obligaciones están siendo cumplidas por el Tribunal Constitucional peruano.

LA CONSTITUCIÓN COMO REALIDAD ESENCIALMENTE VINCULADA A EXIGENCIAS DE JUSTICIA HUMANA

¿Es posible sostener que la Constitución es objeto de control constitucional? Dicho con otras palabras, ¿es posible dar buenas razones que justifiquen suficientemente la posibilidad de que la Constitución se convierta en el objeto de la acción de control? La respuesta a esta última pregunta, a su vez, depende de cómo se conteste a esta otra: ¿es posible que la Constitución se *descontrole*? Una definición básica de descontrol es la siguiente: una situación tal en la que una determinada realidad que debiendo sujetarse a las determinaciones de una concreta fuerza, es posible que se aleje de ella y que actúa al margen o de manera contraria a lo que por tal fuerza viene exigido o determinado. Así, la Constitución

* Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura).

Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)
No olvide citar esta obra.

se descontrolará si es que estando vinculada a unas determinadas exigencias, resulta posible que actúe al margen o en contra de ellas.

Con base en esta definición hay que saber determinar si la Constitución viene vinculada a algunas exigencias que ha de seguir necesariamente por así exigirle su propia naturaleza de norma fundamental. Esto supone plantear un concepto de Constitución. Si se preguntase por la esencia de la Constitución, es decir, por aquello que hace que un determinado documento normativo sea Constitución y no otra cosa, tendríamos que admitir que hace a su esencia al menos dos elementos. El primero tiene carácter de fin: conseguir en la mayor medida de lo posible el pleno desarrollo de la Persona; y el segundo tiene carácter de medio: a través de la limitación del poder (público y privado).

En efecto, la Constitución intentará lograr la plena realización de la Persona a través de la limitación (jurídica y política) del ejercicio del Poder, tanto público como privado. Esta limitación tiene dos componentes. El primero es el reconocimiento de una serie de derechos y libertades que se justifican desde exigencias de justicia humana a favor de la Persona. Este primer componente tiene a su vez un doble campo de acción: por un lado, configurar ámbitos propios de la Persona y, consecuentemente, exentos de la actuación del Poder (dimensión subjetiva de los derechos fundamentales); a la vez que, configura una serie de deberes y obligaciones del Poder para favorecer la plena vigencia del contenido esencial (o constitucionalmente protegidos) de los derechos fundamentales (dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales). El alcance concreto del campo de acción depende de las circunstancias, en particular de una: la naturaleza pública o privada del poder.

El segundo componente de la limitación del poder como elemento esencial en el concepto de Constitución es la organización del Poder público, en particular, una tal que supone su sometimiento a reglas de actuación estructurada, de las cuales, la llamada división de poderes es la primera, la misma que supone tanto la identificación de concretos órganos constitucionales, como la atribución precisa de las facultades que a cada uno de ellos se realiza. En efecto, una necesaria medida tendiente a evitar la actuación extralimitada del poder, en este caso el público, es aquella dirigida a evitar que el poder de concentre en unas solas manos, en la medida que una tal concentración favorece su actuación descontrolada. El alcance de esta medida se predica sólo de la naturaleza pública del poder (el poder como elemento del Estado), más no del poder privado.

Dos son, pues, los elementos que dibujan la esencia de la Constitución y que necesariamente están llamados a actuar siempre conjunta y complementariamente: primero, que su contenido normativo se dirija a alcanzar la plena realización de la Persona; segundo, que recoja la limitación del poder (público y privado), ya sea reconociendo un conjunto de derechos humanos (derechos fundamentales), como organizando la estructura del poder público.

De esta definición que se formula desde la esencia –y que por esa razón ha de ser tenida como una definición esencial- de lo que es Constitución, es posible derivar que aquella realidad normativa llamada Constitución viene necesariamente vinculada a exigencias de justicia humana. Si lo justo tiene que ver con dar a cada quien lo que le corresponde, lo primero que le corresponde a la Persona es el reconocimiento de que como absoluto que es (fin en sí mismo) reclama la consecución o el goce de una serie de bienes humanos a través de los cuales perfeccionará su ser (humano) en la medida que tales bienes están destinados a satisfacer necesidades o exigencias esenciales que brotan de la naturaleza humana. Dicho de otro modo, en la medida que lo justo tiene que ver con dar a cada quien lo suyo, lo justo con lo Persona es el reconocimiento y protección de sus derechos humanos, en la medida que con ello se tiende a alcanzar grados cada vez mayores de perfeccionamiento y realización humanos. Una Constitución que no reconozca y trate como fin a la Persona a través del reconocimiento y aseguramiento de sus derechos humanos (derechos fundamentales), no es una verdadera Constitución, aún cuando ella misma se (auto) denomine como Constitución, porque estaría negando la esencia de lo que es Constitución.

Así, por ejemplo, más allá de sus defectos la Constitución peruana es una verdadera Constitución en este marco dogmático. Ella se abre colocando a la Persona como fin del Estado y de la Sociedad (artículo 1 de la Constitución), para inmediatamente después reconocer una lista enunciativa de derechos fundamentales, que vinculan la actuación del Poder, ya sea privado (artículos 38 y 200 de la Constitución), como público al disponer que el ejercicio del poder debe ajustarse a las limitaciones (negativas de no hacer y positivas de hacer) que dimanen de la Constitución, en particular de los derechos fundamentales (artículo 45 de la Constitución).

De lo que se lleva dicho es posible concluir que la Constitución está esencialmente vinculada a exigencias de justicia que se concretan en los derechos humanos en la medida que tales exigencias de justicia brotan de la Persona misma. En este marco, una Constitución se descontrolará y habrá la exigencia de controlarla cuando de modo general ha reconocido tales exigencias de justicia, pero en determinadas disposiciones constitucionales se separa de ellas. Es el caso de las llamadas normas constitucionales inconstitucionales.

NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES COMO OBJETO DE CONTROL

Hace a la esencia de la Constitución el que tenga un contenido material que viene conformado por el conjunto de valores, principios y derechos que se formulan en torno a la Persona como fin en sí mismo que es. Este contenido material es reflejo de las exigencias de justicia (humana o natural) que tienen su principal referente en los derechos humanos. La Constitución, habiendo reconocido de modo general este contenido material, es posible que a la vez haya positivado concreciones del mismo que se apartan o contravienen tales exigencias de justicia. En este marco, a



la pregunta antes formulada de si es posible sostener que la Constitución se *descontrola*, la respuesta ha de ser positiva. En efecto, es posible sostener que en el seno de la Constitución podría haber contenidos normativos que no sean manifestación o que sean negación de alguna o algunas de las exigencias de justicia natural que subyacen necesariamente en los derechos humanos. Estas exigencias conforman el contenido de esa fuerza a la que la Constitución se ha de ajustar, y en la medida que es posible que el Constituyente decida algo al margen o contra de tales exigencias, surge la necesidad del control.

Así, el control constitucional tendría por finalidad, primero, descubrir esas concretas disposiciones que estando recogidas en el texto de la Constitución, niegan o contradicen las exigencias de justicia de modo expreso o tácito, exigencias que incluso pueden estar constitucionalizadas a la hora que se recoge en la Constitución los derechos fundamentales (o el conjunto de principios y valores que se formulan en torno a ellos); para, en un segundo momento, declarar su invalidez jurídica. Tales contenidos normativos, de existir, serán no sólo contenidos injustos y por tanto jurídicamente inválidos, sino que podrán ser también contenidos que estando formalmente recogidos en la Constitución, son materialmente inconstitucionales por contravenir las exigencias de justicia que conforma la esencia de toda Constitución que es verdadera por recoger expresa o implícitamente los derechos humanos.

La injusticia y consiguiente inconstitucionalidad de un contenido normativo recogido en la Constitución como manifestación del descontrol constitucional, puede aparecer de dos formas. Una es de forma manifiesta y la otra es de forma no manifiesta. Será del primer tipo cuando objetiva y razonablemente no existe ninguna duda de que el contenido normativo contraviene una determinada exigencia de justicia natural. Para estos casos no se exige ninguna justificación especial, por lo que es posible afirmar que la injusticia o inconstitucionalidad es posible de apreciar desde el solo texto o disposición constitucional. Es, por ejemplo, el caso que una Constitución que proclama a la Persona como fin, constitucionalice la exigencia de justicia natural de libertad de los padres a la hora de decidir el número de hijos que han de tener, y lo haga sólo para los padres que acrediten ante determinada autoridad administrativa, haber concluido con éxito al menos la educación básica. Los términos de esta hipotética disposición constitucional pueden ser los siguientes:

D: Toda hombre y toda mujer en matrimonio o en unión de hecho, tiene derecho a decidir libremente el número de hijos que han de tener, siempre que hayan superado satisfactoriamente el nivel escolar básico, caso contrario será el Ministerio de la familia el que decida.

Si una Constitución recogiese un mandato de esta naturaleza, no habría duda que contravendría de modo manifiesto la exigencia de justicia natural referida a la libertad de decisión que es predicable de la Persona por ser tal al margen de un nivel de educación reglada; se trataría de una manifiesta afrenta a la condición de ser supremo que es la Persona por ser Persona. Sería este el caso de un contenido

normativo formalmente constitucional porque está recogido en el texto de la Constitución, pero materialmente inconstitucional por contravenir la naturaleza o contenido esencial de la exigencia de justicia natural que anima, en este caso, el derecho fundamental a la libertad de decidir el número de hijos que se quiera tener.

Será del tipo de constitucionalidad formal e inconstitucionalidad material no manifiesta aquella que necesite de una particular justificación para decidir que existe un alejamiento o contradicción de las exigencias de justicia natural que significa los derechos humanos. Es, por ejemplo, el caso actual del artículo 140 de la Constitución peruana en relación al artículo 2.1 de la misma norma fundamental. Desde esta disposición está ordenado que a todos y en toda situación se ha de respetar la vida, dicho negativamente, está prohibida la muerte de toda persona independientemente de la situación jurídica en la que se halla colocado. Para justificar que el artículo 140 de la Constitución es una disposición formalmente constitucional y materialmente inconstitucional, se ha de argumentar de modo fuerte que la pena de muerte no es una decisión justa ni para los condenados por traición a la patria en tiempo de guerra, ni para los condenados por terrorismo. En ambos casos la justificación fuerte ha de provenir del carácter absoluto del derecho a la vida por ser un presupuesto necesario para la existencia de una realidad que es en sí misma absoluta, la Persona y, para el caso de condenados por terrorismo, se ha de añadir a la justificación fuerte el hecho de que el artículo 4.2 CADH lo prohíbe expresamente (OC 3/83). En este caso la justificación vendrá exigida por la exigencia de quebrar la presunción de validez jurídica que se ha de reconocer a toda prescripción normativa, la misma que no se ha visto quebrada por el carácter no manifiesto de la inconstitucionalidad material de la disposición.

De modo que es posible sostener que la Constitución se descontrola cuando en su seno se han recogido disposiciones a las que sólo es posible asignar normas que contravienen el contenido material de la Constitución y, por esa razón, son normas constitucionales inconstitucionales. Frente a esta situación es posible sostener la necesidad de controlar la Constitución misma para ubicar tales disposiciones y evitar que disposiciones jurídicamente inválidas (desde un plano material) tengan efectiva vigencia. Sin embargo, conviene preguntarse si este es el único supuesto de *descontrol de la Constitución*.

LAS INTERPRETACIONES INCONSTITUCIONALES COMO OBJETO DE CONTROL

El referido supuesto de normas constitucionales inconstitucionales, ya sea manifiestas o no, tiene un elemento definidor claro: que todas las normas que pueden concluirse de una disposición constitucional contravienen el contenido material de la Constitución, como se adelantó ya. Para los ejemplos que fueron presentados antes, una sola era la norma que de concluía de la disposición constitucional hipotética y ella era contraria a las exigencias de justicia material que la misma Constitución reconocía. En efecto, de la hipotética disposición



constitucional **D** referida anteriormente, sólo era posible concluir como norma constitucionalizada la siguiente:

N: Está prohibido a los hombres y mujeres unidos en matrimonio o en unión de hecho que no han superado satisfactoriamente el nivel básico de educación, decidir el número de hijos; en este supuesto lo hará el Ministerio de la familia.

Algo semejante ocurría con el artículo 140 de la Constitución, respecto del cual era posible concluir una única norma y de ella era posible sostener argumentos fuertes para justificar que contravenía las exigencias de justicia constitucionalizadas en la Constitución con el reconocimiento del derecho humano a la vida. Una tal norma podía ser formulada en los términos siguientes:

N: Está permitido disponer de la vida de aquellos condenados por traición a la patria en caso de guerra exterior o por terrorismo.

Pero puede ser el caso en el que de una disposición constitucional sea posible concluir más de una norma y que al menos una de ellas sea compatible con las exigencias de justicia material recogidas en la Constitución. En la medida que razonablemente es posible concluir desde el propio texto constitucional al menos una norma que se ajusta y al menos una que se desajusta con tales exigencias de justicia, entonces será posible sostener que en estos supuestos *controlar la Constitución* significará detectar tales sentidos interpretativos y proscribir el sentido interpretativo que contraviene las exigencias de justicia material constitucionalizadas y, consecuentemente, afirmar la constitucionalidad de un precepto constitucional siempre que se le interprete según el sentido que se ajusta con tales exigencias de justicia material.

Desde la Constitución peruana es posible formular el siguiente ejemplo. Dada la siguiente disposición constitucional (artículo 2.4 de la Constitución):

“Toda persona tiene derecho (...) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”

De esta disposición constitucional es posible concluir al menos las dos siguientes normas:

N1: Está ordenado la libre difusión de información, de modo que puede informarse de lo que sea, como sea y cuando sea;

N2: Está ordenado la libre difusión de información, de modo que puede informarse de lo que sea, como sea y cuando sea; siempre que no se agreda otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales.

De estas dos posibles normas, la primera es consecuencia de una simple interpretación literal de la disposición que proscribiera incluso la existencia de impedimentos para ejercer la libertad informativa; mientras que la segunda es

consecuencia de una interpretación sistemática de la Constitución, de manera que exigencias de justicia material (definidas por la naturaleza o esencia, por ejemplo, del derecho fundamental al honor y del derecho a la intimidad), se convierten en limitaciones al alcance del contenido constitucional del derecho a la libertad de información y, consiguientemente, al ejercicio iusfundamental del mismo.

En este supuesto, tal y como se ha redactado el artículo 2.4 de la Constitución es posible asignar como norma una que contraviene las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona, por lo que se necesita de un control por el cual se determine una tal interpretación para desecharla del sistema constitucional. Es decir, controlar a la Constitución significará declarar que el artículo 2.4 de la Constitución ha de interpretarse necesariamente no según N1 sino según N2 por así reclamarlo las exigencias de justicia material recogidas en la Constitución a la hora que recoge también derechos como el honor o la intimidad, de modo que en el ordenamiento constitucional el referido precepto constitucional estará vigente en unión necesaria a N2.

De esta manera, la necesidad de controlar a la Constitución no sólo se configura a la hora que se reconoce la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, sino también cuando de una disposición de la Constitución es posible formular una interpretación que contraviene exigencias de justicia y otra que se ajusta a tales exigencias. Una vez determinadas las dos posibilidades de *control de la Constitución*, conviene analizar el papel que está llamado a cumplir el Tribunal Constitucional como *controlador de la Constitución*.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CONTROLADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Hasta ahora se ha justificado que es posible que la Constitución se des controle al menos en dos situaciones, lo que no sólo permite sino exige considerar a la Constitución como objeto de control. Esta afirmación es posible sostenerla no sólo para el ordenamiento constitucional peruano, sino para todo ordenamiento constitucional en el que la Constitución se formule como norma jurídica fundamental que recoge, expresa o implícitamente, las exigencias de justicia natural a la hora que constitucionaliza los derechos humanos. Y es posible porque tanto la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales o de que existan disposiciones constitucionales posibles de ser interpretadas en contra de las exigencias de justicia material constitucionalizadas, así como la exigencia de mantener incólume la naturaleza o esencia de una Constitución, permiten justificar la necesidad de que exista un mecanismo a través del cual se enfrente eficazmente los riesgos que precisamente se formulan contra una Constitución con contenido material.

Corresponde ahora entrar a analizar, primero, si existe o no un órgano al que se le ha de encargar el control de la Constitución y, segundo, si existe algún procedimiento destinado a realizar tal control. Estas dos preguntas se formularán



y resolverán desde el concreto ordenamiento constitucional peruano, pudiendo ser distinto desde otros ordenamientos constitucionales.

Para el caso peruano se facilita tremendamente la justificación a partir del artículo 201 de la Constitución en el que, como se recordará, se define al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución. Es el propio Constituyente el que ha definido que el órgano encargado de controlar que no tengan validez jurídica y, por tanto, vigencia efectiva, ni las normas constitucionales inconstitucionales, ni las interpretaciones inconstitucionales de las disposiciones constitucionales. Esta competencia reconocida al Tribunal Constitucional, tiene, no obstante al menos las dos siguientes exigencias que actúan a su vez como límite a su ejercicio. Ambas exigencias son predicables del doble significado que de *controlar la Constitución* se ha justificado anteriormente, sin embargo, cobran especial relevancia cuando se predicán de las normas constitucionales inconstitucionales y de ellas se analizará a continuación.

La primera limitación es una de tipo material y consiste en que sólo se decidirá que una concreta disposición constitucional es inconstitucional cuando es manifiestamente injusta o no siendo manifiestamente injusta es posible justificar su inconstitucionalidad material con base en argumentos y razones fuertes. Esto conlleva muchas consecuencias. Una de ellas es que la disposición constitucional se tiene por (manifiesta o no manifiestamente) injusta o materialmente inconstitucional cuando no es posible plantear válidamente ningún argumento fuerte a favor de su justicia, es decir, cuando habiendo acudido a los criterios de interpretación constitucional no ha sido posible obtener válida y definitivamente desde la concreta disposición constitucional una norma que se condiga con las exigencias de justicia que lleva expresa o implícitamente recogida toda Constitución verdaderamente tal por haber constitucionalizado los derechos humanos.

La segunda exigencia es una de tipo formal y consiste en que esta competencia del Tribunal Constitucional ha de desenvolverse a través de las distintas herramientas que el Constituyente le ha dispuesto para el ejercicio de su labor de control. De ellas es posible concluir que no existe previsto por el Constituyente peruano ningún procedimiento especial para controlar la Constitución, sino que este control se ha de llevar a cabo a través del proceso de inconstitucionalidad, de amparo, de hábeas corpus, de hábeas data de acción de cumplimiento y de conflicto de competencias que se recogen en el artículo 202 de la Constitución. Esto significa que el control que el Tribunal Constitucional está llamado a realizar sólo se podrá manifestar través de la inaplicación de la disposición constitucional inconstitucional en el concreto proceso constitucional que se haya iniciado ante el mencionado Tribunal, y con la inaplicación anular todo posible sustento constitucional de la ley (o cualquier otro acto público o privado) expedida en el marco de la disposición constitucional inconstitucional. En ningún caso la labor de control que realice el Tribunal Constitucional puede suponer la derogación de la disposición constitucional manifiestamente inconstitucional, porque tal efecto está expresamente reservado al Parlamento a través del correspondiente proceso de

reforma constitucional. Se trata, pues, de que la actividad de control se dirige no a la validez jurídica de la disposición constitucional inconstitucional, sino a su eficacia.

En este punto hay por formular las siguientes dos precisiones. Una es que obviamente, no existe obstáculo para que el Constituyente pueda decidir recoger un mecanismo procesal dirigido directa y únicamente a declarar la invalidez jurídica de disposiciones constitucionales inconstitucionales. La otra es que si un Constituyente ha declarado expresamente la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional (o Corte Suprema allí donde no exista Tribunal Constitucional) pueda controlar la Constitución –al menos- inaplicando una disposición constitucional inconstitucional, tal decisión del Constituyente no impedirá que un tal control se realice por ser reclamado por la propia esencia de la Constitución, pasando a ser la disposición que recoge la prohibición, una de tipo constitucional inconstitucional.

Algo semejante a lo dicho para el primer supuesto de descontrol de la Constitución es predicable del segundo de los supuestos: las interpretaciones inconstitucionales de las disposiciones constitucionales. La determinación y proscripción de unas tales interpretaciones sólo será posible de realizar en el marco de un proceso constitucional previamente iniciado. El Tribunal Constitucional decidirá que una norma con rango de Ley es o no constitucional, o decidirá que habrá o no vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental, o decidirá la existencia o no de un ejercicio regular de una competencia asignada, asignando a una disposición constitucional el significado que se condice con las exigencias de justicia por ella misma reconocidas y proscribiendo las que las contradicen.

Por cuestiones de espacio sólo formularé y justificaré básicamente la siguiente afirmación: es válido para el ordenamiento jurídico peruano sostener que no sólo el Tribunal Constitucional es controlador de la Constitución en las dos posibilidades aquí justificadas, sino que la actividad de control es predicable también de los Jueces del Poder judicial. En efecto, el Constituyente peruano expresamente llama controlador de la Constitución al Tribunal Constitucional y le prevé una serie de competencias a través de las cuales realizará esa actividad de control; y aunque no le llama controlador también al Juez, una tal condición se ha de concluir de las competencias que le asigna: conocer en las dos primeras instancias en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acciones de cumplimiento; conocer en todas sus instancias las demandas de acción popular interpuestas contra los reglamentos que contravengan por el fondo o por la forma a la Constitución. En la medida que el Tribunal Constitucional es el comisionado mayor del Poder constituyente y el Juez el comisionado menor, el contenido del control de la Constitución que formule el primero, se impone sobre el que realice el segundo; es decir, el Juez no sólo estará vinculado de modo necesario al control de la Constitución que realice el Tribunal Constitucional, sino que en asuntos nuevos



quien tiene la última palabra en la determinación de normas constitucionales inconstitucionales o determinación de interpretaciones inconstitucionales de normas constitucionales, es el Tribunal Constitucional.

De lo que se lleva argumentado es posible sostener que el Tribunal Constitucional, primero, y los Jueces del Poder judicial después, tiene la competencia para controlar la Constitución, ya sea detectando normas formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales, ya sea formulando las normas constitucionales y proscribiendo las inconstitucionales que se formulen a partir de disposiciones constitucionales. Pero esta actividad de control sólo será posible realizar en el marco de un proceso constitucional que se desarrolla ya sea ante el Juez constitucional de las primeras instancias o ante el Tribunal Constitucional. Por lo que la actividad de control en ningún caso supondrá la derogación del precepto constitucional inconstitucional.

Corresponde abrir un último apartado para destinarlo a resolver la siguiente cuestión: ¿cuáles son las consecuencias necesarias que se derivan de la consideración de un órgano de control de la Constitución? La respuesta se planteará del Tribunal Constitucional como órgano de control aunque, por lo que se ha dicho ya, lo que se responda será aplicable también a los Jueces del Poder judicial.

CONSECUENCIAS SOBRE LA ACTUACIÓN EN EL ÓRGANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN

El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución

Es fácil justificar que quien es controlador de la Constitución necesariamente ha de ser intérprete de la misma, porque no es posible controlar si antes no se interpretan las disposiciones constitucionales. En efecto, tanto para determinar las disposiciones constitucionales inconstitucionales, como para determinar las interpretaciones inconstitucionales de disposiciones constitucionales, se ha de tener un referente claro que sirva de parámetro con base en el cual juzgar que algo es constitucional o inconstitucional. Tal referente es la misma Constitución o, más precisamente, su contenido material conformado por las exigencias de justicia que se formulan en torno a las personas. Se parte del hecho de que la Constitución recoge un tal contenido material, pero que a la hora de realizar la positivización lo ha hecho contradiciendo el contenido esencial de algún derecho humano constitucionalizado. Es precisamente los derechos humanos constitucionalizados lo que permite definir que una concreta disposición constitucional o una concreta interpretación de una disposición constitucional va en contra de la esencia que define el bien humano que está detrás del derecho humano constitucionalizado o, si se quiere, va en contra del contenido esencial del derecho fundamental.

Por seguir con el ejemplo arriba mencionado, sólo es posible afirmar que la exigencia de haber superado un nivel de educación básico para poder decidir el número de hijos a tener es la única interpretación posible de una disposición

constitucional inconstitucional, si antes se ha concluido que tal pretensión viene proscrita por la esencia (o contenido esencial) de la libertad humana de decidir uno mismo el número de hijos que ha de tener, incluso, si antes ha concluido que tal pretensión vulnera el contenido esencial de las exigencias humanas de igualdad. Pues bien, para determinar el contenido esencial (o constitucional) de los derechos fundamentales (o en general de los bienes humanos que se formulan en torno a la persona como exigencias de justicia) se necesita de una actividad interpretativa. Así, no hay control efectivo sin previa interpretación.

Esta necesidad de interpretación se manifiesta también claramente cuando se repara en que la actividad de control que realiza el Tribunal Constitucional tiene por finalidad mantener plenamente vigente una Constitución definida esencialmente (en su esencia) por su contenido material y que por ello, la actividad de control no sólo recae sobre la Constitución sino que recae también sobre todo el ordenamiento infraconstitucional de modo que se asegure en la mayor medida de lo posible que éste se ajuste a las exigencias de una Constitución también definida –insisto- por su contenido material. Pero no se puede pasar a controlar el orden infraconstitucional si antes no se ha controlado el orden constitucional, es decir, si no se ha controlado la Constitución misma, en la medida que sólo después de controlarla se tendrá definido un parámetro cierto con base en el cual realizar la actividad de control de las actuaciones públicas o privadas.

En uno y otro caso, el Tribunal Constitucional es controlador de la Constitución y lo es de modo supremo porque, como antes se ha sostenido, su acción de control prima sobre la acción de control que realiza el otro controlador: el Juez. Siendo supremo controlador, y siendo necesario interpretar para controlar, será a la vez supremo intérprete de la Constitución. Cuando el Tribunal Constitucional interpreta una disposición de la Constitución define su significado y alcance, y lo hace a través de una concreción de la disposición que en sí misma tiene la naturaleza de norma, que adquiere el rango de la disposición concretada, es decir, se trata de una norma de rango constitucional. Al ser una concreción la norma resulta siendo una de carácter adscrito a la disposición concretada. De modo que es posible afirmar que el Tribunal Constitucional crea derecho constitucional a la hora que, en ejercicio de su función de controlador de la Constitución –ya sea el objeto de control la Constitución misma o el orden infraconstitucional-, interpreta y concreta las disposiciones constitucionales.

Las normas constitucionales adscritas que crea el Tribunal Constitucional no podrán ser impugnadas en su constitucionalidad, es la consecuencia necesaria de haber sido estipuladas por el Supremo intérprete de la Constitución. Por esta razón son siempre normas constitucionales desde un plano formal, aunque materialmente no es posible negar la posibilidad de que sean inconstitucionales. Esto es lo que permite hablar de una modalidad más de normas constitucionales inconstitucionales: normas adscritas formuladas por el Tribunal Constitucional que formalmente forman parte de la Constitución y que materialmente la contravienen.



Aún dándose esta situación, la norma creada por el Tribunal Constitucional será siempre vinculante a los demás intérpretes de la Constitución, relevantemente al otro controlador que es el Juez, salvo un solo supuesto: la posible aunque poco probable concreción manifiestamente injusta por contravenir manifiestamente las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona. Por lo demás, no se olvide que el Juez es siempre Juez del caso concreto y, por ello, es a él –y no al Tribunal Constitucional- al que le corresponde formular la concreta decisión justa que resuelve un determinado caso. Esto le habilita a, eventualmente, justificar suficientemente que el caso que tiene que resolver es uno distinto al que ha resuelto el Tribunal Constitucional en el marco del cual ha creado una norma constitucional adscrita y, consiguientemente, no la aplica por no atañerle al caso que resuelve.

Exigencias al Tribunal Constitucional como supremo intérprete y controlador de la Constitución

Siendo esta la situación en la que se coloca el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, es posible concluir una serie de exigencias en su proceder. La primera es que las decisiones que adopte en los distintos procesos constitucionales que conozca deberán estar suficientemente justificadas con base en argumentos fuertes. Como se sabe, un argumento es tal cuando no es posible plantearle un argumento contrario; si fuese el caso que permitiese plantearle una razón distinta, entonces, ésta se convierte en razón fuerte y la inicialmente dada en una razón débil y, con ella, la justificación en una deficiente. Sólo con base en una justificación suficiente será posible –en la mayor medida de lo posible- obtener una decisión constitucionalmente permitida.

La segunda exigencia está referida también a la exigencia de justificación suficiente, aunque no ya predicada de la decisión que resuelve la pretensión planteada en un proceso constitucional, sino más bien a la creación de una norma constitucional adscrita. Es verdad que las razones pueden ser correctas o incorrectas más no constitucionales o inconstitucionales; sin embargo, hay que diferenciar cuando una razón de la decisión es la formulación de una concreción de la Constitución, porque ésta sí puede llegar a ser inconstitucional al menos desde un punto de vista material. En tanto este es un posible riesgo, se exige especialmente que el Tribunal Constitucional presente razones fuertes para justificar una interpretación de la Constitución, sólo con ellas se asegurará en la mayor medida de lo posible que la concreción que formula de la Constitución es una también materialmente constitucional.

La tercera exigencia está referida a las normas constitucionales adscritas, tanto a su formulación como a su aplicación. En lo que respecta a su formulación, en la medida que las concreciones son normas, exigido está que se cumplan con las básicas exigencias de toda creación normativa. Así, se exige que la norma constitucional adscrita sea una que efectivamente venga exigida por la naturaleza de las cosas y por la fuerza de las razones, porque es deseable que no existan cambios ni mucho menos derogaciones completas de las derogaciones en lapsos

cortos de tiempo. Es verdad que al tratarse de normas, si se formula una concreción constitucional en sentido contrario a una previamente formulada, será la última la que tenga vigencia y no la primera en la medida que permite la aplicación de la regla general de la teoría jurídica por la cual la norma posterior prevalece sobre la norma anterior. Pero ocurre que la duración breve de una concreción dice mucho y mal no sólo de su conveniencia, sino de su validez jurídica. La situación se agrava especialmente si se toma en consideración que se trata de concreciones de la Constitución misma, con el consiguiente y necesario efecto negativo sobre todo el ordenamiento jurídico debido al efecto de irradiación que se predica no sólo de la norma constitucional sino también de las interpretaciones del Tribunal Constitucional.

Tan o más nefasto que las variaciones de las concreciones constitucionales de una misma disposición constitucional en lapsos cortos de tiempo es que el Tribunal Constitucional aplique de modo desigual una misma concreción. En efecto, es una exigencia básica al Máximo intérprete de la Constitución que una misma interpretación de la Constitución sea aplicada a situaciones sustancialmente semejantes. Lo primero que se espera de todo Supremo intérprete es no sólo que conozca bien su propia jurisprudencia, sino que la aplique de modo homogéneo. Nada más distorsionador hacia el entero ordenamiento jurídico y hacia la justicia misma que el Tribunal Constitucional o manifieste desconocimientos de sus propias interpretaciones, o que no aplique un mismo criterio jurisprudencial en casos que racionalmente lo exigen.

Una mirada rápida a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

No hay que buscar ni examinar demasiado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para concluir que desgraciadamente ha sido frecuente en su actuación extralimitaciones tanto formales como materiales. Aquí sólo se hará notar algunas de las primeras, que son manifestación del incumplimiento de las exigencias mencionadas en el apartado anterior. A continuación se hará referencia a algunos de los criterios jurisprudenciales que o se han formulado con contenido opuesto en lapsos breves de tiempo

Distintas posiciones sobre las consecuencias a la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable

El primero se refiere a la alegada violación del derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable. En la sentencia al EXP. N.º 03689-2008-PHC/TC fechada con el 22 de abril del 2009, el Supremo intérprete de la Constitución manifestó que

“una eventual constatación por parte de la justicia constitucional de la violación el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario,



sino que más bien, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo que, corresponde es la reparación *in natura* por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto y que se declare la inocencia o la responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso penal” (Fundamento 10).

Sin embargo, pocos meses después se expide sentencia al EXP. N.º 3509-2009-PHC/TC, la cual fechada con el 19 de octubre, manifiesta el Tribunal Constitucional un criterio contrario al manifestado en el párrafo anterior. Así, dijo que

“la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la **pérdida de la legitimidad punitiva** derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo puede actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente” (Fundamento 39).

Y fue con fecha de 10 de agosto del 2010 que el Tribunal Constitucional vuelve al primero de los mencionados criterios, con base en el cual falla no la exclusión de la investigación al beneficiado con el hábeas corpus una vez constatada la agresión al derecho fundamental al plazo razonable, sino más bien ordena la emisión pronta de un fallo. Así, ordenó

“a la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima que en el plazo de sesenta días naturales, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, emita y notifique la correspondiente sentencia que decida la situación jurídica del demandante en el Exp. N.º 28-2001, bajo apercibimiento de tenerse por sobreseído el proceso en relación con el demandante”.

Ceses a partir de la aplicación de decretos leyes

Durante la dictadura de Alberto Fujimori fueron expedidos una serie de decretos leyes que declaraban en reorganización el Poder judicial y el Ministerio público, y con base en los cuales fueron cesados una serie de magistrados y fiscales sin el correspondiente proceso administrativo disciplinario. Una vez caído el régimen dictatorial, el Tribunal Constitucional rechazó demandas de amparo que pretendían la reincorporación de los funcionarios públicos, mientras que aceptó otras en casos exactamente los mismos sin que se mostrara ningún criterio para la aplicación diferenciada.

Así, por ejemplo, declaró improcedentes una serie de demandas de amparo ya sea o porque existía una vía igualmente satisfactoria, ya sea porque se había excedido el plazo previsto para interponer la demanda de amparo. Sólo a título de

ejemplo, en la sentencia al EXP. N.º 02925-2010-PA/TC con fecha del 24 de septiembre del 2010, el Supremo intérprete declaró improcedente la demanda constitucional porque

“de acuerdo con los criterios de procedencia establecidos en los fundamentos 7 a 25 de la referida sentencia [EXP. N.º 0206-2005-PA/TC] y conforme lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar y el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, se concluye que en el presente caso la pretensión de la demandante no procede porque existe una vía procedimental específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerado” (Fundamento 3).

Del mismo modo, en la sentencia al EXP. N.º 03518-2009-PA/TC, de fecha 12 de noviembre del 2010, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda constitucional porque

“en el presente caso, el cese del demandante se ha producido en 1992, lo que significa que a partir de dicha fecha, se habría producido la supuesta afectación de sus derechos constitucionales. Siendo ello así, a la fecha de interposición de la presente demanda, esto es, al 9 de enero de 2008, ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción previsto en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional (Fundamento 2).

Sin embargo, en el mes de diciembre de ese mismo año 2010, el Tribunal Constitucional tiene expedida la sentencia al EXP. N.º 03955-2009-PA/TC, en la cual se declara fundada la demanda de amparo porque ni se consideró existente una vía procedimental igualmente satisfactoria que el amparo, ni se consideró que se había excedido el plazo de prescripción para interponer la demanda de amparo. Respecto de la existencia de una vía previa manifestó que

“Respecto a la aplicación del precedente N.º 0206-2005-PA/TC, este Colegiado ha señalado en otras oportunidades que si bien es cierto que el asunto controvertido es uno del régimen laboral público y por ende debería ser dilucidado a través del proceso contencioso administrativo, también lo es que no puede desconocerse la jurisprudencia especial existente sobre la materia aplicable al caso de autos, de tal forma que para resolver el presente caso se debe evaluar la especialidad y particularidad de los hechos y consecuencias derivados de los decretos leyes expedidos con el autogolpe de 1992, que lo convierten en un supuesto *sui generis*” (Fundamento 2).

Mientras que respecto de la prescripción del plazo para demandar rechazó la excepción de caducidad presentada, porque

“La línea jurisprudencial en dicha materia tiene establecido que resulta irrazonable alegar la caducidad o prescripción cuando el accionante se encuentra impedido de ejercer su derecho de acción en forma directa o indirecta en virtud del mandato expreso de una norma legal, dado que mientras el impedimento no sea removido,



la restricción de un recurso idóneo no puede implicar la convalidación de un acto atentatorio de los derechos fundamentales” (Fundamento 5).

Pensión de viudez para convivientes

El caso más dramático en esta lista larga de desencuentros del Tribunal Constitucional peruano con su propia jurisprudencia lo representa el caso de la pensión de sobrevivencia a favor de convivientes, en el que el mismo día una misma Sala (compuesta por los Magistrados Landa, Beaumont y Eto) dio respuesta distinta a dos supuestos de hecho sustancialmente semejantes.

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo y otorga a la conviviente una pensión de viudez fue la recaída en el EXP. N.º 06572-2006-PA/TC, del 6 de noviembre del 2007. Entre otras justificaciones fue dada la siguiente:

“La finalidad de la pensión de sobrevivientes es preservar y cubrir los gastos de subsistencia compensando el faltante económico generado por la muerte del causante, y puesto que la propia convivencia genera una dinámica de interacción y dependencia entre los convivientes, la muerte de uno de ellos legitima al conviviente supérstite a solicitar pensión de viudez. Más aun cuando uno de ellos ha visto sacrificada sus perspectivas profesionales, debido a que tuvo que dedicarse al cuidado de los hijos y del hogar, perjudicando su posterior inserción -o al menos haciéndola más difícil- en el mercado laboral” (Fundamento 31).

Mientras que en la sentencia que se rechaza el otorgamiento de una pensión de viudez, fue la sentencia al EXP. N.º 06540-2006-PA/TC, fechada el mismo 6 de noviembre del 2006. En ella se rechazó este beneficio porque

“la recurrente ha interpretado un derecho a partir de una situación equivalente a la institución del matrimonio, es decir, que partiendo del reconocimiento de la unión de hecho, se puede adquirir derechos de igual manera que los generados a consecuencia de la celebración del matrimonio; sin embargo, ello no es así, ya que, tal como lo ha señalado este Tribunal en la STC 03605-2005-AA/TC, la norma constitucional reconoce la relación concubinaria sólo para efectos de naturaleza patrimonial, al asemejarse esta con el régimen de la sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, como son el derecho alimentario y el carácter pensionario durante la vigencia de la relación” (Fundamento 6).

CONCLUSIONES

La lista de disfuncionalidades e incongruencias del Tribunal Constitucional que signifiquen un manifiesto desapego a las exigencias básicas de racionalidad que como supremo controlador e intérprete de la Constitución se le exige, sin duda que es más extensa y merece un análisis más detallado y profundo de lo que permite un trabajo como el aquí presentado. No obstante, los casos reseñados son suficientes para concluir las graves deficiencias en las que incurre el Tribunal Constitucional a la hora de cumplir con su tantas veces mencionada por él mismo “función de

ordenación y pacificación que le es inherente”. Ni orden ni paz es posible esperar de sentencias que aplican de modo contrario un mismo criterio jurisprudencial, o de sentencias que en poco tiempo formulan criterios jurisprudenciales opuestos o, en definitiva, de sentencias que parecen olvidar que las interpretaciones que de la Constitución formula su Supremo intérprete son normas de rango constitucional que vinculan a todos los operadores jurídicos empezando por el que las ha formulado.

