



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

¿ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA REGLAMENTOS?

Luis Castillo-Córdova

Perú, mayo de 2014

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

¿ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA REGLAMENTOS?

Luis CASTILLO CÓRDOVA*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución es norma, pero por ese solo hecho no queda asegurada su vigencia plena. Se necesita de mecanismos que garanticen en la mayor medida de lo posible la normatividad plena de la Constitución¹. Si bien todos estamos vinculados a la Constitución y todos podemos interpretarla (aunque no todos de modo vinculante), también es verdad que no todos somos controladores de la constitucionalidad de la Constitución y de la constitucionalidad de las decisiones (normativas y no normativas) infraconstitucionales. Todo controlador necesariamente es un vinculado a la Constitución y es un intérprete de la Constitución, pero no todo vinculado o intérprete de la Constitución, es por ese solo motivo un controlador de la constitucionalidad². Para serlo se requiere, además de estar vinculado y de interpretar la Constitución, tener atribuidos unos mecanismos de defensa de la Constitución, una suerte de energía correctora que inhiba todo ataque a la Constitución.

Los controladores de la Constitución se organizan según modelos. Clásicamente se han definido dos modelos: el llamado americano que es difuso y de efectos *inter partes*; y el llamado europeo o kelseniano que es concentrado y de efectos *erga omnes*³. Normalmente ambos modelos no se juntan, un sistema jurídico o adopta uno u otro modelo. El caso peruano es singular, adopta de los dos⁴, lo que no ha supuesto necesariamente una mejora en la normatividad plena de la Constitución.

El control europeo tiene en el juicio abstracto de la constitucionalidad de la ley su elemento esencial. De la mano de este elemento, el Constituyente peruano ha previsto la garantía constitucional de la acción de inconstitucionalidad, mecanismo procesal que permite al TC valorar en abstracto la constitucionalidad de una norma con rango de ley, para de ser encontrada inconstitucional, así declararlo y generar efectos derogatorios de la ley con tal declaración. La consecuencia necesaria es que los reglamentos (en general todas las decisiones infralegales) no pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad. En el caso peruano, por ejemplo, la constitucionalidad abstracta de la norma infralegal se enjuicia por el Poder Judicial a través de la llamada acción popular. En este marco, parece ociosa la pregunta de si un reglamento puede ser evaluado en su constitucionalidad a través de una

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

¹ La garantía o defensa de la Constitución precisamente “[c]onsiste en arbitrar unas instituciones o mecanismos que impidan que las magnas cartas sufran mutaciones o falseamientos”. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, En defensa de la Constitución, Universidad de Piura-Palestra, segunda edición, Lima 2013, p. 389.

² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima 2014, ps. 324-325.

³ HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, Universidad de Piura-Palestra, Lima 2012, ps. 354-374.

⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en *La justicia constitucional a finales del siglo XX*, Palestra editores, Lima 1998, p. 144.



acción de inconstitucionalidad. Pero en realidad no lo ha sido tanto. El TC se ha planteado esta pregunta, para responderla afirmativamente.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En efecto, textualmente el Supremo intérprete de la Constitución se ha preguntado lo siguiente: “¿Puede el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal (...) a través del proceso de inconstitucionalidad?”⁵. Y la respuesta a la que ha arribado es afirmativa y ha distinguido varios supuestos. Uno primero es el de la norma infralegal conexas o consecuentes con la norma con rango de ley declarada inconstitucional. En este supuesto la respuesta es la siguiente: “el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional, cuando ella es también inconstitucional ‘por conexión o consecuencia’ con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional”⁶.

Y el segundo supuesto es la norma que no siendo conexas ni consecuentes es una norma que reitera o reproduce el contenido de la ley declarada inconstitucional. Así, “[e]xiste empero un supuesto distinto consistente de relación entre normas en las que una redundante, reitera o reproduce la enunciada por otra que es la declarada inconstitucional. En tal supuesto, resulta lógico que aquella, al reproducir el contenido inconstitucional de la norma impugnada, es también inconstitucional y, por tanto, debe declararse su inconstitucionalidad. En sentido exacto, (...), se trata de dos “disposiciones” que expresan la misma norma. Desde esta perspectiva, en cuanto la declaración de inconstitucionalidad es respecto de la norma, todas las disposiciones que la enuncien o reproduzcan deben ser también declaradas inconstitucionales”⁷.

Resulta importante saber cómo quedan las normas constitucionales a partir de estas interpretaciones del TC como supremo intérprete. A continuación se abordará esta cuestión.

III. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. *La norma constitucional directamente estatuida*

Con base en la también clásica diferenciación entre disposición y norma, es posible sostener que de una disposición constitucional pueden ser formuladas dos tipos de normas, las normas constitucionales directamente estatuidas y las normas constitucionales adscriptas. La disposición constitucional que se ha de tomar como punto de partida es el artículo 200.4 de la Constitución, el cual establece lo siguiente:

D_{200.4}: Son garantías constitucionales: (...) La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y

⁵ Sentencia al EXP. N.º 045-2004-PI/TC, fundamento 72.

⁶ Idem, fundamento 74.

⁷ Idem, fundamento 78.

ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma constitucional directamente estatuida:

N_{200.4}: Está permitida la acción de inconstitucionalidad la que deberá dirigirse contra normas con rango de ley que contravengan la Constitución por la forma o en el fondo.

2. *La norma constitucional adscripta creada por el Parlamento*

Esta disposición, y consecuente norma constitucional, ha sido desarrollada por el Código Procesal Constitucional. Una de las disposiciones del referido Código, interesa ahora tenerla presente: es el artículo 78, y tiene el siguiente texto:

D₇₈: La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

De esta disposición es posible concluir dos normas, una en referencia a la acción de inconstitucionalidad, y la otra en referencia a la acción popular. Aquí se atenderá solamente a la primera, en los términos siguientes:

N₇₈: Está ordenado declarar la inconstitucionalidad de la norma conexas o consecuente a una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad.

Esta norma **N₇₈** del Código Procesal Constitucional, es una norma constitucional adscripta que se adhiere a la norma constitucional directamente estatuida **N_{200.4}**. Y es una norma con algún grado relevante de generalidad⁸. Esto significa que tal norma permite y exige ser concretada. Uno de los elementos que requieren concreción es el término “norma”. Este término puede ser interpretado y entendido de dos maneras: como norma con rango de ley y como norma con rango infralegal.

En el primer caso, la norma quedaría concretada en los términos siguientes:

N₇₈: Está ordenado declarar la inconstitucionalidad de la *norma legal* conexas o consecuente a una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad.

Como se comprenderá **N₇₈** no tiene ningún problema en ser sostenida porque el proceso de inconstitucionalidad se dirige contra normas con rango de ley ya se directamente o ya sea de modo conexas a la cuestionada directamente.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Análisis de las decisiones constituyentes sobre derechos fundamentales”, en *Revista Sociedad jurídica*, septiembre 2013, ps. 56-63



3. *Las normas constitucionales adscriptas creadas por el TC*

No tan sencillo es el segundo caso, y es lo que atañe a la pregunta formulada por el TC y apuntada arriba: ¿puede el TC declarar la inconstitucionalidad de reglamentos a través de una acción de inconstitucionalidad? Si la respuesta fuese afirmativa, habría que reconocer como norma una con un contenido como el siguiente:

N: Está ordenado declarar la inconstitucionalidad de la *norma infralegal* conexas o consecuentes a una ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad.

Es precisamente este significado el que se ha convertido en norma constitucional adscripta por el TC en la sentencia al EXP. N.º 045-2004-PI/TC. Como se dijo antes, en el fundamento 74 de esta sentencia el TC manifestó lo siguiente:

“74. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional, cuando ella es también inconstitucional “por conexión o consecuencia” con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional”.

Desde esta declaración del TC es posible formular la norma constitucional adscripta siguiente:

N₇₄: Está ordenado al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal cuando ella es también inconstitucional “por conexión o consecuencia” con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional.

En la sentencia al EXP. N.º 045-2004-PI/TC, el TC define la “conexión” y la “consecuencia”, de modo que se exige que la norma conectada o consecuente tenga un contenido distinto a la Ley a la que están conectadas o de la que son consecuencia⁹. Por esta razón la norma N₇₄ no le es suficiente al TC para resolver el caso. Porque en este caso se trataba de decidir si una norma reglamentaria que tenía el mismo contenido que la ley declarada inconstitucional¹⁰, y que por esa razón no podía ser considerada como norma conexas o consecuentes¹¹, podía también ser declarada inconstitucional dentro del proceso de inconstitucionalidad.

⁹ Ha dicho el TC que “[e]n este supuesto, no cabe hablar de que entre la disposición que enuncia la norma inconstitucional y la que la reproduce exista una relación de conexidad o de consecuencia, en los términos antes expuestos. Las relaciones de conexidad o de consecuencia presuponen por definición la existencia de normas ‘distintas’, se dan entre normas ‘diferentes’”. Idem., fundamento 79.

¹⁰ En este caso se trataba de decidir si en la sentencia de inconstitucionalidad a la vez de declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 27466, podía también declarar la inconstitucionalidad del artículo 48 y de la Primera disposición final del Reglamento de concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario, cuando se hacía referencia a la Ley 27466 (artículo 48 del Reglamento), y se transcribían el artículo 3 de la Ley 27466 (la primera disposición final del Reglamento).

¹¹ Manifestó el TC que “en el supuesto analizado se trata sólo de una reproducción o redundancia de una norma que ya ha sido declarada inconstitucional. Aquí, entre la norma declarada inconstitucional y la otra que reproduce su contenido no existe relación de conexidad o de consecuencia, sino una relación de identidad. En este sentido, este supuesto no se encuentra

El TC necesita de otra regla jurídica para resolver el caso. Esta regla jurídica puede concluirse desde las dos siguientes interpretaciones del TC:

“80. este supuesto no se halla comprendido en sentido estricto por el artículo 78° del CPConst, desde su literalidad, sí es posible, por el contrario, entender que ella subyace a la *ratio* de dicha norma. En efecto, si ella habilita la expulsión de normas distintas a la declarada inconstitucional, *a fortiori*, ha de admitirse la expulsión de otras normas que tienen el mismo contenido que la declarada inconstitucional. El citado artículo 78° constituye una excepción al principio procesal de congruencia, pero si el objeto del control abstracto puede ser extendido por el Tribunal a comprender normas distintas a la impugnada y declarada inconstitucional, con mayor razón esa consecuencia ha de proyectarse sobre otras disposiciones que reproducen el contenido de aquella”.

“83. el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional cuando ella reproduce el vicio de inconstitucionalidad –la infracción de la Constitución–de la norma de jerarquía de ley que es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional”.

Desde estas interpretaciones constitucionales es posible concluir la siguiente regla jurídica que como norma constitucional se adscribe al artículo 200.4 de la Constitución a través del artículo 78 del Código Procesal Constitucional:

N_{80,83}: Está ordenado declarar la inconstitucionalidad de la norma legal o infralegal que repite el contenido de la norma legal declara inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad.

4. Normas constitucionales adscriptas formuladas según la modalidad deóntica de “lo ordenado”

Las normas constitucionales adscriptas aquí se han presentado en lenguaje deóntico en la modalidad de “lo ordenado”. Si la demanda de inconstitucionalidad se presenta contra una ley directamente e indirectamente contra un reglamento vinculado a ella, el TC tiene la orden de declarar también su inconstitucionalidad general y abstracta, y tal declaración tendrá efectos derogatorios también sobre el reglamento cuestionado. Puede ocurrir, no obstante, que la demanda de inconstitucionalidad se haya circunscrito a la ley, aunque existiesen reglamentos conexos, consecuentes o redundantes a tal ley. Aquí hay dos posibilidades.

comprendido por la disposición procesal antes mencionada”. Sentencia al EXP. N.º 045-2004-PI/TC, fundamento, fundamento 79.



Una es que el TC conozca de la existencia de tal reglamento, en cuyo caso vuelve a nacer el deber de declarar su inconstitucionalidad con efectos derogatorios. La otra es que el TC no conozca la existencia del Reglamento. En esta situación, el reglamento podrá ser objeto de una acción popular, en cuyo caso, y aplicando las respectivas normas constitucionales adscriptas creadas por el TC para declarar la inconstitucionalidad de la ley a la que están estrechamente vinculados, deberá ser declarada fundada. Pero en esta situación puede también ocurrir que mientras no se interponga demanda de acción popular, el reglamento pueda ser inaplicable por los jueces, e incluso por los mismos tribunales administrativos.

Esto último es posible no porque tales tribunales tengan atribuido el control difuso de la constitucionalidad¹², sino porque al estar vinculados a la Constitución se limitan a aplicar una norma constitucional adscripta a través de la cual se ha reconocido como inconstitucional un determinado contenido normativo que el tribunal administrativo reconoce en el reglamento invocado en un caso concreto. No estaría, pues, formulando un juicio propio de inconstitucionalidad que es lo que está vedado a la Administración pública¹³, sino aplicando uno ya formulado por el TC en una acción de inconstitucionalidad.

5. La formulación completa de la norma constitucional sobre acción de inconstitucionalidad

De esta manera lo constitucionalmente exigido por el artículo 200.4 de la Constitución, viene a estar conformado por la norma directamente estatuida **N_{200.4}**, a la que se le adscriben las normas **N₇₈** y **N_{78'}** del Código Procesal Constitucional, y las normas **N₇₄** y **N_{80,83}** de la STC 045-2004-PI/TC. El contenido normativo del artículo 200.4 de la Constitución puede presentarse con una fórmula lingüística parecida a la siguiente:

N_{200.4}: Está permitida la acción de inconstitucionalidad la que deberá dirigirse contra normas con rango de ley que contravengan la Constitución por la forma o en el fondo. Está ordenado declarar la inconstitucionalidad de la norma conexas o consecuentes, ya sea de rango legal o infralegal, a una norma con rango de ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad. Además, está ordenado declarar la inconstitucionalidad de la norma legal o infralegal que repite el contenido de la norma con rango de ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad.

IV. LA CORRECCIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS

La definición que Alexy formula de norma iusfundamental adscripta exige ser completada. La definición que ha dado es la siguiente: “una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”¹⁴. Con base en

¹² Actualmente negado por el TC. Cfr. sentencia al EXP. N.º 04293-2012-PA/TC, fundamento 34.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC?”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 98, noviembre 2006, p. 37.

¹⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 71.

esta definición solamente habrá norma iusfundamental adscripta cuando ella se halla sostenido en razones correctas. Contrario sensu, no habrá nacido una norma iusfundamental adscripta si la norma formulada no se sostiene en razones correctas. Pero esto es así solamente en parte. En referencia al TC, que es lo que aquí interesa destacar, las concreciones que de las normas directamente estatuidas formula, son verdaderas normas constitucionales adscriptas aunque no se basen en razones correctas. Su posición de intérprete (concretador constitucional) supremo, su condición de intérprete vinculante y además la naturaleza normativa del objeto que concreta (a través de la interpretación vinculante precisamente), es la justificación para sostener que toda interpretación del TC vincula¹⁵, es decir, tiene naturaleza normativa y además de rango constitucional porque tal rango tiene el objeto concretado.

Esto no significa, no obstante, que toda norma constitucional adscripta ha de reconocérsele por ese solo hecho corrección material. Una efectivamente nacida norma que se ha adherido o pegado directamente a la norma constitucional directamente estatuida, es por ese hecho, una norma constitucional desde el punto de vista formal. Pero si ocurre que se sostiene en razones incorrectas, a tal norma no se le podrá reconocer constitucionalidad material. Es posible, pues, sostener la existencia de normas constitucionales adscriptas materialmente inconstitucionales¹⁶. De este modo el concepto de norma iusfundamental (o constitucional) adscripta que formula Alexy es el concepto para reconocer a una norma adscripta como materialmente constitucional.

Esto que se sostiene respecto del TC como creador de normas constitucionales adscriptas es posible de ser sostenido también del Parlamento cuando cumple igual función de creación de derecho constitucional adscripto: cuando a través de una ley desarrolla la Constitución de modo directo, las interpretaciones que formule como concreciones normativas de las normas constitucionales directamente estatuidas, llegan a conformar verdaderas normas constitucionales al menos desde un punto de vista formal¹⁷. Si además a tales normas les acompaña una justificación correcta, tal norma será reconocida también como constitucional desde el punto de vista material.

Todas las normas adscriptas mencionadas anteriormente, tanto la que formula el Parlamento como las que ha formulado el TC, son verdaderas normas constitucionales adscriptas desde un punto de vista formal. Si se reconoce corrección en sus razones, se las podrá reconocer también como normas adscriptas materialmente constitucionales. En este caso, se tratará de normas adscriptas formal y materialmente constitucionales. ¿Hay corrección en la justificación de todas estas normas constitucionales adscriptas?

¹⁵ Salvo, habrá que insistir, la manifiestamente inconstitucional o injusta.

¹⁶ Es una modalidad de normas constitucionales inconstitucionales. Cfr. BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 65 y ss.

¹⁷ Por esta razón pasa a formar parte del bloque de constitucionalidad, y así se mantendrá hasta que sea derogada por otra ley o sea invalidada por una sentencia del TC.



Aquí solo podrá ser dada una respuesta en términos generales para afirmar que en todas ellas es posible advertir una justificación correcta. Si el supremo controlador de la constitucionalidad, y por tal razón el supremo intérprete de la Constitución, ha encontrado que determinado contenido normativo es inconstitucional a través de un juicio abstracto en el seno de un proceso de inconstitucionalidad, entonces, tal norma queda extirpada del ordenamiento jurídico. Al quedar extirpada, el efecto derogatorio alcanzará irremediablemente también a todas aquellas normas vinculadas a la invalidada, ya sea a través de una relación de complementariedad, ya sea a través de una relación de causalidad, ya sea a través de una razón de identidad. Esta es una razón de tipo material.

Pero una razón de tipo material no es la única que puede ser dada a favor de la corrección de las normas constitucionales adscriptas presentadas líneas arriba. También puede ser mostrada una razón de tipo procedimental. El órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* tiene la fuerza para hacerlo. No está usurpando una energía controladora o correctora que no tenga atribuida de modo esencial. Y el procedimiento empleado –el proceso de inconstitucionalidad– es uno que permite la declaración con efectos *erga omnes* de una norma que contraviene a la Constitución. La corrección procedimental se mantiene siempre que el reglamento sea objeto complementario y por tal razón indirecto –nunca directo– de la demanda de inconstitucionalidad. En todos estos casos se trata de una demanda de inconstitucionalidad que se dirige contra una norma con rango de ley, que al ser invalidada por el órgano con energía para hacerlo y a través del procedimiento que lo permite hacer, tal efecto derogatorio alcanzará también con efecto *erga omnes* y derogatorios (que es lo propio que brinda la acción de inconstitucionalidad) a todas las normas que existían estrechamente relacionadas con la norma invalidada. Y para esta invalidez es irrelevante el rango jurídico-formal de las normas conectadas invalidadas.

V. CONCLUSIONES

La pregunta que cuestionaba si una norma infralegal podía ser declarada inconstitucional desde un punto de vista general y abstracto con efectos derogatorios a través de la acción de inconstitucionalidad, debe ser contestada de modo afirmativo; siempre que, como se explicó antes, la demanda de inconstitucionalidad se haya dirigido directamente contra una norma con rango de ley (pretensión principal) y de modo complementario contra una norma infralegal vinculada estrechamente a la norma legal cuestionada a través de una relación de conexidad, de consecuencia o de reiteración (pretensión accesoria).

El parlamento y el TC son intérpretes vinculantes de la Constitución. Ambos tienen la fuerza para crear normas constitucionales a la hora de interpretar y concretar de modo directo a una norma constitucional directamente estatuida. Tales normas así creadas son normas constitucionales adscriptas a la norma constitucional directamente estatuida. De forma tal que la interpretación del Parlamento incorporada en una Ley de desarrollo constitucional (como es el Código Procesal Constitucional), o la interpretación del TC incorporada en su sentencia, no son propuestas de interpretación que puedan seguirse o no; sino que son verdaderas normas de rango constitucional, que vinculan con la misma fuerza normativa

que vinculan las normas directamente estatuidas. Son, en este sentido derecho constitucional.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución- NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)
No olvide citar esta obra.