

Cuestiones de interés en referencia al “control constitucional” y al “control de convencionalidad” en los procesos constitucionales

Bruno Novoa Campos¹

SUMARIO

I. Cuestiones de interés del control de constitucionalidad en los procesos constitucionales; 1.1.-Delimitación del control constitucional desde el TC; 1.2. Preocupaciones de la aplicación del control de constitucionalidad; 1.3. El control de constitucionalidad en la práctica; II. Cuestiones de interés del control de convencionalidad en los procesos constitucionales; 2.1.-Concepto; 2.2.- Punto de quiebre: aplicación directa del control de convencionalidad por parte del TC; 2.3.- Mayoritaria aplicación indirecta del control de convencionalidad en las resoluciones elevadas a consulta de la Sala; III. Colofón, estudio pendiente: alcances del control de constitucionalidad y convencionalidad en la justicia intercultural.

RESUMEN

En el presente trabajo se desarrollan de manera clara, dos de los conceptos que vienen teniendo estrecha vinculación y repercusión en los procesos constitucionales. Pues ahora no sólo existe el deber de cuidar que los derechos con contenido constitucional estén amparados por los textos constitucionales y el marco interno de los estados, sino que ahora, el control también debe hacerse poniendo especial atención a las normas internacionales de derechos humanos y los precedentes de las cortes internacionales vinculantes para el país, cuando de resolver un asunto se trate.

PALABRAS CLAVE

Control constitucional, control de convencionalidad, justicia intercultural

Abstract

The present work is developed in a clear manner, two concepts that come with close linkages and impact in the constitutional process. Well now there is not only the duty of care that containing constitutional rights are protected by constitutional texts and the inner frame of the States, but they now control also should be paying special attention to international standards of human rights and the precedents of binding international courts for the country, to resolve an issue in the case.

Keywords

Constitutional Control, control of conventionality, intercultural justice

¹ Director Académico de la Academia de la Magistratura. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. Cuestiones de interés del control de constitucionalidad en los procesos constitucionales

1.1.- Delimitación del control constitucional desde el TC

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 11 de mayo del 2005, emitida en el proceso constitucional de amparo tramitado con expediente N° 1680-2005-PA/TC delimitó las principales características del control de constitucionalidad, asimismo, en la sentencia del 9 de mayo del 2011, emitida en el proceso constitucional de amparo tramitado con expediente N° 02132-2008-PA/TC, recordando una sentencia anterior (Cfr. Exp. N° 04677-2004-AA/TC, fundamento 3 y ss) delimita el tipo de leyes susceptibles al control.

a.- Precedente.

“(…) como sostuviera el Chief Justice Jhon Marshall al redactar la opinión de la Corte Suprema en el Leanding Case Marbury v. Madison, resuelto en 1803,

El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales. (...)

b.- Concepto.

“El control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución”

Competencia que por cierto, es una “(…) delicada competencia (...)”. Y que se aplica a las leyes autoaplicativas:

“(…) Debe verificarse si en el caso judicial se aplica o amenaza aplicar (Art. 3° CPCons) una norma legal autoaplicativa, es decir aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada”

c. Inconstitucionalidad como *última ratio* e inaplicación cuando corresponda

“(…) Dadas las consecuencias que su ejercicio pueda tener sobre la ley, que es expresión de la voluntad general representada en el Parlamento, el Tribunal ha recordado que la declaración de inconstitucionalidad debe considerarse como la última ratio a la que un Juez debe apelar (STC N.º 0141-2002-AA/TC, Fund. Jur. N.º. 4. c; STC N.º 0020-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 5), ya que Los jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional, conforme lo dispone la segunda Disposición General de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional.”
(Subrayado agregado)

d. La Constitución como límite en la actuación judicial

“(…) Por tanto, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado. (…)”
(Subrayado agregado)

e. Requisitos para aplicar control de constitucionalidad

e.1. Primer requisito: que se realice en el marco de la función jurisdiccional

“(…) control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se halla sometido al juez para su dirimencia (…)
no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional (…)”

e.2. Segundo requisito: la ley que se pretenda inaplicar debe tener incidencia directa en el caso a resolver

“(…) el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.”

e.3 Tercer requisito: acreditar posible agravio directo

“(…) directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.”

e.3.1. Solo para casos referidos al amparo contra resoluciones judiciales

Además del requisito anterior, en los pedidos de control de constitucionalidad deberá justificarse un pedido de forma y otro de fondo, el pedido de forma es: (i) el referido a solicitarlo oportunamente, mientras que el de fondo debe justificar: (i) la vulneración de un derecho protegido en la resolución. Así,

“(…) A su vez, para que un planteamiento de esta naturaleza pueda realizarse en el seno del proceso constitucional de amparo contra resoluciones judiciales, es preciso, por un lado, que su aplicación (real o futura) repercuta en el ámbito constitucional de algún derecho protegido por este proceso, y, por otro, que el afectado lo haya cuestionado oportunamente en el proceso ordinario, ya que de otro modo no sería posible atribuir al juez la lesión de alguno de los contenidos del derecho a la tutela procesal, en los términos del artículo 4.º del Código Procesal Constitucional.”

f. Límites en la aplicación del control de constitucionalidad

f.1. Primer límite: no aplica control de constitucionalidad en procesos de la libertad

“(…) puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (nemo iúdex sine actor).”

f.2. Segundo límite: prohibición de aplicar control de constitucionalidad a leyes cuya constitucionalidad hayan sido confirmadas por el TC

“(…) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad (…)”

g. Excepciones en el uso del control de constitucionalidad

g.1. Primera excepción: posible aplicación del control de constitucionalidad a pesar de la confirmación de constitucionalidad por parte del TC

Es posible aplicar el control de constitucional a pesar de la confirmación de constitucionalidad por parte del TC si es que “(...) posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.(...)”

g.2. Segunda excepción: aplicación del control de constitucionalidad a pesar de la confirmación del TC siempre y cuando se siga advirtiendo su inconstitucionalidad para el caso concreto.

“(...) el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.”

g.3. Tercera excepción: modificación posterior de la ley por el Parlamento

“(...) Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley”

2.1 Preocupaciones de la aplicación del control de constitucionalidad

Teniendo en consideración el marco establecido para el control constitucional desde el TC que permitiría su aplicación bajo ciertas características, es importante destacar las principales preocupaciones que se han mostrado al respecto.

a. Desde el derecho constitucional: diversas interpretaciones de una ley, que sobre un mismo caso concreto, podrían plantear diversos jueces.

Sobre la base de que el control constitucional es una justicia constitucional:

(i) **subsidiaria** (porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los Tribunales de Justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional); (ii) **residual**, (porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está “añadida” a su tarea principal,

donde el control constitucional indirecto y limitado al “caso concreto”, “interpartes”, nunca le puede relevar de su función de hacer “reparto” o “distribución de los bienes jurídicos tutelados” -cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos- materia de la controversia judicial); y, (iii) **subjetiva**, (porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de “contralor concreto de la Constitución” sólo parte -como fuente- de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario)²,

La principal preocupación constitucional es que pueden existir diversas interpretaciones de una ley, que sobre un mismo caso concreto, que bien podrían plantear diversos jueces.

Así, Mauro Cappelletti y John Clarke Adams afirmaron que:

“(…) un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser inaplicada por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones.”³

Esta preocupación podría agravarse mucho más si es que se tiene en consideración que el control de constitucionalidad es una “(…) demanda de los jueces de toda sede y grado, (los cuales buscan) procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado” (referencia: STC, acápite 1)

b. Desde el Poder Judicial: evitan aplicar el control constitucional

El actual Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima expone la preocupación de los jueces por aplicar el control constitucional:

“(…) Los jueces evitan el control, en razón de las implicancias de toda naturaleza que pueden derivarse de su decisión, por tanto, requiere ponderación, medida, extremo cuidado, información suficiente, tanto doctrinaria, constitucional, como legal y ejecutoria referida al caso, sin dejar de lado las consecuencias de su decisión (…)”⁴

De este modo, -aunque la siguiente cita va a verse disminuida como veremos en el acápite 1.3-“(…) es probable que en razón de las implicancias que pueda tener la

² QUIROGA LEON, Anibal. Control “difuso” y control “concentrado” en el Derecho Procesal Constitucional Peruano. Ver: BLOG: <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>

³ *Ibidem*

⁴ SEQUEIROS VARGAS, Iván. *El ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces peruanos*. Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5 /2009

aplicación del control constitucional Si preguntamos cuántas veces en el Perú, los jueces han inaplicado una norma legal por inconstitucional, la respuesta es obvia, pues en algo más de veintisiete años el Poder Judicial en poquísimas ocasiones declaró inaplicable una norma legal (...)”⁵

1.3. El control de constitucionalidad en la práctica

a. Resoluciones sobre control difuso de constitucionalidad elevadas a consulta a la Sala Constitucional y Social Permanente (en adelante, la Sala)

En mérito a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶ se han emitido en consulta a la Sala resoluciones que se emitieron en primera y segunda instancia sobre diversas materias jurídicas. La referida Sala agrupa las resoluciones por materias y, de la siguiente manera:

- Derecho a la Identidad
- Derecho a la Debida Motivación de las Resoluciones
- Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva
- Derecho al Debido Proceso
- Derecho a la Libertad de Trabajo
- Principio de Legalidad
- Principio de Interés Superior del Niño
- Derecho a la Igualdad ante la Ley
- Derecho a la Libertad Contractual
- Derecho a la Libertad de Comercio
- Derecho a la Negociación Colectiva
- Derecho a la Libertad Personal
- Derecho a la Pluralidad de Instancias
- Derecho a la Propiedad
- Derecho a la Remuneración
- Derecho a la Verdad
- Derecho al Plazo Razonable

⁵ Ibídem

⁶ “**Artículo 14.-** De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”

- Derecho a la Independencia de la Función Jurisdiccional
- Principio de Presunción de Inocencia
- Principio de Protección de la Familia
- Principio de Resocialización del Penado
- Régimen Penitenciario⁷

b. Desnaturalización teórica de la competencia: ¿aplicación *ultima ratio* de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad?

El TC ha señalado (ver acápite 1) que la aplicación de la inconstitucionalidad debe considerarse como una *última ratio* ya que la ley tiene una presunción de constitucionalidad al haber sido emitida por el Parlamento, que representa la voluntad general, por lo que corresponde a los jueces tan solo inaplicarlas cuando así corresponda, de acuerdo a las características señaladas.

Sin embargo, en la mayoría de resoluciones que emite la Sala en el marco de las consultas que le son elevadas⁸ se aprecia que la consideración expresada por el TC se ha desnaturalizado, ya que confunde, al menos teóricamente, la *última ratio* de la inconstitucionalidad por la *última ratio* de la inaplicabilidad. Así, de la revisión de los casos presentados en consulta ante la Sala se presenta la siguiente redacción como *obiter dictum*:

“Con relación al control constitucional, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el “iter legislativo”, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, *a priori* se presume que todas las leyes son constitucionales y que estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, solo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución” (Subrayado agregado).

⁷ Todas las resoluciones que son elevadas a la Sala en consulta, están disponibles en: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_consultas_sobre_control_difuso

⁸ Ibídem

c. Creciente número de aprobación de inaplicación, en casos concretos, de normas contrarias a la constitución por parte de la Sala

A pesar de observarse la desnaturalización teórica de la aplicación del control de constitucionalidad en el obiter dictum de las resoluciones que emite la Sala, ésta ha aprobado muchas de las resoluciones elevadas a su consulta y ha inaplicado diversas normas que colisionaban con el mandato constitucional, al menos, de las resoluciones elevadas a consulta a partir del 2010 que se han estudiado (ver pie de página 6)

d. Prevalencia de la interpretación teleológica

Teniendo en consideración que los criterios de interpretación desde la Constitución globalmente entendida son aproximaciones generales al manejo de las disposiciones constitucionales⁹, podemos manifestar, de acuerdo al estudio de las resoluciones elevadas a consulta de la Sala (ver pie de página 6), que, mayoritariamente, los argumentos jurídicos utilizados por la Sala, que evaluaron las disposiciones de las diversas normas en concordancia con la Norma Constitucional, se aproximan a la Constitución desde una interpretación teleológica.

Entendida la interpretación teleológica como aquella que busca las causas finales y/o los fines últimos, se puede apreciar como en el inicio de la redacción de la mayoría de las resoluciones, por no decir de todas, la Sala describe los hechos del caso elevado teniendo en consideración los fines u objetivos del derecho invocado.

II. Cuestiones de interés del control de convencionalidad en los procesos constitucionales

2.1. Concepto

La Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124; el Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párrafo 219; y, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217 párrafo 202, ha delimitado el concepto del control de convencionalidad.

Así, “En concreto, la CADH funciona como parámetro controlador –de uso directo o indirecto–, fija los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) con los estándares internacionales. Se trata de una obligación impuesta a los jueces nacionales en general a la que se le denomina obligación *ex officio*”

⁹ RUBIO CORREA, Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Tercera Edición aumentada. Fondo editorial PUCP, p. 65

2.2. Punto de quiebre: aplicación directa del control de convencionalidad por parte del TC

Si bien es cierto el TC ha citado en diversas oportunidades normas del canon interamericano para argumentar los fundamentos de sus resoluciones, muchas de las referidas citas han sido para dotar de contenido a los dispositivos constitucionales, por lo que podría decirse que las citas realizadas por el TC eran una suerte de aplicación indirecta del control de convencionalidad.

Sin embargo, considero que el punto de quiebre, aunque podrían citarse precedentes, en el cual el TC hace uso directo de la fuente interamericana para resolver un caso y sobre todo, para considerarlo como parámetro frente a una norma nacional, lo estableció en la sentencia del 21 de marzo del 2011, emitida en el proceso de inconstitucionalidad tramitado con expediente N° 0024-2010-PI/TC por el cual considera a normas supranacionales parámetro de control de las normas nacionales. Así, señaló que:

“(…) La declaración aludida contraviene el objeto y fin de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de guerra, toda vez que este instrumento establece, en su artículo I, que los crímenes señalados “son imprescriptibles (…)”, por lo que:

“(…) a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, todo poder público se encuentra impedido de aplicar el referido precepto jurídico.”

2.3. Mayoritaria aplicación indirecta del control de convencionalidad en las resoluciones elevadas a consulta de la Sala

Si bien no se realiza expresamente una referencia al control de convencionalidad en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –aunque no por ello se ven impedidos (como ejemplo emblemático sigue vigente la sentencia de la jueza Antonia Saquicuray)-, la Sala al evaluar las consultas de las resoluciones que inaplicaron una determinada norma por ser contrarias a la Constitución, cita en diversas oportunidades en su obiter dictum referencias a la Convención de los derechos del niño, especialmente en las resoluciones referidas a los casos del derecho a la identidad (ver pie de página 6)

Así, si bien es cierto se termina inaplicando el dispositivo legal, en mérito a que no supera el versus realizado con la disposición constitucional (control de constitucionalidad), los argumentos que llenan de contenido a las disposiciones constitucionales que sirven como parámetro de control, y que la fortalecen, se centran en dispositivos del canon interamericano (CADH u otro dispositivo interamericano), es decir, se presenta el denominado control de convencionalidad indirecto.

III. Colofón: estudio pendiente, alcances del control de constitucionalidad y convencionalidad en la justicia intercultural.

El desarrollo del punto I y II corresponde a la aplicación del control de constitucionalidad y convencionalidad en un espacio a-intercultural, es decir, en un ordenamiento jurídico que no cuenta con caracteres de multiculturalidad y poliétnica. Sin embargo, considero que todos los aportes de los estudios jurídico-constitucionales peruanos del siglo XXI deben observar de manera transversal la multiculturalidad y la poliétnica al ser propios de nuestra realidad; al menos, si pretenden tener valor *erga omnes*.

En tal sentido, y sobre la base de los estudios que se vienen realizando¹⁰ y de las investigaciones de campo sobre la materia¹¹ -aunque es necesario un mayor volumen de producción al respecto-, existen experiencias demostrables, distintas a la jurisdicción constitucional y ordinaria, en donde se aplican ambos controles, directa e indirectamente; sin embargo, al menos en el Perú, este es un estudio en formación.

¹⁰ Tuve la oportunidad de participar en la elaboración del *Compendio normativo y jurisprudencial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas* que recientemente ha sido colgado en la biblioteca virtual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como uno de los volúmenes pioneros de la materia en la Región. Ver: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/index.html>

¹¹ Tuve la oportunidad de elaborar el Cuaderno de Investigación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Antonio Guillermo Urrel de Cajamarca referida a la justicia ronderil de Chota; Antonio Peña Juma ha realizado estudios de campo de la experiencia puneña.

