



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo
CURSO “INTERPRETACION CONSTITUCIONAL”

Elaborado por el
Dr. GERARDO ETO CRUZ

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano – Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas – Consejero

Dr. Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos – Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña - Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso “INTERPRETACION CONSTITUCIONAL”, ha sido elaborado por el Dr. Gerardo Eto Cruz para la Academia de la Magistratura, en agosto de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “INTERPRETACION CONSTITUCIONAL”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Actualización	y
		Perfeccionamiento.	
Horas Lectivas	:	74	
Número de Créditos Académicos	:	03	
Especialista que elaboró el material	:	Dr. Gerardo Eto Cruz.	

II. PRESENTACIÓN

El presente módulo o curso está dirigido, en el marco de lo que dispone la cláusula 151 de la Constitución para el Programa de Actualización y Perfeccionamiento (PAP) en la que se brinda capacitación en forma permanente a los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Y, en parte para el Programa de Capacitación Académica para el ascenso (PCA) dirigido igualmente a los Magistrados que deseen ascender en la carrera judicial y fiscal. De allí la necesidad del presente Módulo, en donde se fortalece a la judicatura a partir de los contenidos que significará un blindaje argumentativo en los jueces y fiscales del país.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

- Identifica y comprende la importancia de los procesos interpretativos en la aplicación de la Constitución en general, y la problemática en la interpretación de los derechos fundamentales en particular (límites y conflictos).

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: TEORIA DE LA CONSTITUCION

- 1.1. MARCO INTRODUCTORIO
- 1.2. FINES DEL PRESENTE CONTENIDO

- 1.3. LA CONCEPCIÓN DE CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UN BROCHAZO PANORÁMICO.
- 1.4. NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN.
- 1.5. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE FUENTES
- 1.6. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO
- 1.7. LA CONSTITUCIÓN COMO UNIDAD. INTERPRETACIÓN INSTITUCIONAL Y SOCIAL
- 1.8. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA FUNDAMENTADORA DEL SISTEMA JURÍDICO Y DEL SISTEMA POLÍTICO.
- 1.9. LA CONSTITUCIÓN COMO EMOTIO.
- 1.10. LA CONSTITUCIÓN COMO IDEAL REGULATIVO
- 1.11. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA.
- 1.12. LA FUERZA NORMATIVA Y EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN.
- 1.13. LA CONSTITUCIÓN COMO PORTADORA DE VALORES SUPERIORES
- 1.14. LA CONSTITUCIÓN Y LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDEN JURÍDICO.
- 1.15. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.
- 1.16. PRINCIPIO DE FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.
- 1.17. PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.
- 1.18. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.
- 1.19. EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA JURÍDICA Y VALORATIVA DE LA CONSTITUCIÓN
- 1.20. LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.
- 1.21. EL CARÁCTER DÚCTIL DE LA CONSTITUCIÓN
- 1.22. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE NATURALEZA PROCESAL CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN
- 1.23. LA CONSTITUCIÓN NO ESTÁ SUJETA A UN CRITERIO DE VALIDEZ FORMAL
- 1.24. EL MODO DE PRODUCCIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN OBEDECE A LAS PAUTAS DEL PODER CONSTITUYENTE
- 1.25. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA CONSTITUCIÓN

UNIDAD II: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- 2.1. FINES DEL PRESENTE CONTENIDO
- 2.2. DEFINICIÓN DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- 2.3. DEFINICIÓN DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
- 2.4. DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y MUTACIÓN CONSTITUCIONAL.
- 2.5. LA PLURALIDAD DE INTÉRPRETES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.
- 2.6. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.
- 2.7. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY.
- 2.8. AUTOEVALUACIÓN
- 2.9. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
- 2.10. AUTOEVALUACIÓN
- 2.11. LECTURA: "LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA", DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
- 2.12. CRITERIOS O ESTÁNDARES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
- 2.13. LECTURA: "LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL", DE MANUEL ATIENZA
- 2.14. LECTURA: "LA SOCIEDAD ABIERTA Y LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES", DE PETER HÄBERLE
- 2.15. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso "Interpretación Constitucional" es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "La interpretación constitucional como problema", en Pensamiento Constitucional, Vol. I, Núm. 1, 1994, pp. 13-36.
2. ATIENZA, Manuel: "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en Isonomía, N.º 6, abril de 1997, pp. 9-30.
3. HÄBERLE, Peter: "La sociedad abierta y los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución" en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 6, Núm. 11, 2008, pp. 29-61.
4. ETO CRUZ, Gerardo: "Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional peruano", Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
5. ETO CRUZ, Gerardo: "Constitución y procesos constitucionales", 2 tomos, Adrus, Lima, 2013.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Interpretación Constitucional” en el marco de actividades de las Sedes Desconcentradas. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: Teoría de la Constitución y Interpretación Constitucional.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir, identificar y aplicar la normatividad y las estrategias de atención y prevención de la violencia de género acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la postmodernidad, se observa un fenómeno que no puede ser desconocido por los responsables del sistema de justicia en el Perú: nos referimos al fenómeno de la *constitucionalización del fenómeno jurídico*, que ha sido acuñado desde hace algunas décadas por los teóricos del *neoconstitucionalismo* y que supone que el ordenamiento jurídico se encuentra impregnado por el influjo y la irradiación de las normas constitucionales. No puede, desde luego, existir ningún archipiélago de dicho orden exento de tal influencia. Desde luego, para que existan tales condiciones de “*constitucionalización del ordenamiento jurídico*”, se requiere la existencia de una Constitución de carácter normativa; y, por otro lado, la presencia de una jurisdicción constitucional, entendida como la presencia de diversos procedimientos jurisdiccionales que va a tener como fin directo garantizar la observancia de la Constitución. En este marco de la realidad actual, los jueces aun cuando imparten justicia en sus jurisdicciones en el ámbito civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, concursal, etc.; deben tener unas bases teóricas que le permitan blindar una argumentación jurídica desde sus sentencias, con un claro respaldo desde lo que la Constitución dice, bien sea a través de sus propias normas, o bien de la interpretación que de ella se emane vía la jurisdicción constitucional. Igual exigencia se extiende a los fiscales como parte del sistema de justicia en el país. Ambos operadores: jueces y fiscales, se encuentran vinculados para ejercer sus atribuciones y competencias, con claro respeto a la Constitución.

“Interpretar” en los predios de la teoría de la interpretación constitucional, significa asignarle un sentido a la norma; sin embargo, la interpretación que hoy se da en los Estados constitucionales contemporáneos, ya no es con los viejos estándares desde las concepciones de Savigny y de la Escuela Exegética que primó por más de un siglo en el pensamiento jurídico romano-germánico. Hoy, la interpretación constitucional difiere radicalmente de la interpretación jurídica en general, dado que los jueces van a desarrollar su excursión hermenéutico e interpretativo a partir de complejas normas identificadas como *normas principios*, ciertamente distintas de las llamadas *normas reglas*.

El presente módulo o curso está dirigido, en el marco de lo que dispone la cláusula 151 de la Constitución para el Programa de Actualización y Perfeccionamiento (PAP) en la que se brinda capacitación en forma

permanente a los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Y, en parte para el Programa de Capacitación Académica para el ascenso (PCA) dirigido igualmente a los Magistrados que deseen ascender en la carrera judicial y fiscal. De allí la necesidad del presente Módulo, en donde se fortalece a la judicatura a partir de los contenidos que significará un blindaje argumentativo en los jueces y fiscales del país.

INDICE

UNIDAD I: TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN	12
1.1. MARCO INTRODUCTORIO	13
1.2. FINES DEL PRESENTE CONTENIDO	13
1.3. LA CONCEPCIÓN DE CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UN BROCHAZO PANORÁMICO.	14
1.4. NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN.	25
1.5. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE FUENTES	28
1.6. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO	29
1.7. LA CONSTITUCIÓN COMO UNIDAD. INTERPRETACIÓN INSTITUCIONAL Y SOCIAL	31
1.8. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA FUNDAMENTADORA DEL SISTEMA JURÍDICO Y DEL SISTEMA POLÍTICO.	33
1.9. LA CONSTITUCIÓN COMO <i>EMOTIO</i> .	33
1.10. LA CONSTITUCIÓN COMO IDEAL REGULATIVO	34
1.11. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA.	34
1.12. LA FUERZA NORMATIVA Y EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN.	37
1.13. LA CONSTITUCIÓN COMO PORTADORA DE VALORES SUPERIORES	41
1.14. LA CONSTITUCIÓN Y LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDEN JURÍDICO.	41
1.15. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN.	48
1.16. PRINCIPIO DE FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.	49
1.17. PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.	50
1.18. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.	50
1.19. EL PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA JURÍDICA Y VALORATIVA DE LA CONSTITUCIÓN	51
1.20. LAS CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.	52
1.21. EL CARÁCTER DÚCTIL DE LA CONSTITUCIÓN	52
1.22. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE NATURALEZA PROCESAL CONTENIDO EN LA CONSTITUCIÓN	53
1.23. LA CONSTITUCIÓN NO ESTÁ SUJETA A UN CRITERIO DE VALIDEZ FORMAL	54
1.24. EL MODO DE PRODUCCIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN OBEDECE A LAS PAUTAS DEL PODER CONSTITUYENTE	55
1.25. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA CONSTITUCIÓN	57

UNIDAD II INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	59
2.1. MARCO INTRODUCTORIO	60
2.2. FINES DEL PRESENTE CONTENIDO	60
2.3. DEFINICIÓN DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	61
2.4. DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y MUTACIÓN CONSTITUCIONAL.	61
2.5. LA PLURALIDAD DE INTÉRPRETES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.	61
2.6. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.	62
2.7. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY.	63
2.8. AUTOEVALUACIÓN	70
2.9. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	73
2.10. AUTOEVALUACIÓN	76
2.11. LECTURA: "LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA", DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	77
2.12. CRITERIOS O ESTÁNDARES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	81
2.13. LECTURA: "LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL", DE MANUEL ATIENZA	87
2.14. LECTURA: "LA SOCIEDAD ABIERTA Y LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES", DE PETER HÄBERLE	87
2.15. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	88

UNIDAD I

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1.1. Marco introductorio

En la evolución del pensamiento de las ideas políticas, ha existido en el campo del Derecho Constitucional un concepto en torno a dicha norma que ha venido rigiendo por más de dos siglos: el *concepto político* de Constitución, que llegó a primar hasta la Segunda Guerra Mundial; luego habría de inaugurarse, posterior a la Gran Guerra, el *concepto normativo* de Constitución.

Hoy, en el pensamiento continental europeo y en todo occidente democrático, impera la tesis de la Constitución como concepto normativo. Ello significa que en el sistema de fuentes, todos los jueces y fiscales están obligados a impartir justicia desde sus competencias y jurisdicciones, con claro apego y lealtad a la Constitución.

El presente módulo se inicia con un tópico que resulta vital para quienes habrán de interpretar la Constitución: la concepción de Constitución que el Tribunal Constitucional ha venido realizando a lo largo de su existencia, y que permitirá a los jueces y fiscales tener un marco de referencia de cómo es que el Tribunal ha entendido y ha interpretado a la Constitución desde la perspectiva de su concepción normativa.

1.2. Fines del presente contenido

- a) El Magistrado podrá apreciar que, consustancial a su naturaleza política, la Constitución es norma jurídica que vincula a gobernantes y gobernados.
- b) El Juez podrá tener una concepción de Constitución a partir de la interpretación que el Tribunal Constitucional tiene de ella; lo propio, el Juez podrá apreciar el amplio elenco temático desde la perspectiva normativa de la Constitución que el Tribunal Constitucional ha desarrollado.
- c) El Juez podrá explícitamente reforzar y blindar su argumentación desde una perspectiva constitucional, a través de diversos principios, conceptos, categorías de la Constitución, y para ello contará con una heterodoxa fuente de fallos que han sido seleccionados para una visión integral en los operadores del sistema jurídico.

1.3. La concepción de Constitución y su interpretación por el Tribunal Constitucional. Un brochazo panorámico.

1.3.1. Teoría de la Constitución

Hace más de dos siglos, Pellegrino Rossi¹, decide impartir una asignatura por aquel entonces extraña, dada la novedad y la nula tradición en las universidades. Hoy esta disciplina es llamada a secas “Derecho Constitucional” –recuérdese que se le atribuye ser el primer catedrático que habría de impartir esta disciplina–, a la fecha, han transcurrido en la evolución del pensamiento jurídico-político mucha agua bajo el puente. Las diversas materias que encajan epistémicamente como manifestación del “*fenómeno constitucional*” es hoy desarrollado por lo que más vigorosamente es toda una Teoría de la Constitución. Su asignatura se ve expresada en tres dimensiones: Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional Comparado y Derecho Constitucional Nacional.

Sin pretender aquí hacer una genealogía de la Teoría de la Constitución, bien cabe destacar que su aparición es relativamente no tan antigua en cotejo con la materia o el *fenómeno constitucional* que, *strictu sensu*, aparece en la primera Constitución en el mundo: la norteamericana de 1787. En efecto, la Teoría de la Constitución con diseño y perfiles propios como ocurrió en parangón con la *Teoría General del Estado*, aparece en Alemania a partir de 1928, fecha en la que se revelan dos grandes publicaciones: la *Teoría de la Constitución*, de Carl Schmitt, y *Constitución y Derecho Constitucional*, de Rudolf Smend. Surge por tanto en el período de entreguerras en un momento de crisis política. No obstante que la Teoría de la Constitución ha venido abriéndose paso frente a las concepciones ideológica (como del propio Carl Schmitt frente a la demoleadora crítica del Estado liberal de Derecho), lo propio la Teoría de la Constitución a la fecha cerró epistémicamente su deslinde con la Teoría del Estado, la Ciencia Política, la Sociología Política, y la Filosofía Política.

Hoy, cabe destacar que una Teoría de la Constitución debe ser concebida, como anota el profesor Pablo Lucas Verdú, como una “dogmática del Derecho Constitucional”, y ello por varias razones:

¹ Rossi (Carrara, Toscana, 13 de Julio de 1787 – Roma, 15 de noviembre de 1848), fue un economista y a la vez abogado, si bien tuvo una vertiginosa carrera política y docente. Aunque no publicó una obra en Derecho Constitucional, publicó dos obras totalmente disímiles: su *Traite de droit penal* (1829) en París; y luego su *Curso de Economía Política* (1840). Se nacionalizó francés en 1834 y en ese mismo año fue nombrado profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de la Universidad de París.

“- Porque la comprensión del Derecho constitucional, sector normativo e institucional de nuestro Derecho político, requiere el conocimiento de una serie de conceptos, categorías y postulados previos. Entonces la dogmática constitucional viene a identificarse con la Teoría de la Constitución en cuanto conjunto de conceptos, categorías, postulados que son imprescindibles para dominar el Derecho constitucional. La dogmática constitucional opera no sólo en el ámbito de un ordenamiento concreto; también actúa en el campo del Derecho constitucional comparado.

- Porque la dogmática constitucional establece principios, conceptos, etc., que condicionan todo el ámbito jurídico, particularmente del Derecho público, dado el carácter fundamental del Derecho constitucional.

- Porque la dogmática constitucional en la medida que configura la arquitectura, las líneas maestras del Derecho constitucional presta a éste la altura y empaque jurídicos (normativo-institucional) que corrobora su carácter básico y su dignidad académica”².

En los predios de la Teoría Constitucional abarca una serie de líneas temáticas, unas como la historia de la Constitución, expresado en el movimiento constitucional; esto es, aquel movimiento filosófico-político, que tuvo como norte señero racionalizar el ejercicio legítimo del poder. En esta Teoría, igualmente se estudia las complejas tipologías de las Constituciones. Recordemos, por ejemplo, la esgrimida por el Presidente del Tribunal Constitucional español, Don Manuel García Pelayo (1909-1991), que en su clásico libro *Derecho Constitucional Comparado* (Alianza Editorial, Madrid, 2000, con introducción de Manuel Aragón) reivindica la fecunda división triárquica de la Constitución racional-normativa, la histórica y el concepto sociológico de Constitución. Y ni hablar de otros conceptos como de Lord Bryce en *Constituciones rígidas, pétreas o flexibles*³; o la concepción que hoy prima de la Constitución normativa, en oposición al clásico “concepto político” de Constitución.

En la Teoría Constitucional se aborda igualmente toda una compleja teoría del poder constituyente; y sigue *in crescendo* el horizonte de estudios con los regímenes políticos o los tipos de gobierno, los controles

² LUCAS VERDÚ, Pablo: “Lugar de la Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político”, en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 188, 1973, pp. 12-13.

³ BRYCE, James: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, prólogo de Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

del poder, la reforma constitucional, la garantía de los derechos fundamentales.

En buena cuenta, el complejo estudio de la *parte dogmática* de la Constitución, relacionada a los derechos básicos de las personas hoy preconizados con esa idea-fuerza de Derechos Humanos o libertades o derechos fundamentales, más sus correspondientes procesos o garantías constitucionales, entran en los predios de la *dogmática constitucional*.

Es más, esta parte de la Constitución que tutela los derechos y libertades de las personas, se han desgajado en otra disciplina que hoy tiene un fecundo desarrollo: la Teoría General de los Derechos Fundamentales o Derechos Humanos.

Lo propio la llamada *parte orgánica* acoge el control constitucional y la estructura de cómo se diseña –en palabras de Karl Loewenstein– los controles horizontales y verticales del poder.

Todos estos tópicos que son materia pacífica de estudio en la doctrina de la Teoría Constitucional, muchos de ellos se van a ver reflejados en la dinámica jurisdiccional como un diálogo que las diversas Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales apelan a partir de estas fuentes teóricas, con miras a establecer un excursus argumentativo-explicativo de su decisión en los procesos constitucionales que tienen que resolver.

Por cierto, estos conceptos, categorías y temas que están en el área pacífica de la teoría constitucional, van a ser desarrollados no precisamente con miras a establecer una *vitrina constitucional* que “adorne” los fallos y sentencias constitucionales. Ni tampoco se trata que estos órganos jurisdiccionales (magistratura constitucional) incurran en falacia de autoridad citando a autoridades académicas de prestigio. En realidad, es usual que los fallos muchas veces “descansen” o tengan un soporte en la reflexión académica; después de todo, una fuente clásica en el mundo del derecho es justamente la doctrina; y ésta a su vez, se retroalimenta de la jurisprudencia, generándose así una mutua retroalimentación en el diálogo jurisdiccional entre Corte, Salas o Tribunales Constitucionales (diálogo horizontal)⁴; o de lo que después la

⁴ Como ejemplo, puede verse a AYALA CORAO, Carlos: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Porrúa, México D.F., 2013; y BURGORGUE-LARSEN, Laurence: *El diálogo judicial. México después de los tiempos jurídicos modernos*, Porrúa, México D.F., 2103.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Europea de Derechos Humanos (control de convencionalidad)⁵.

La incorporación de estos conceptos van más allá de un simple *obiter dicta* pedagógico; estimamos, más bien, que los fallos de los altos Colegiados Constitucionales, sin incurrir en estas falacias de autoridad en sus conceptualizaciones o citas, lo que hacen es precisamente dar cobertura a la ciencia del Derecho Constitucional que les va a permitir resolver diversas cuestiones controvertidas a lo largo de los procesos constitucionales.

En este sentido, pese a los ya cerca de 90,000 fallos que viene emitiendo el TC, se han seleccionado, tanto fuentes que vienen de *socavón* (sentencias antiguas) como de *tajo abierto*, sentencias de pocos años. Todos, sin excepción, constituyen un rico bagaje que el acucioso lector tendrá a la mano debidamente procesado.

Sólo hemos seleccionado en este rubro, la noción misma de Constitución, y que el TC ha desarrollado sugerencias, concepciones, conceptualizaciones y apreciaciones axiológicas; luego, la problemática del Poder Constituyente, el control constitucional, y el concepto en torno al Estado Social y Democrático de Derecho. A su turno, en cada uno de estos rubros, existen diversos tópicos mucho más específicos abordados por el Tribunal Constitucional. Con todo, se deja en claro que, a lo largo de la evolución del TC, esperamos se siga incrementando diversas materias conceptuales de la Teoría Constitucional, pues tampoco lo ya procesado y desarrollado no agota el ancho territorio cognitivo de esta Teoría que en los últimos años se retroalimenta con nuevas concepciones modernas dentro del sincretismo de conciliar viejos dogmas en odres nuevos.

1.3.2. Constitución

Tras el concepto de “Constitución” se cobija una gama de aproximaciones y un complejo abordaje de distintas perspectivas. Así, se puede sintetizar los modernos enfoques: a) del Derecho Internacional Público; b) Derecho Internacional de los Derechos Humanos; c) Filosofía del Derecho; d) Ciencia Política, y dentro de ella, historia de las ideas políticas; e)

⁵ Vid., la bibliografía que, sobre el control de convencionalidad, en nuestro trabajo: “La inconvencionalidad por omisión. Una aproximación conceptual”, en *Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2014, pp. 129-151.

Sociología; f) Constitución y cultura; g) Historia; h) Constitución formal y material, entre otros⁶.

En lo que sigue, el TC ha venido, sin proponérselo, desarrollando una serie de nociones, ideas, o conceptos en torno a la Constitución a partir de una riqueza de su contenido y de sus inusitados desarrollos de cómo entender esta norma que, desde su pionera promulgación en el mundo (USA, 1787)⁷ a la fecha, viene rigiendo los destinos del mundo occidental y democrático.

Interesa en esta breve nota introductoria, destacar que el TC hace uso y pone especial énfasis en la “*fuera normativa de la Constitución*”. Valga aquí, unas breves pinceladas para que el acucioso lector pueda ubicar los marcos y escenarios de esta concepción de Constitución.

Lo primero que debemos señalar es que, a lo largo de la evolución histórica del concepto de Constitución, ha venido en su ruta inicial y genética, presentándose una sola noción de Constitución: su “*concepto político*”. Este concepto supuso la idea de que la Constitución sólo pretendía regular jurídicamente “los fenómenos políticos”; o, desde la perspectiva de la corriente francesa: la Constitución era un documento político que pretendía regular el ejercicio legítimo del poder político.

Marcel Prelot fue quien planteó, en su momento, que la Constitución era acaso sólo la “*técnica del poder*”; esto es, regular cómo se originaba, se desarrollaba y terminaba un régimen político. Tras la Segunda Guerra Mundial, y con el desplome de las fuerzas totalitarias del nazismo y su ideología de intolerancia, en la Alemania occidental se gesta, a partir de la Ley Fundamental de Bonn, una nueva concepción en torno a la Constitución que habría de ser desarrollada primigeniamente por el Tribunal Constitucional de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*).

Pero, quien lo plantea en sus términos de lo que es hoy, b) el *concepto normativo de Constitución*, fue Konrad Hesse, cuando inaugura la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Friburgo, donde dicta una lección titulada “La fuerza normativa de la Constitución”⁸. Como se recordará, Hesse fue discípulo de uno de los “cuatro gigantes de Weimar”,

⁶ MANILI, Pablo Luis: *Teoría constitucional*, prólogo de Daniel A. Sabsay, Hammurabi, 2014, p. 17.

⁷ MANILI, Pablo Luis: *Teoría constitucional*, prólogo de Daniel A. Sabsay, Hammurabi, 2014, p. 17.

⁸ Tomamos aquí, en referencia, la obra de HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpirarte Sánchez, introducción de Pedro Cruz Villalón y epílogo de Miguel Azpirarte, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 77-94.

nos referimos a Rudolf Smend. Los otros “gigantes” del Derecho Público Europeo son Hans Kelsen, Carl Schmitt y Herman Heller; y Hesse, fue a su vez maestro del hoy más reconocido constitucionalista de los últimos tiempos, Peter Häberle.

A su turno, Mirkin Guetzevich, en su clásica obra “Modernas Tendencias del Derecho Constitucional”, se ubicaría en la otra orilla, antípoda a la de Marcel Prelot. En efecto, Guetzevich delinearía que el derecho constitucional era la norma que pretende regular y garantizar las libertades básicas de la persona y ese era y debe ser su signo y su norte. Por mucho tiempo los fines del derecho constitucional quedaron bajo el acierto de estar entre Escila (la libertad) y Caribdis (la autoridad). Hoy, ambas posturas, a la postre, se encuentran inmersas en el territorio del derecho constitucional: la parte dogmática (la tutela de la libertad) y la parte orgánica (la limitación del poder o de la autoridad, bajo el entronque del Estado (Hauriou).

De allí que, en el marco de estos gigantes de Weimar, se inicia una segunda generación de pensadores del derecho político-constitucional donde se plantearía la doctrina del concepto normativo de la Constitución, en oposición al viejo *concepto político* de la Lex Legum, que habría sido desarrollado por el pensamiento previo a la Segunda Guerra Mundial.

1.3.2.1. El desarrollo de la fuerza normativa de la Constitución: Konrad Hesse

Como ya se ha indicado, el replanteamiento en su versión normativa de la Constitución lo impulsaría Hesse, quien identificaba tres problemas: a) la crisis de la Constitución como crisis del Estado constitucional; b) la crisis de la Constitución como incapacidad del derecho para ordenar el proceso político; y, c) la crisis de la Constitución en referencia a sus normas abiertas, sus normas programáticas y los problemas de la interpretación constitucional.

El planteo innovador de Hesse rompería con el viejo concepto político de Constitución y enfrentaría, como no podía ser de otro modo, una acérrima crítica al concepto sociológico de Constitución de Ferdinand Lassalle⁹,

⁹ Anota Hesse de Lasalle lo siguiente: “Lo que usualmente se denomina Constitución, la constitución jurídica, sólo es, en palabras de Lasalle, un trozo de papel. Su capacidad reguladora y motivadora no alcanza más que a donde coincide de la constitución real. Donde esto no ocurre se produce un conflicto

quien desde una perspectiva neo-marxista había enfatizado que la Constitución acaso era una simple hoja de papel y que la verdadera Constitución habría de ser encontrada no en su expresión jurídica, sino en las relaciones de poder entre los detentadores y destinatarios del poder¹⁰.

En esa misma línea Hesse abre otro frente de enfrentamiento y discrepa con Jellinek, dado que el padre de la Teoría del Estado –Jellinek– sostendría que las normas jurídicas son incapaces de dominar efectivamente la distribución del poder político. Hesse, a su turno, esgrime que, entre la norma y la realidad existe una tensión necesaria, imposible de eliminar, y que por ende la Constitución *jurídica* sucumbiría diariamente ante la Constitución *real*, por lo cual la idea del carácter por sí solo determinante de la Constitución real no conduce sino a una negación de la Constitución *jurídica*¹¹. Un planteamiento distinto a lo que desarrolla Hesse, como los liderados por Lasalle y Jellinek, convertirían al derecho constitucional en una ciencia carente de derecho, puesto que se limitaría sólo a comentar los hechos de una realidad política. En ese afán, se ubicaba el planteo hesseano de superar esta visión a partir de tres conceptos.

- a) *La relación de dependencia que existe entre la Constitución jurídica y la realidad política.*- Aquí la tesis es que toda norma constitucional intenta ordenar una realidad política y social; pero, a su turno, se ve condicionada por ésta, en una tensión permanente y de retroalimentación de ambos ámbitos.
- b) *Los límites de la actuación de la Constitución jurídica.*- Una Constitución alcanza fuerza normativa en tanto su pretensión normativa consigue imponerse fácticamente ante una realidad a la cual ella encauza.
- c) *Las condiciones para que la Constitución jurídica actúe.*- Aquí Hesse enfila un conjunto de ideas que, *grosso modo* son:
 - Cuando mejor consigue una Constitución, en base a su contenido, corresponder al que manifiesta la disposición individual del

inevitable en el que, a la larga, la constitución escrita, la simple hoja de papel, sucumbe ante las efectiva relaciones de poder existentes en el país" [HESSE, Konrad: op. cit., p. 77].

¹⁰ LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?*, traducción de Wenceslao Roces, Ariel, Barcelona, 2012.

¹¹ HESSE, Konrad: op. cit., p. 82.

presente, con mayor seguridad podrá desarrollar ella su fuerza normativa.

A este planteo, Hesse explica que para que una Constitución tenga esa fuerza normativa, no sólo debe incorporar las circunstancias sociales, políticas o económicas, sino también los factores espirituales de la época.

- La Constitución, en lo posible, debe limitarse a regular pocos principios, dado que la realidad social y política se impone y modifica dichos principios y ello deprecia su fuerza normativa.
- Para que una Constitución mantenga su fuerza normativa a través de sus principios fundamentales, debe admitir algún elemento de estructura contraria: así, v.gr., para que exista derechos fundamentales, deben haber deberes; para que se manifieste la división de poderes, debe existir la posibilidad de reunión y encuentro entre los poderes; para que exista federalismo, debe haber una cantidad de unitarismo¹².
- Constituye un peligro para la fuerza normativa de la Constitución la tendencia a reformar frecuentemente su texto; de allí que la condición básica de la Constitución es modificarla en la menor medida posible.
- Una interpretación *dinámica*, acorde a los tiempos en que se vive, permite mantener vigente el texto constitucional.

1.3.2.2. El planteamiento ibérico de la fuerza normativa de la Constitución en Eduardo García de Enterría

El influjo de Konrad Hesse habría luego de calar en el profesor Eduardo García de Enterría quien partirá de su obra “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”¹³, hacer eco de la esencia normativa que entraña un texto constitucional.

García de Enterría ubica el contexto donde se empieza a desarrollar la Constitución como norma: Francia a partir de su reforma de 1974 donde precisa que la Constitución “recupera su efectivo carácter de norma jurídica”. Así, citando a Louis Favoreau señala éste que, con la presencia del Consejo Constitucional, su obra jurisprudencial ha empezado a reunificarse; y ello ha supuesto que el derecho constitucional se “rejuridice”: “ya no estamos más ante un catálogo de recetas políticas de

¹² HESSE, Konrad: op. cit., pp. 83-87.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1a edición, 1985, Civitas, Madrid.

carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el Derecho. Estamos ante el ‘derecho de la Constitución’¹⁴.

La esencia de este libro se aprecia en el excurso de sus primeras 114 páginas cuyo esquema rotulado como “La Constitución como norma jurídica” comprende una introducción, luego sigue el primer capítulo: I) la juridificación de la Constitución; II) los fundamentos del valor normativo de la Constitución; III) el valor normativo de la Constitución española; IV) el principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento.

Esta obra rompe con toda una vieja tradición del derecho político ibérico producto del franquismo cuyo influjo había sido ensombrecido por la ciencia política. De allí que con esta pionera obra se aprecia este excurso que hoy nadie discute: “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico”¹⁵.

Luego enfilea un desarrollo sobre el valor normativo de la Constitución, y García de Enterría sostendrá: “La Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas”¹⁶.

1.3.2.3. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa: los aportes de Germán Bidart Campos

No obstante gestarse la idea de la fuerza normativa en 1959 con la lección que inauguraría el profesor alemán Konrad Hesse, el que seguiría años después Eduardo García de Enterría, Germán Bidart Campos a comienzos del año 1994 se incorpora como investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Universidad de Buenos Aires, allí propuso como eje el trabajo “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”¹⁷. Bidart arribaba a la conclusión de que la Constitución escrita de un Estado democrático es un sistema normativo que tiene fuerza obligatoria y vinculante; es decir, que reviste naturaleza de norma jurídica y no un mero carácter declarativo u orientativo. Por eso lo de “Derecho de la Constitución”.

¹⁴ Op. cit. (utilizamos la reimpression de la Tercera Edición de 1990, p. 31).

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: op. cit., p. 49.

¹⁶ Ibidem, pp. 49-50.

¹⁷ BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 1ª reimpression, Buenos Aires, 2004, p. 20.

a) Por qué “derecho” de la Constitución

Bidart se formula esta interrogante, y reconociendo los planteamientos de diversos autores¹⁸, plantea la proposición de que la Constitución de un *Estado democrático* inviste esa naturaleza: tiene *fuerza normativa* en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes.

A partir de allí en esta interrogante, el profesor Bidart Campos desarrolla la problemática de las cláusulas programáticas de una Constitución y enfila su cumplimiento, así no se haya desarrollado por una ley implementadora, y plantea desde esta perspectiva el control de las omisiones que, por afectar el carácter normativo de la Constitución, resultan por tanto inconstitucionales.

b) Un análisis iusfilosófico de la fuerza normativa

Germán Bidart se plantea esta dramática interrogante que, a la fecha, mantiene en zozobra la operabilidad de las normas constitucionales: ¿qué pasa cuando por una u otra razón hay normas constitucionales cuya fuerza normativa se bloquea en determinados casos?

Y nuestro autor sigue interrogándose: “¿Ocurre tal cosa porque tal o cual norma de la Constitución carece realmente de fuerza normativa o más bien la falta de fuerza normativa proviene de la inexistencia de medios, de vías y de controles que le den operabilidad?”¹⁹.

Bidart sostiene que ello ocurre por esto último.

c) ¿Constitución “jurídica” y Constitución “extrajurídica”?

Bidart Campos ha venido a lo largo de su producción académica sosteniendo que toda Constitución con fuerza normativa debe plasmar en la realidad de la vigencia²⁰ sociológica su vocación de cumplimiento efectivo.

¹⁸ García de Enterría, tanto como de Mauricio Hauriou, así como del costarricense Rubén Hernández Valle y Antonio Torres del Moral.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán: op. cit., p. 51

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán: op. cit., p. 66; ver, del mismo autor, su clásica obra: *Derecho Constitucional. Realidad, normativa y justicia en el Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1963.

En este contexto, Bidart alude a la confusa bifurcación de un sector doctrinario que hablan de dos Constituciones: una jurídica y otra extrajurídica (o política), una *normativizada* y otra no. Nuestro autor sostiene enfáticamente que toda Constitución –sea material o formal– siempre es normativa, esto es, consta de un orden de normas escritas o no.

La novedad que aporta, según Bidart Campos, la teoría de la fuerza normativa de la Constitución es simple: “que la Constitución escrita democrática es de cumplimiento exigible y de vinculatoriedad directa e inmediata. Decir que la Constitución escrita es jurídica y que es normativa, pero no alcanzar a predicar como consecuencia su fuerza normativa, es al menos dejar incompleta la inferencia que personalmente juzgamos necesaria”²¹.

Bidart, coincidiendo con Santi Romano, afirma que no existen dos Constituciones: una jurídica y otra extrajurídica. Y enfila el profesor bonaerense: “Si hubiera una Constitución supuestamente extrajurídica y no normativa, seguramente no podrán adjudicársele a ella la fuerza normativa porque ésta es propia de una Constitución que reviste carácter de norma jurídica. Por igual motivo tampoco es admisible retacear a la Constitución jurídica y normativa alguna zona que se exime de la fuerza jurídica del todo integral”²².

- d) Una visión en síntesis de toda esta obra (un total de 529 páginas) nos permite señalar, junto con Pablo Manili, que con Bidart Campos la fuerza normativa de la Constitución es desarrollada a través de un recorrido detallado por todos los rincones del Derecho Constitucional²³. La obra de Bidart tiene seis partes: la primera: la Constitución: allí se aborda quince ejes temáticos sobre sus diversos aspectos que puede tener este concepto; la segunda: el contenido material de la Constitución con nueve

²¹ BIDART CAMPOS, Germán: op. cit., p. 67.

²² BIDART CAMPOS, Germán: op. cit., pp. 68-69.

²³ Anota un distinguido discípulo de Germán Bidart: MANILI, Pablo: “El profesor alemán, en su artículo, planteó el tema de la fuerza normativa más como un problema a solucionar (es decir: cómo y qué hacer para darle fuerza normativa) que como una realidad, y propuso superarlo a través de la interpretación constitucional, o mejor dicho, a través de cierta postura previa a esa interpretación. El administrativista español, en su opúsculo, se refirió a él como un fenómeno que ocurría en la realidad constitucional de varios países y se limitó a constatar su existencia. Pero no lo explicó ni lo desarrolló. El maestro argentino, en cambio, lo utilizó como tesis central de un extenso libro y demostró su existencia a través de un recorrido detallado por todos los rincones del derecho constitucional. Prácticamente ningún instituto de la materia quedó fuera de esta tesis, la cual fue confrontada con cada uno de ellos” (MANILI, Pablo Luis: *Teoría constitucional*, op. cit., p. 57).

temas; tercera: los perfiles e irradiaciones de la fuerza normativa con diecisiete contenidos; la cuarta parte: el sistema garantista con ocho; la quinta parte: la jurisdicción constitucional con catorce; y la sexta parte: con cuatro partes.

En puridad, más allá del esbozo germinal en Hesse en 1959 o en García de Enterría en 1988, hoy podemos afirmar que con el planteo más orgánico de Bidart Campos, el concepto de Constitución como norma alcanza un cenit más acabado y su planteo ya no sólo se dedica a dibujar la ruptura del viejo concepto político de Constitución; sino que la fuerza normativa de ella radica en sus instrumentos procesales que va a tener la Lex Legum para afirmarse y detentar una vigencia sociológica en la realidad política y social. Y ello se concibe, hoy en día, con los procesos constitucionales y la jurisdicción constitucional, y sobre todo con una magistratura garantista y consecuente con los estándares de una idónea interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales.

Ha sido un poco largo el recorrido en torno a cómo se gesta el concepto de Constitución, vadeándose su noción política de ella. Mas, debe igualmente quedar en claro que hoy, no obstante la Constitución ostentar un carácter normativo, consustancial a ello, siempre tendrá un techo o una fórmula política por un lado; y, por otro, no olvidemos que una gran parte de su contenido –la orgánica– regula los ejes y todo el entramado del poder, otorgándole los ámbitos de competencia a los distintos órganos del poder político.

Bajo este marco explicativo es que se levanta una serie de aproximaciones conceptuales en torno a la Constitución, pues en ello radica el centro de gravitación de su interpretación y la forma cómo la conciben sus intérpretes. Hay por allí un dicho: dime cómo concibes a la Constitución y te diré cómo la interpretas. A lo largo de sus más de 90,000 fallos existentes, hemos procesado los más relevantes, que acompañan esta primera parte de lo que es hoy una noción o aproximación a la concepción de la Constitución, pero ya no de la doctrina, ni de las grandes escuelas, sino de la forma cómo ve y concibe nuestro Tribunal Constitucional a la *norma normarum*.

1.4. Noción de Constitución.

Como quiera que es de rigor comprender nuestra disciplina a partir de una idea mínima de lo que es la Constitución dentro del interminable debate

teórico sobre sus diversas concepciones políticas y jurídicas que subyacen en torno a ella; esto es, más allá de las diversas dimensiones en torno a esta norma jurídica suprema, interesa aquí abordar la noción que ha señalado el Colegiado Constitucional peruano, a fin de que la judicatura peruana tenga como un periplo hermenéutico a partir de los casos prácticos que van a resolver. En rigor, resulta vital tener una idea en torno a la “concepción” de Constitución que el TC ha venido deparando en torno a la *norma normarum*. Este brochazo panorámico no es baladí y, por muy por el contrario, resulta reconfortante que los jueces del Perú lo tengan presente dado que son matices en torno a la “concepción normativa” que hoy impera a nivel de los Estados constitucionales contemporáneos. Veamos este *excurso*:

“la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)”²⁴.

Complemento de esta descripción conceptual el TC en intermitentes fallos igualmente ha señalado que:

“La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º) o de la colectividad en general (artículo 38º) puede vulnerarla válidamente”²⁵.

²⁴ STC 0020-2005-PI y 0021-2005-PI, FJ. 19.

²⁵ STC 5854-2005-PA, FJ 5 y 6.

“La Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un totus social en el que subyace la igualdad”²⁶.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha penetrado en su escapelo jurisprudencial encarando la doble naturaleza de lo que hoy es una Constitución no solo como norma política y que constituye el viejo concepto político de Constitución; sino también el reconocimiento de que ella es norma jurídica fundamental y fundamentadora de un sistema jurídico. Veamos:

“La Constitución es una norma jurídico-política sui generis. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema. La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la

²⁶ STC 00030-2005-PI, FJ 19 *in fine*.

invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto”²⁷.

1.5. La Constitución como fuente de fuentes

Es probable que uno de las principales características de la Constitución como norma es identificar que ella se nos presenta como la fuente de fuentes de un sistema jurídico. Esto significa que la Constitución, en apretada síntesis, va a manifestarse a través de una fuente formal y una fuente material.

La primera indica que la monoproducción de las normas de los órganos legisferantes del Estado, deben respetar el *iter* del llamado proceso de producción normativa. Esto significará que puede una norma haberse producido sin respetar los parámetros de exigencia formal: el TC aquí podrá declarar una infracción formal. En el segundo caso, la fuente material supone que diversas constelaciones normativas deben producirse respetando el contenido esencial de la Constitución. En caso contrario, el órgano del control constitucional podrá declarar la existencia de una infracción material de la Constitución. Veamos en este extremo lo que el TC ha delineado en torno a este vital eje temático:

En cuanto a la consideración de que la Constitución es la ‘fuente de las fuentes de derecho’ y la que regula la producción normativa o disciplina los modos de producción de las fuentes, Francisco Balaguer Callejón apunta que ésta es,

‘(...) además, la fuente que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo, a partir de las cuales se determinara la legitimidad del resto de las normas del sistema jurídico’

En igual sentido, se ha sostenido que

(...) la Constitución también incide en el sistema de fuentes en la medida en que regula el proceso de producción jurídica atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos y asignando un valor específico a las normas creadas por éstos. Es decir, la Constitución es la norma normarum del ordenamiento, aunque no todas las normas sobre la producción jurídica están contenidas en ella.

Por su parte, este Colegiado sobre el tema ha expresado que la Constitución:

²⁷ STC 0014-2003-AI. FJ 2.

(...) ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.

En efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución).

Reseñando, se desprende que la Constitución, como fuente suprema:

- Crea los órganos encargados de la producción normativa.
- Otorga competencias materiales.
- Determina los procedimientos para la elaboración normativa.
- Establece los límites materiales para la elaboración normativa.
- Impone los contenidos normativos²⁸.

1.6. La Constitución como fuente de Derecho

Desde que Rudolf Smend delineara la estructura jerárquica del orden jurídico, cuyo acabado culminaría en la cima del pensamiento kelseniano, hoy nadie discute y es axioma que en la Constitución, como el astro sol, se erige esta norma suprema que es la que va a generar la fuente del sistema jurídico en un ordenamiento del Estado. No cabe duda que todas las constelaciones normativas, en el sistema de fuentes, va a reposar en la validez que recibe de una norma superior; y ésta, a su vez, de otro de peldaño superior hasta que termine en la Constitución, y ello habrá de tener fundamento en la norma hipotética no positiva que delineara Kelsen.

Hoy, sin embargo, la construcción de los Estados contemporáneos se encuentra desarrollada a partir de que el fundamento no sólo de las normas jurídicas van a reposar en la Constitución o en el bloque de constitucionalidad, sino que desde hace algunos lustros, ha empezado a

²⁸ STC 0047-2004-AI/TC, FJ 11.

consolidarse otro control y otra fuente de legitimidad en las normas de cada ordenamiento jurídico nacional, nos referimos a la fuente de validez, que deben emanar de su contrastación y respeto al bloque de convencionalidad, y que para ello hoy existen dos grandes formas de ejercer este control: a) por un lado, el *control concentrado de convencionalidad* vía la Corte Interamericana, cuyos fallos vinculan como interpretación final en los tribunales domésticos o internos; y, b) por otro lado, el *control difuso de convencionalidad*, que lo detentan los jueces de cada país.

El TC, con relación al sistema de fuentes, ha señalado la siguiente apreciación:

“Con relación a la Constitución como fuente de nuestro ‘derecho nacional’, debe remarcarse que constituye el fundamento de todo el ‘orden jurídico’ y la más importante fuente normativa. Al respecto, la doctrina apunta que:

La Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad.

En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales.

Es por ello que

La Constitución (...) termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto”²⁹.

²⁹ STC 0047-2004-AI/TC, FJ 10.

1.7. La Constitución como unidad. Interpretación institucional y social

Lo que viene a continuación es una interesante apreciación que el TC hace en torno a cómo debe tenerse presente en el operador intérprete de la Constitución. No olvidemos que toda Constitución responde a un techo ideológico, o en expresión del profesor Pablo Lucas Verdú, a una “fórmula política”; y esto es vital al momento en que se realiza el proceso interpretativo.

Por otro lado, toda Constitución, en los últimos tiempos, ha incorporado una parte programática y social, y que es, a decir de Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, como un “fenómeno contemporáneo” ya que las Constituciones sólo tenían la llamada parte “dogmática” y la “orgánica”. Hoy, un grueso de Constituciones establecen diversas aspiraciones populares y establecen “auténticos programas sociales”³⁰, fundamentalmente vinculados a los derechos prestacionales de la segunda generación. En este marco, no cabe duda que una exégesis debe corresponder con una interpretación institucional y social que puede preconizar un texto constitucional. Veamos:

“(…) conviene precisar que si bien es posible aplicar a la Norma Fundamental los criterios interpretativos propiamente aplicables a las normas de rango legal (a saber, los métodos literal, sistemático, histórico y sociológico), no es menos cierto que la Constitución posee también un importante contenido político, dado que incorpora no sólo reglas imperativas de exigencia o eficacia inmediata o autoaplicativa, sino también un cúmulo de disposiciones que propugnan el “programa social” del Estado, en una de cuyas vertientes principales se sitúa el régimen económico constitucional.

Se trata pues, en buena cuenta, de la distinción a la que alude Robert Alexy, cuando subraya la existencia de “normas constitucionales regla” y “normas constitucionales principio” (Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpression, 2001).

Entonces, a los clásicos criterios de interpretación, deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político-sociales y político-económicos de la Carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social.

³⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa, México, 7a edición, 2010, p. 62.

La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma Manuel García Pelayo, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto.” (García Pelayo, M. Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. En la obra colectiva Estudios sobre la Constitución española de 1978, a cargo de M. Ramírez, Zaragoza, 1979, pág. 79). A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de “unidad de la Constitución”, “eficacia integradora” y “concordancia práctica”.

Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que Peter Häberle denomina las “cristalizaciones culturales” subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución Personal.

Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, “la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz “cultura” como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución.”. (Häberle, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35)³¹.

³¹ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 4 y 5.

1.8. La Constitución como norma fundamentadora del sistema jurídico y del sistema político.

El TC, autopercebido su rol como un intérprete funcional de la Constitución, ha enfatizado el doble carácter de norma fundamental y fundamentadora que ostenta la Constitución, tanto en su proyección sobre el sistema jurídico, como en su ligazón esencial con el sistema político. Veamos:

“El Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Norma Fundamental, sustenta la validez funcional de su actuación justamente en la naturaleza de la Constitución. Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la norma que fundamenta el sistema jurídico y político democrático. [En tal sentido, se proclama] la dualidad jurídico-política de la Norma Suprema. Por lo tanto, la Constitución no solamente es una norma de rasgo eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionando su validez y eficacia”³².

1.9. La Constitución como *emotio*.

En esta línea se podrá descubrir también que el Tribunal Constitucional no solo ha entendido como diría don Manuel García Pelayo que la Constitución es de naturaleza racional; sino también que ella supone una vivencia de un sentimiento constitucional emotivo. Es decir:

“La Constitución no sólo es ratio, sino también emotio. Esto quiere decir que, si bien las Constituciones democráticas han presupuesto personas racionales y dispuestas a hacer armonizar sus legítimos intereses con los de los demás, no podemos negar esa dimensión emocional o “irracional” que es también inherente a su naturaleza. Es precisamente en atención a esta dimensión emocional que la Constitución reconoce las diversas manifestaciones culturales que realizan las personas ya sea individualmente o como miembros de una comunidad más amplia y diversa culturalmente.

En efecto, la Constitución (artículo 1), al reconocer que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, capta al ser humano no sólo como ser “racional”, sino también aprehende la conditio humana desde el lado emocional o

³² STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 11.

“irracional”. Lo cual se refleja claramente cuando se invoca a Dios o se evoca el sacrificio de las generaciones anteriores en el Preámbulo de nuestra Constitución; o cuando se refiere a los símbolos patrios (artículo 49) –sobre los cuales se ha pronunciado este Tribunal en sentencia sobre el Exp. N.º 0044-2004-AA/TC. Fundamento 36–, a la bandera (artículo 49, segundo párrafo), o al idioma (artículo 2, inciso 2; 2, inciso 19; 48)”³³.

1.10. La Constitución como ideal regulativo

“El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un ideal regulativo, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige. El presente está protegido por la Constitución, pero ella, en su vocación de ser “vívida” cada más por la comunidad que gobierna, observa el futuro como una oportunidad para ser menos requerida, no en razón de un menor compromiso social con sus postulados valorativos, sino, por el contrario, como consecuencia de ser cada vez más eficaz sin necesidad de ser aplicada coactivamente. Esa vocación y esperanza puesta en un mañana más constitucionalizado de lo que está el presente, que este Tribunal aprecia en la Norma Fundamental, exige hoy un particular rigor en el cuidado constitucional de los niños y adolescentes. Este es el fundamento trascendental que subyace a la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4º de la Constitución, y es, entre otras cosas, la razón por la que en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se ha expresado con acierto “que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”³⁴.

1.11. La Constitución como norma jurídica.

Una adecuada comprensión sobre la Constitución en tanto que norma jurídica, supone, entre otras cosas, asumir necesariamente que ella no es sólo una fuente del Derecho, sino también y, esencialmente, la fuente de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; lo cual significa, como ya se ha señalado líneas arriba, que la constitución se presenta como una fuente formal y una fuente material. Por otro lado, al interior de su entramado

³³ STC 0042-2004-PI. FJ 2 *in fine*.

³⁴ STC 0012-2010-PI, FJ. 30, c).

normativo, la Ley Fundamental contiene, además de normas propiamente regulativas, normas constitutivas que confieren poderes normativos a los distintos poderes públicos, de cuya debida observancia depende la validez de las disposiciones finalmente emitidas. De ahí que cobre especial relevancia la revisión de algunos conceptos básicos relacionados al carácter de norma jurídica que ostenta la Constitución en nuestro sistema de fuentes, poniendo especial énfasis en los principios que rigen su estructura jerárquica, así como su sistematicidad y coherencia. Veamos, esta vez, el largo excurso argumentativo del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

“El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al «Derecho de la Constitución», esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos”³⁵.

En otro fallo vinculado a un proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional asume la postura de la Constitución como norma y amplía la forma como debe concebirse la *Norma Normarum*. Veamos:

³⁵ STC 05854-2005-PA/TC, FF.JJ. 3-6.

“La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante. Así, en el Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, afirmó que:

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorrepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema³⁶.

“En igual sentido, en otro caso sostuvo que:

(La) Constitución Política de la República del Perú... toda ella posee fuerza normativa (...)

Con relación a la fuerza normativa y al contenido de la Constitución, se precisó que:

La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y ‘lo constitucional’ derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer..., donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución.

Pero el Tribunal Constitucional no sólo se ha referido a la Constitución como norma jurídica, sino que recientemente lo ha hecho desde una perspectiva objetivo-estructural y subjetivo institucional. Así:

³⁶ STC 00047-2004-AI/TC, FJ. 9.

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica —en directa contravención de sus artículos 38°, 45° y 51°—, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla³⁷.

1.12. La fuerza normativa y el contenido de la Constitución.

En este acápite, el Tribunal Constitucional explica una de las características y acaso también de las consecuencias que presupone la Constitución como norma; y es su fuerza expansiva, esto es, que se trata de una norma que vincula tanto a los gobernantes o “detentadores del poder” como a los gobernados o “destinatarios del poder”.

“La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y «lo constitucional» derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer, donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución³⁸.”

1.12.1. La Constitución como norma jurídica y política

El TC es consciente que si bien hoy impera el concepto normativo de Constitución, ello no es óbice para también reconocer que consustancial a

³⁷ STC 0047-2004-AI/TC, FJ 9.

³⁸ STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 3.

su naturaleza jurídica, la Constitución es el gran documento político por excelencia, que va a regular jurídicamente los fenómenos políticos; o más propiamente, va a pretender racionalizar el ejercicio legítimo del poder político. Veamos lo que ha sostenido el TC:

“Tal como se señalara supra, para conectar correctamente realidad y norma es fundamental un sentido compacto de lo que la Constitución significa. Según la teoría institucional, una Constitución democrática ya no podrá pensarse

‘como centro del que todo derivaba como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger’.

El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero.

Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola también como una con un carácter político”³⁹.

1.12.2. La dualidad jurídico-política de la Constitución

Si bien resulta más sobre lo mismo, igualmente el TC ensaya desde otra perspectiva, la confluencia normativa, y a la vez política, en la que subyace la norma constitucional y que ello resulta vital en los jueces, pues cada vez que habrán de interpretar a la Constitución, ellos deben comprender que realizan una interpretación ciertamente jurídica, y hay veces de factura inexorablemente política.

“Para poder entender el verdadero significado de la Constitución es necesario partir de su concepción como norma fundadora de todo el Sistema Jurídico y su cometido como guía primordial del Ordenamiento

³⁹ STC 0002-2005-AI/TC, FJ 7.

(en un sentido básicamente político). De ello se desprende que la construcción constitucional proclama una dualidad jurídico-política de la norma suprema, a guisa de advertir cómo la realidad de un país condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante de sociedad y ley, que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente; mientras la realidad se encuentra en constante evolución, la normatividad envejece con el paso del tiempo. Este binomio de acción plantea que la Constitución aparte de tener un ámbito normativo, posea uno meramente político”⁴⁰.

1.12.3. La perspectiva objetivo-estructural y subjetivo-institucional de la Constitución.

“La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38°, 45° y 51°–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla”⁴¹.

1.12.4. Legitimidad y legitimación de la Constitución

“Las palabras “legitimidad” y “legitimación” son conceptos que tienen significados diferentes según los contextos y el uso que de ellas se realicen en el ámbito de la Ciencia Política o en el plano de la Teoría Política; sin desconocer, desde luego, los usos de otras ciencias –en las que acaso también quepa incluir al Derecho-. [Así, por ejemplo, el significado que se atribuye a la voz “legitimación” en el derecho procesal; o, incluso, en el derecho constitucional de ciertos ordenamientos, como el italiano, donde el concepto “legitimidad constitucional” es equivalente al de “validez constitucional”].

⁴⁰ STC 0002-2005-AI/TC, FJ 3.

⁴¹ STC 00030-2005-PI/TC, FF.JJ. 40 y 41.

De ahí la necesidad de recurrir a una definición estipulativa sobre el tema, es decir, se hace necesario explicitar, para lo sucesivo, el contenido y el significado que les hemos de asignar. Y las vamos a entender no en el sentido clásico, empleado por Max Weber [Economía y Sociedad, FCE, México 1992, pág. 172 y sgtes.], quien en contraposición a la legitimidad tradicional y carismática, como se sabe, oponía la racional, “que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”. Y ello porque, como más adelante se especificará, sobre la ordenación estatuida denominada “Constitución” no puede realizarse un juicio de “legalidad”/“ilegalidad”, “validez/invalidéz”, dado que el Poder Constituyente, como se rescató en la STC N.º 0014-2002-AI/TC, por principio no está sujeto a límites jurídicos.

El sentido o contenido del concepto de legitimidad que aquí se ha de emplear, y que en cierta forma subyace al planteado por los recurrentes, tiene que ver con la noción que formula Karl Deutsch [Política y Gobierno, FCE, México 1998, pág. 26 y sgtes.], según la cual dicho concepto implica la promesa de que la búsqueda de nuestro valor resultará compatible con la búsqueda o el disfrute de otros valores. “Decimos que la búsqueda de un valor es legítima si, [...] tenemos razones para esperar que no infligirá intolerables daños a ningún otro valor que también sea vitalmente importante para nosotros (...) la legitimidad es un concepto relativo, antes que absoluto. Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores. Es una relación entre valores dentro de una situación a la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede cambiar también. Dado que la legitimidad puede variar con el tiempo y con el lugar, puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de la legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes”.

Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo Karl Deutsch denomina “legitimidad por procedimiento”. Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de creación de una institución] “se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento ‘legítimo’, es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo” [Ob. Cit., pág. 28].

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.

Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional⁴².

1.13. La Constitución como portadora de valores superiores

“La Constitución Política del Perú, como toda Constitución de un Estado, lleva consigo un conjunto de atributos normativos y de superioridad que determina la unidad del ordenamiento del Estado. Pero como la Constitución no es una norma de cualquier contenido, sino precisamente portadora de unos determinados valores materiales que tienen su soporte en el orden sustantivo que conforman los expresados valores, esta debe expresar una unidad que informe todo el ordenamiento jurídico. Estos valores están expresados en su gran mayoría en los derechos fundamentales contenidos en ella.

3.- En tal sentido, todo acto que esté orientado a menoscabar aquellos valores superiores contenidos en la Constitución, vengan estos de particulares o de parte del Estado están proscritos por la Constitución Política del Perú, pues atentarían contra aquel orden de los valores⁴³.

1.14. La Constitución y la estructura jerárquica del orden jurídico.

Desde los primeros aportes de Rudolf Smend, y luego su desarrollo y acabado científico por Hans Kelsen recogido en dos trabajos capitales del

⁴² STC 0014-2003-AI/TC, FF.JJ. 4 al 6.

⁴³ STC 01412-2007-PA, FJ. 2-3.

maestro de Viena⁴⁴, hoy por hoy no se concibe a un sistema jurídico sin una estructura jerárquica, ni tampoco sin la idea básica de lo que es el orden jurídico y el ordenamiento jurídico. Este último concepto es acaso fruto de la existencia ya de los Estados modernos, y mucho más evidente en la estructuración jerárquica, a partir de la aparición de las Constituciones modernas. Con todo, el TC ha enfilado reflexiones propias de los tópicos de la filosofía jurídica. Y si bien es cierto que el concepto del Derecho depende del concepto de sistema jurídico, en los hechos y casos concretos, los jueces se enfrentan intermitentemente con problemas relativos a lagunas, antinomias y una red infinita de complejos temas que, como razonamiento previo, el TC vía *obiter dicta*, desarrolla dichos conceptos para luego definir –*decisum*– el caso en particular. Veamos, algo en extenso, algunos de estos ítems.

1.14.1. Las fuentes de derecho reguladas por la Constitución: modos de producción jurídica:

“El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

(...) el inciso 4.º del artículo 200.º de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.[31]

A continuación desarrollaremos brevemente cada uno de los tipos normativos y lo que sobre ellos ha establecido el Tribunal Constitucional⁴⁵.

1.14.2. Orden y ordenamiento jurídico.

“El orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran

⁴⁴ KELSEN, Hans: *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, Porrúa, México, 1987; y del mismo autor *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª. Edición, quinta reimpresión, UNAM, México, 1995. Vid. también PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel: *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 19 y ss.

⁴⁵ STC 0047-2004-AI/TC, FJ. 15.

interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas.

El ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistémica, y por su plenitud hermética.

En puridad, una norma jurídica sólo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistémicamente por otras. Ello debido a que el orden es la consecuencia de una previa construcción teórico-instrumental.

Al percibirse el derecho concreto aplicable, en un lugar y tiempo determinados, como un orden regulador, se acredita la constitución de una totalidad normativa unitaria, coherente y organizadora de la vida coexistencial.

(...)

Esta normatividad sistémica se rige bajo el criterio de la unidad, dado que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones regulatorias.

Hans Kelsen (Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, 1987) precisa que un orden normativo sistémico es unitario, porque todas sus normas convergen en una norma fundamental, de la cual derivan directa o indirectamente, en sucesión, grado o escalera, hasta llegar a las normas más concretas.

Toda norma encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental. Tal concepto de validez no sólo alude a la necesidad de que una norma se adecue formalmente a otra superior, sino también a su compatibilidad material.

Esta normativa está sujeta al criterio de coherencia, pues la normatividad sistémica es una totalidad armónicamente ordenada, en la que las normas que la conforman guardan una relación de compatibilidad entre sí, lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente.

Esta vocación por la coherencia exige la exclusión de cualquier situación en que dos normas que se contradicen en sus consecuencias jurídicas, pertenezcan o sigan perteneciendo a un mismo ordenamiento legal.

En consonancia con todo lo expuesto, puede señalarse que la normatividad sistémica del orden jurídico descansa en los siguientes principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas⁴⁶.

⁴⁶ STC 0005-2003-AI/TC, FJ. 3.

1.14.3. El principio de coherencia normativa.

“Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman.

Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico.

Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo, es decir, la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible.

Como puede colegirse de lo expuesto, la coherencia se ve afectada por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan ante la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí se cautela la existencia de dos o más normas afectadas «por el síndrome de incompatibilidad» entre sí (...)»⁴⁷.

1.14.4. El principio de jerarquía piramidal de las normas.

“La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás pautas jurídicas restantes. En esa perspectiva el principio de jerarquía deviene en el canon estructurado del ordenamiento estatal.

El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Consecuentemente, como bien afirma Requena López, es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella.

Con referencia a este principio estructurado del sistema, el artículo 51.º de la Constitución dispone que:

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

⁴⁷ STC 0005-2003-AI/TC, FJ. 4.

En ese sentido, el referido artículo afirma los principios de supremacía constitucional que supone una normatividad supra –la Constitución– encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política. Como bien afirma Pérez Royo, el mundo del derecho empieza en la Constitución (...) no existe ni puede existir jurídicamente una voluntad superior a la Constitución.

La Constitución es una especie de super ley, de norma normarum, que ocupa el vértice de la pirámide normativa⁴⁸.

“La normatividad sistémica requiere necesariamente que se establezca una jerarquía piramidal de las normas que la conforman.

Al respecto el artículo 51° de la Constitución, recogiendo dicho principio, declara: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

Con ello se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico.

Dicha estructuración se debe a un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas.

Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada. Así, la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez: y, además, obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior.

Como señala Francisco Fernández Segado [El sistema Constitucional Español, Madrid: Dykinson, 1992], la pirámide jurídica « (...) implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide obviamente se sitúa la Constitución». Un sistema jurídico no está constituido por normas yuxtapuestas y coordinadas, sino por normas jerárquicas y superpuestas.

Ello presupone una clara correlación entre la fuente de la que emana una norma, la forma que ésta ha de adoptar y la fuerza jurídica de la misma. El precepto que regula la producción normativa es, prima facie, una norma superior; mientras que la producida conforme a esa regulación es una la norma inferior.

⁴⁸ STC 0047-2004-AI/TC, FJ. 55.

En toda estructura jerárquica existen tres tipos de normas, a saber, las productoras, las ejecutoras y las ejecutoras-productoras:

- Las normas productoras, en un sentido amplio, son las que revelan la expresión y ejercicio de un poder legislativo (originario o derivado), por el que se promueve y condiciona la expedición de otras normas, a las cuales se les asigna una jerarquía inferior. Es el caso de la Constitución y de buena parte de las leyes.
- Las normas ejecutoras son aquellas que dan cumplimiento a lo dispuesto o establecido en una norma productora. Tal el caso de las resoluciones.
- Las normas ejecutoras-productoras son aquellas que realizan ambas tareas simultáneamente. Tal el caso de una buena parte de las leyes y los decretos.

La producción de normas deja constancia del inseparable binomio poder-deber.

El poder del legislador consiste en la facultad de crear, modificar, abrogar, –etc–, normas dentro de un Estado, siempre que se respeten las reglas de elaboración.

Este poder se manifiesta descendentemente en cinco planos: poder constitucional, poder legislativo ordinario, poder reglamentario, poder jurisdiccional y poder negocial o de declaración de voluntad.

El deber de legislar consiste en la atribución de dictar normas que permitan hacer cumplir, respetar o ejecutar los alcances de otras de mayor jerarquía.

Este deber ascendentemente se manifiesta en cuatro planos:

- Deber negocial o de declaración de voluntad, dentro del marco de la Constitución y demás normas de carácter público.
- Deber de aplicar la ley y ceñirse a ésta para resolver los conflictos de carácter judicial o administrativo.
- Deber de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.
- Deber de legislar dentro del contexto señalado por la Constitución.

Debe advertirse que si bien todo ordenamiento tiene forma piramidal, no todos tienen el mismo número de categorías y grados⁴⁹.

1.14.4.1. Los principios que rigen la estructura jerárquica de las normas.

“El orden jurídico no es un sistema de preceptos situados en un mismo plano y ordenados equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos o categorías normativas.

⁴⁹ STC 0005-2003-AI/TC, FJ. 5.

Esta disposición estratificada es producto del uso de una pluralidad de principios que, en algunos casos, pueden determinar la ubicación de una norma dentro de una categoría normativa, o su prelación al interior de la misma.

a) Principio de constitucionalidad

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando éstas se les oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras. Como acota Manuel García Pelayo: «Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución».

b) Principio de legalidad

Es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango.

Tal supremacía está prevista en el artículo 51° de la Constitución, que dispone que después del texto fundamental, la ley prevalece sobre toda otra norma de inferior jerarquía.

c) Principio de subordinación subsidiaria

Establece la prelación normativa descendente después de la ley y contiene a los decretos, las resoluciones y las normas de interés de parte. Esta disposición normativa se encuentra contemplada en el ya citado artículo 51° de la Constitución y en el artículo 3° del Decreto Legislativo N.° 560, conocido con el *nomen juris* de Ley del Poder Ejecutivo.

d) Principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo

Expresa que a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano funcional de rango superior. Se aplica preferentemente al interior de un organismo público.

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el Gobierno Central, se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37° y siguientes del Decreto Legislativo N.° 560 -Ley del Poder Ejecutivo-, además de lo dispuesto por otras leyes.

Ahora bien, la pirámide jurídica nacional debe comprenderse a la luz de dos criterios rectores: las categorías y los grados.

Las categorías son expresión de un género normativo que ostenta una cualificación formal y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias.

Elas provienen de una especie normativa; es decir, aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo.

En nuestro ordenamiento, la primera categoría se encuentra ocupada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional; la

segunda está conformada por la ley y normas con rango de ley; la tercera está constituida por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva; la cuarta por las resoluciones; y la quinta por las normas con interés de parte. Estas últimas incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generen derechos y deberes de carácter personal.

Desde esta perspectiva, las acciones de inconstitucionalidad operan contra las normas contenidas en la segunda categoría; es decir, contra las leyes y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desarrollo constitucional, etc.], los tratados (aprobados por el Congreso), los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes.

Cabe precisar que, respecto a las últimas categorías, no todas ellas tienen el mismo grado. Entre ellas existen grados. Los grados son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Esta prelación interna se establece por la utilización de los principios de formalidad extraordinaria y jerarquía del órgano que la expide. Tal el caso de las resoluciones (en cuyo orden decreciente aparecen las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, las resoluciones viceministeriales, etc.)⁵⁰.

1.15. La garantía jurisdiccional de la Constitución.

Al asumir el Tribunal Constitucional la actual concepción contemporánea de la Constitución como norma, discurre en su construcción doctrinaria y jurisprudencial ciertas características que dotan a la *Lex Legum* su carácter normativo precisando lo siguiente:

“A todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege (artículo 200º de la Constitución). La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que a ella contravenga, es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe

⁵⁰ STC 0005-2003-AI/TC, FF.JJ. 6 y 7.

manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental”⁵¹.

En esta misma línea, el TC insiste que entre las características de la Constitución como norma, una característica básica es que ella vincula tanto a los destinatarios como a los detentadores del poder. Veamos:

“El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”⁵².

“la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente”⁵³.

1.16. Principio de fuerza normativa de la Constitución.

En la construcción de un Estado Constitucional, la Constitución está investida de una fuerza normativa en toda su integridad. En tal sentido, el TC precisa en este extremo que:

“La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”⁵⁴.

1.17. Principio de unidad de la Constitución.

La impronta de la unidad y de la identidad del ordenamiento jurídico se manifiesta en reiterados fallos que como *obiter dicta* han rodeado la

⁵¹ STC 05854-2005-PA, FJ 8.

⁵² STC 4053-2007-PHC, FJ 12.

⁵³ STC 4053-2007-PHC, FJ 13.

⁵⁴ STC 05854-2005-PA, FJ 12 e.

construcción permanente del concepto de Constitución, poniendo énfasis en la unidad de la Constitución. Veamos:

“Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”⁵⁵.

Existe pues una unidad de sentido que armoniza y hace congruentes a las parcialidades; esta unidad se aloja a través de un plexo de valores, principios y derechos. Así, el TC aclara que:

“[el criterio de unidad exige] resolver toda aparente tensión entre sus disposiciones “optimizando” su contenido normativo en conjunto, teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana”⁵⁶.

1.18. El principio de supremacía constitucional.

El añejo principio de la supremacía convierte a la Constitución en norma fundamental y fundacional, en fuente primaria de un sistema jurídico y en pauta de validez de todas las demás constelaciones normativas infraconstitucionales; tanto por su forma de creación y origen, cuanto por su contenido. El TC haciendo una profesión de fe, desarrolla en reiterada jurisprudencia este principio. Así, el Tribunal ha concebido la supremacía constitucional como:

“Un valor normativo fundamental de la Constitución que constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho, que es la forma de gobierno consagrada en el artículo 43° de la Carta Fundamental, que exige una concepción de la Constitución como norma, la primera entre todas, y la más relevante, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, pues resulta difícil encontrar preceptos constitucionales carentes de eficacia jurídica; convirtiéndose cada uno de los mismos en parámetros para apreciar la

⁵⁵ STC 05854-2005-PA, FJ 12 a.

⁵⁶ STC 02730-2006-PA, FJ 6.

constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno, entre ellos los actos administrativos de los organismos reguladores”⁵⁷.

1.19. El principio de la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución

“El principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución, que tiene su fundamento en el principio político de soberanía popular, determina su fuerza normativa, y la exigencia que las “normas regla” como las “normas de principio” establecidas en ella[61], deben ser cumplidas acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes.

Aparte de la norma constitucional del artículo 51, según la cual

“la Constitución prevalece sobre toda norma legal”.

la normativa propia y actual de la Municipalidad de Lima (artículo 157, inciso 3, de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades) señala que el Concejo Metropolitano tiene por función

“velar por el respeto de la Constitución”,

en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, pues resulta difícil encontrar normas carentes de eficacia jurídica, convirtiéndose cada uno de los mismos en parámetros para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno, entre ellos los actos administrativos de las municipalidades.

Este principio impone también la exigencia de interpretar cada disposición constitucional como un material normativo que debe ser trabajado, en un sentido concreto, sin desconocer el material sociológico de la realidad. De estos planteamientos se desprende como importante consecuencia que

“la Constitución es una norma de aplicación directa, es auténtico Derecho”[62].

Y en el caso de autos, este Tribunal considera que tiene la posibilidad de buscar recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional, con las necesidades concretas de la ciudadanía y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, más aún si han existido casos de conocimiento público, en los que, por actuarse con informalidad, las víctimas humanas han sido materia de las portadas de los periódicos sensacionalistas del día siguiente”⁵⁸.

⁵⁷ STC 02939-2004-PA/TC, párrafo quinto del FJ. 8.

⁵⁸ STC 03330-2004-PA/TC, FJ. 66.

1.20. Las cláusulas de intangibilidad de la Constitución.

El TC ha tomado postura no necesariamente respecto a determinadas cláusulas pétreas que existen en la legislación constitucional comparada, sino sobre el contenido esencial y los problemas de las mutaciones y reformas de la Constitución. Veamos:

“Las cláusulas de intangibilidad permiten identificar el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, así como la interpretación fiel de este ordenamiento. Su finalidad básica es fundar los ‘supuestos ideológicos y valorativos’ en los cuales descansa el sistema constitucional. Esto es lo que nos permite identificar parte de esa regla de reconocimiento, para determinar si los cambios son una mutación o una reforma de la misma. Estas cláusulas se presentan como una norma garantizadora de un principio frente a las violaciones posibles, por lo que se precisa el reforzamiento de tal núcleo constitucional. Pero los límites explícitos no se agotan en las cláusulas de intangibilidad, sino que a lo largo del texto constitucional pueden estar consignados incluso en frases que se encuentran en un contexto diferente, (los llamados límites de carácter relativo). Lo que corresponde en el caso nacional es vincular el sentido de cada uno de los dispositivos constitucionales con el ‘contenido fundamental’ de la Constitución, pues es éste el que permite interpretar correctamente el reconocimiento de las normas en ella contenidas”⁵⁹.

1.21. El carácter dúctil de la Constitución

“Las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver cualquier tipo de controversias relativas a los límites a los derechos fundamentales. Es por ello que se requiere, por definición, de un elevado grado de estabilidad y previsibilidad jurídica para permitir que las sociedades puedan alcanzar sus objetivos más valiosos, entre los que se cuenta el de organizar la convivencia humana de un modo adecuado y eficiente.

Sin embargo, estabilidad y previsibilidad no significan permanencia estática, sino una continua adaptación a los cambios sociales. Por eso, se considera que la Constitución posee un carácter de ductibilidad.

Es necesario señalar que cualquier modificación constitucional, con independencia de cuál sea su contenido, su orientación o su

⁵⁹ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 34.

especificidad, supone necesariamente una alteración del equilibrio anteriormente vigente y, de un modo especial, de aquel que regula la tensión permanente entre las tres partes principales de toda Constitución: el estatuto de las libertades, el estatuto del poder y el estatuto del control. Ello supone que tal alteración debe corresponder al sentir constitucional, y a sus valores estatuidos, pues,

“(…) toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la realidad normativa vigente (...) si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa”[7].

Esta modificación de los contenidos constitucionales está permitida originariamente por el propio texto del artículo 206 de la Constitución, lo cual significa que la modificación debe efectuarse sobre la base de las circunstancias históricas correspondientes⁶⁰.

1.22. Principios y derechos de naturaleza procesal contenido en la Constitución

“Dentro de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución destacan claramente aquellos de naturaleza procesal. En efecto, el proceso en general tiene una configuración diferente en el Estado Constitucional de Derecho, pues con la finalidad de hacer del proceso un mecanismo ágil, eficaz y garantista en la defensa de los derechos de las personas, la Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional con garantías procesales, entre las que destacan: los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (artículo 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6), el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8), el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139.9), la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139.11), el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139.12), la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución

⁶⁰ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 16.

ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139.13), el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139.14), el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139.15), la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y, para todos, en los casos que la ley señala (artículo 139.16), el derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley (artículo 139.20); el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103), el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2.24.e), entre otras”⁶¹.

1.23. La Constitución no está sujeta a un criterio de validez formal

“La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado (...) De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto, al Poder Constituyente no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder *extra ordinem*, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los

⁶¹ STC 0023-2005-PI/TC, FJ 3.

derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional⁶².

1.24. El modo de producción de una Constitución obedece a las pautas del Poder Constituyente

“En el caso Colegio de Abogados del Cusco, este Tribunal trató ampliamente el tema del poder constituyente, y su condición de titular para la creación o producción de la norma normarun de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, se dijo que:

En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente "es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede" (E. Bockenforde, "Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale", en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona.[20]

Más recientemente, en el caso de la reforma constitucional del régimen pensionario, se dejó establecido que:

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmuciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de 'crear' la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.[21]

13. De otro lado, siendo el poder constituyente el "plenipotenciario del pueblo", no puede establecerse con anterioridad un único modo de producción. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, conforme a la doctrina constitucional comparada, ha reconocido que existen algunas características del poder constituyente que pueden también ser consideradas como las reglas básicas para la formulación de una Constitución:

El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún

⁶² STC 0014-2003-AI/TC, FJ. 17.

otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.[22]

Como puede colegirse, el modo de producción de una Constitución obedece a las pautas o reglas que el propio poder constituyente se fije según las circunstancias, lo que no sucede con la reforma de la Constitución, puesto que, en el caso del Perú, los artículos 32.º, inciso 1.º, y 206.º de la Constitución establecen las reglas básicas para ello. Otorgando tal facultad al Congreso de la República y al pueblo directamente a través del referéndum. Dichas disposiciones disponen:

Artículo 32.º.- Pueden ser sometidas a referéndum:

(...)

La reforma total o parcial de la Constitución.

Artículo 206.º.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3.%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Sobre el artículo 206.º de la Constitución el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que:

El Poder Constituyente se ha autolimitado en la actual Constitución – artículo 206– a través del poder de revisión constitucional, lo que hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido.

(...)

La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior.[23]

Asimismo, sobre el poder de reforma constitucional y su necesidad ha establecido que:

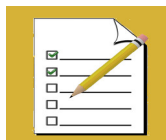
Si el resultado de la tarea constituyente, prima facie, resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo, la evolución que, por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias, inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.[24]⁶³.

1.25. Relación entre el Derecho Penal y la Constitución

“La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión”⁶⁴.

⁶³ STC 0047-2004-AI, FJ. 12-13.

⁶⁴ STC 0012-2006-PI, FJ 1.



AUTOEVALUACIÓN

Después de haber apreciado la lectura 1, responda Ud. las preguntas que a continuación se le formulan.

- 1) ¿Un juez está obligado a prescindir de la Constitución en sus fallos, dado que el texto constitucional es fundamentalmente una norma política?

- 2) Si bien es cierto que los jueces tienen una doble naturaleza jurisdiccional en el entendido que son jueces de tutela ordinaria y a la vez son jueces constitucionales, cuando tutelan procesos constitucionales, ¿puede un juez, en el marco de un proceso ordinario, estar desvinculado de la norma constitucional, y que sólo sería ésta invocada sólo en los procesos de tutela de los derechos fundamentales, como los hábeas corpus o amparos?



UNIDAD II

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. Marco introductorio

En gran parte de las controversias que llegan al Tribunal Constitucional, sea a través de los *procesos constitucionales de la libertad* o a través de los procesos de la *jurisdicción constitucional orgánica*, la labor principal del Tribunal se decanta en la definición de lo que una norma constitucional dice. Es decir, para la definición de la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal debe definir previamente el canon de control, esto es debe precisar, en primer lugar, qué es lo que la Constitución exige en el caso concreto o cuál es el contenido constitucional que está siendo infringido por una ley o norma de inferior jerarquía. A esto es lo que se conoce como *primer momento interpretativo* de la interpretación constitucional y es lo que hemos denominado en este acápite como “interpretación de la Constitución”.

Por otro lado, la interpretación constitucional no solamente se manifiesta a través del control abstracto vía los procesos de inconstitucionalidad; ni mucho menos, en el rol de los jueces ordinarios, vía el control difuso de constitucionalidad, o control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes; sino también que la interpretación se va a desarrollar a partir de la tutela de los derechos fundamentales, a través de los cuatro procesos que forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad: el hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento.

2.2. Fines del presente contenido

Este módulo tiene como objetivo lo siguiente:

- Formar la capacidad en el juez o fiscal para comprender y manejar los conceptos esenciales de la Teoría de los Derechos Fundamentales y Teoría de la Interpretación Constitucional
- Que el juez sea consciente que cuando se trata de interpretar *normas principios*, en la cual se regulan los derechos fundamentales de la llamada “parte dogmática” de la Constitución, debe aplicar los criterios o estándares *pro homine* o *favor libertatis*, y procesalmente, no emitir *ab initio*, autos de rechazo *in limine*, de los procesos constitucionales que se postulan.
- Promover un compromiso eficaz con el sistema democrático y el respeto a la Constitución
- Preparar al juez o fiscal para realizar un contraste analítico entre la dogmática constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con la finalidad de asumir una posición garantista y activista en el ejercicio de la función jurisdiccional.

2.3. Definición de interpretación constitucional

Respecto a la interpretación constitucional entendida como *comprensión* del texto constitucional, el TC peruano ha sido enfático en señalar que la interpretación no puede ser entendida como una *operación formal* que se desenvuelva solo en el plano de las normas, sino que su carácter de “*concretización*”, entendida como una actividad de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales, le asigna una forma de actividad histórica concreta, indesligable del tiempo histórico en que se lleva a cabo. Así, ha sostenido el TC que “el contexto y sus múltiples manifestaciones son las que dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la Constitución, debe sin embargo ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la sociedad, a través del proceso, solicita la “ejecución” de determinada cláusula constitucional”⁶⁵.

2.4. Diferencia entre interpretación constitucional y mutación constitucional.

La importancia que el TC peruano asigna al momento histórico en que se desenvuelve la interpretación constitucional le hace, a su vez, tomar en consideración otros conceptos acuñados por la dogmática y que tienen que ver con la vigencia real de las normas acuñadas en el texto constitucional. En este marco, es imprescindible considerar el concepto de mutación constitucional y relacionarlo con el de interpretación constitucional. Como ha dicho el TC si bien ambos conceptos pueden tener relación con la realidad histórica en que la Constitución se desenvuelve, es necesario distinguir ambos términos. Así, según el TC “la interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema. En este esquema, [...] se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”⁶⁶.

2.5. La pluralidad de intérpretes en la interpretación constitucional.

Recogiendo la posición planteada por el profesor Peter Häberle, el TC peruano ha sostenido que la apertura del proceso constitucional a una

⁶⁵ STC 4853-2004-PA, FJ 28.

⁶⁶ STC 0050-2004-AI, FJ 21.

pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para la determinación de resolución de una controversia constitucional. Con ello el TC ha dispuesto en el caso concreto del proceso de inconstitucionalidad la inclusión de la figura del partícipe. Veamos como el TC ha sostenido la incorporación de este actor en el proceso de inconstitucionalidad: “El enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos “participes” en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”⁶⁷.

2.6. Principios de la interpretación constitucional.

Como hemos destacado líneas arriba, el TC peruano también ha desarrollado una serie de principios que orientan el proceso de interpretación constitucional. Estos principios, sin embargo, es necesario apuntar, no son los que van a definir el proceso de interpretación, sino son solo los principios que van a permitir una suerte de control sobre la corrección del proceso interpretativo; por ello funcionan en la práctica como normas de *self-restraint* en la actividad jurisdiccional de las salas, cortes o tribunales constitucionales. Veamos a continuación cada uno de ellos.

a) El principio de unidad de la Constitución

Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) El principio de concordancia práctica

En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada

⁶⁷ RTC 00020-2005-PI, párrafo tercero y cuarto del FJ 23 Auto de admisibilidad.

“Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

c) El principio de corrección funcional

Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora

El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución

La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto⁶⁸.

2.7. Interpretación constitucional de la ley.

En la interpretación constitucional confluyen dos momentos interpretativos: el de la interpretación de la norma *canon de control*, es decir el de la interpretación de la Constitución y el de la interpretación de la ley conforme a los sentidos interpretativos encontrados en la interpretación de la Constitución. Este segundo momento de la interpretación constitucional se encuentra, al igual que el primero, conformado por un proceso particular y sujeto a determinados principios que el TC peruano también se ha encargado de explicitar. La interpretación constitucional de la ley, sin embargo, adquiere particular relieve cuando la interpretación arroja alternativa o conjuntamente uno o más contenidos inconstitucionales. Ante esta situación y de acuerdo al principio de conservación de la ley es que el Tribunal ha desarrollado lo que en la experiencia comparada se ha dado en llamar “*interpretación*”

⁶⁸ STC 5854-2005-AA, FJ 12.

conforme”, directamente conectado con el tema de las *sentencias interpretativas y manipulativas*.

2.7.1 El sustento conceptual de la interpretación conforme: la distinción entre “disposición” y “norma”.

Como fue anotado por la doctrina americana y desarrollado ampliamente por la italiana, en todo precepto legal se puede distinguir entre “disposición” y “norma”, entendiendo por la primera aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y por la segunda, aquel o aquellos sentidos interpretativos que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella. Esta distinción no implica que ambas puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que por lo menos no albergue una norma.

Como ha sostenido el TC peruano, esta distinción entre “disposición” y “norma”, cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad, es el presupuesto básico de las denominadas sentencias interpretativas, cuyo fundamento radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio de supremacía constitucional.

En efecto, las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones ambiguas, confusas o complejas, de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad, en primer lugar, de la disposición; y, seguidamente, de todas aquellas normas que se desprendan de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

2.7.2. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas).

Aun cuando en la literatura italiana el término “sentencia estimatoria parcial” o “sentencia estimatoria interpretativa” identifica a las sentencias “manipulativas”⁶⁹ y que todas giran en torno al pronunciamiento sobre la norma, el TC peruano ha marcado por ahora el reconocimiento expreso de este tipo de sentencias. Así sostiene que, “en este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La

⁶⁹ BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 2º ed. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 444.

elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva⁷⁰.

De acuerdo con esta definición, el TC entiende que la operación *ablativa* consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma que colisiona con el Comando Normativo de la Constitución. En tal situación, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. A su turno, la operación *reconstructiva* o de *reposición* consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

Ha sido el propio TC el que haciendo suyo los argumentos de este tipo de sentencias, en donde justifica dichos fallos, en razón a dos principios de su actividad jurisdiccional, como son: el *principio de conservación de la ley*, en donde el operador intérprete de la norma debe, *prima facie* reputar constitucional la ley hasta donde sea razonablemente posible con el fin de afirmar la seguridad jurídica en un sistema jurídico, siendo la expulsión de una ley la última *ratio* a la que debería apelarse⁷¹; y el *principio de interpretación desde la Constitución*, mediante el cual se le asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a fin de que guarde armonía e identidad con el plexo del texto fundamental *in totum*.

A continuación se pasará revista de estas variantes de sentencias interpretativas-manipulativas, por lo menos de lo que el TC reconoce, aun cuando, de un universo de 203 demandas de inconstitucionalidad planteadas hasta fines del 2006, sólo 12, es decir el 5.94%, han utilizado la técnica de las sentencias interpretativas o manipulativas frente a la utilización normal que realizan los tribunales constitucionales comparados⁷².

2.7.3. Sentencias reductoras.

Normalmente son las que señalan que una norma o precepto es contrario a la Constitución en una parte (frases, palabras, líneas, etc.) generando un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva o desmesurada. Lo normal en este tipo de sentencias es que el fallo no afecta al texto o a la disposición, pero sí al contenido normativo. Aquí, la sentencia ordena

⁷⁰ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3

⁷¹ La *praxis* de la jurisdicción constitucional pone de manifiesto que la expulsión de la norma inconstitucional puede terminar siendo más gravosa en sus consecuencias que su propia permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Vid. al respecto, la STC 0010-2002-AI/TC pronunciada en el Caso de la inconstitucionalidad de la legislación terrorista.

⁷² STC 0047-2004-AI/TC, FJ 38.

una restricción o acortamiento "extensión" del contenido normativo de la ley impugnada. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas⁷³. Esto supone que la inaplicación va a comprender a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primigeniamente previstos.

El propio TC reconoce que los efectos de este tipo de sentencias reductoras van a restringir el ámbito de aplicación de la ley impugnada sobre algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto⁷⁴.

2.7.4. Sentencias aditivas.

Son aquellas que declaran la inconstitucionalidad no del texto de la norma o de la disposición general cuestionada, sino de los textos o normas que debieron consignarse para que la norma impugnada sea plenamente constitucional. Es decir mediante este tipo de sentencias se efectúa el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, añadiendo al texto normativo original supuestos o consecuencias jurídicas distintos a los inicialmente contemplados, con el fin de evitar que una ley cree por omisión situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales⁷⁵.

Como ha señalado el TC peruano este tipo de sentencia es utilizada para remediar la violación del principio de igualdad que se produce como consecuencia de una omisión legislativa inconstitucional; así, ha dicho el TC que "al extenderse los alcances de la norma a supuestos o

⁷³ STC 0015-2001, 0016-2001, 0004-2002-AI (Acumulados), en donde se impugnaba el artículo 1° del Decreto de Urgencia N.° 019-2001, el cual establecía: "Los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables". El Tribunal concluyó que no todos los referidos depósitos podrían ser considerados de dominio público, por lo cual no todos eran inembargables. Deviniendo, así, en inconstitucional el sentido interpretativo que se deriva de la disposición según el cual "todo" depósito de dinero existente en una cuenta del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituye un bien inembargable. Ello en atención a que si el TC hubiese declarado sin más la inconstitucionalidad del precepto se hubieran derivado inconstitucionales afectaciones al Presupuesto de la República.

⁷⁴ Vid. STC 0014-1996-AI/TC recaída en el Caso de la inconstitucionalidad de la Ley de Política Nacional de Población.

⁷⁵ STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados). El literal b) del artículo 55° del Decreto Ley N.° 20530, modificado por el artículo 7° de la Ley N.° 28449, que pretendía que la pensión de orfandad a los mayores de 18 años que seguían estudios universitarios. El Tribunal declaró inconstitucional la palabra "universitarios", de modo tal que pueda interpretarse que el supuesto normativo se extienda también a quienes sigan satisfactoriamente estudios superiores. De esta forma, se evitaba la afectación al principio-derecho de igualdad consagrado en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución.

consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada”⁷⁶.

2.7.5. Sentencias sustitutivas.

Aquí lo que realiza el TC es sustituir a una parte del texto por otra formulada por el mismo en el nivel de interpretación; este tipo de fallo establece que el precepto es declarado inconstitucional “en cuanto prevé...” o señala “algo”, “en lugar de” otro aspecto que debería prever para ser constitucional. El TC peruano las ha conceptualizado señalando que “son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley”⁷⁷.

2.7.6. Sentencias exhortativas.

Estas sentencias son llamadas también de recomendaciones al legislador y engloban un conjunto de formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo, significando así una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Las exhortaciones, por lo general, aparecen como *obiter dictum*, señalando principios que han de seguirse en la elaboración de una nueva ley, por lo que bien pueden admitirse varias formas de exhortaciones, que van desde el simple consejo⁷⁸ hasta fórmulas más coactivas⁷⁹.

⁷⁶ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.2. Vid. sobre las omisiones constitucionales y legales a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas, Madrid, 1998, y CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo. *El Control Constitucional de la Omisiones Inconstitucionales e Ilegales. Reflexiones en torno al caso peruano*. Edit. Fundap, México, 2004.

⁷⁷ STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.3.

⁷⁸ STC 0048-2004-AI/TC, tras declarar infundado el proceso de inconstitucionalidad, dispone exhortar al Congreso de la República para que establezca los mecanismos legales pertinentes con el propósito de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla con los objetivos señalados en la Ley y, también, para que diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia de modo que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de los recursos. Además, para que se comprenda en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4° de la Ley de Regalía Minera, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

⁷⁹ STC 0023-2003-AI/TC. Corresponde al Caso del Código de Justicia Militar, en el cual el Tribunal resuelve “EXHORTAR al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia” (Numeral 3 del Fallo).

Asimismo, más recientemente mediante STC 0008-2005-PI/TC recaída en el proceso de impugnación de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, el fallo de Infundado se complementa con una

La praxis de esta sentencia en el Perú es, en muchos casos, permanente; en lo que respecta a la conceptualización de estas sentencias, el TC señala que son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Sin embargo, en lugar de declarar su invalidez constitucional, le confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

Los efectos de este tipo de sentencias, resultan ser muy particulares, por cuanto subyace en ella el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo; esto es, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo, con lo cual, en parte, esta figura se homologa con la versión de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada por el Congreso. Igualmente, el TC se ha pronunciado en forma puntual que la exhortación de estos fallos puede concluir por alguna de las siguientes vías:

- a) Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- b) Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutoria dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia⁸⁰.
- c) Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutoria.

Sobre el particular, el TC ha producido una importante cantidad de sentencias en esta materia, exhortando a los poderes del Estado; empero, dichos fallos, en puridad, no tienen efectos vinculantes. No obstante, puede ocurrir que en el segundo supuesto antes señalado, vincule

exhortación al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, dirá “en la presente legislatura”, las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

⁸⁰ STC 0004-2004-CC/TC recaída en el Caso del Conflicto de Competencias por el presupuesto del Poder Judicial.

posteriormente al legislador por su incumplimiento, y en el tercer supuesto, impuesta una recomendación encaminada a que efectúe el legislador una determinada actividad y éste no lo hiciera, sí sería posible una posterior sentencia que sí declare la inconstitucionalidad (*sentenze monito*)⁸¹.

2.7.7. Sentencias estipulativas.

Finalmente, el TC identifica a esta variante de sentencia estimativa manipulativa como aquella en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. No obstante, bien cabe aquí formular una legítima crítica, porque se observa permanentemente sentencias que pretenden convertirse en pedagógicas, dando a entender que ellas cumplen un rol docente que consiste en hacer llevar ese saber a toda la comunidad. En realidad, las sentencias no están hechas ni pensadas para enseñar a litigantes y abogados, las sentencias no son para eso. Lo que debe hacerse en una sentencia es resolver un conflicto, despejar una duda o precisar un derecho.

2.7.8. El principio de conservación de la ley.

Mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

2.7.9. El principio de interpretación desde la Constitución.

Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

En este contexto, el TC ha tenido ocasión de precisar que “la experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político,

⁸¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 123-124.

jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un “tiempo”, un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial. En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin”⁸².

2.8. AUTOEVALUACIÓN

a) Control judicial de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

El artículo 142° de la Constitución establece lo siguiente: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral”. Por su parte, el artículo 181° de la Constitución, establece: “El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (...) sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado lo siguiente: “aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo” (STC N.º 02366-2003-AA/TC).

Pregunta: ¿Qué principio de interpretación constitucional está aplicando el TC?

⁸² STC 0004-2004-CC, FJ 3.

b) Las evaluaciones del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM)

Según el artículo 154° inciso 2 de la Constitución, una de las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) consiste en “[r]atificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años”. Esto es lo que se llama la “evaluación integral de desempeño” a los jueces y fiscales de nuestro país.

Sin embargo, el artículo 87° de la Ley 27277, Ley de Carrera Judicial, estableció que, además de la “evaluación integral” cada siete años; todos los jueces serán sometidos a una evaluación cada tres y medio años (“evaluación parcial”), a fin de realizar un cuadro de méritos para proponer los ascensos, promociones y medidas correctivas. Dicha evaluación sería llevada a cabo por una “Comisión de Evaluación de Desempeño”, integrada por 6 miembros, de los cuales 3 serían del CNM, y los otros 3 del Poder Judicial.

Un grupo de ciudadanos planteó una demanda de inconstitucionalidad contra esta ley. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicha disposición, expresando lo siguiente:

“No es, pues, una función expresamente prevista por la Constitución. Y es que la finalidad de la evaluación parcial cada tres años y seis meses, conforme lo indica el artículo 88° de la Ley, es la de contar con un Cuadro de Méritos (...) De otro lado, es la propia Constitución la que prescribe que el Poder Judicial está integrado por órganos que ejercen su gobierno y administración [artículo 143°]. Es decir, es la norma suprema del ordenamiento jurídico nacional la que ha delimitado las competencias del Poder Judicial y del Consejo Nacional de la Magistratura y ha garantizado la autonomía de cada uno de ellos para desarrollar cabalmente las funciones que le han sido asignadas. La ‘evaluación parcial del desempeño’ afecta la autonomía y las facultades de gobierno y de administración del Poder Judicial, pues la competencia de organizar el ‘Cuadro de Méritos’ le corresponde a dicho poder del Estado, tal como lo señalaban los artículos 219° y 220° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En definitiva, la evaluación sólo puede corresponder a quien ejerce el gobierno judicial, el cual está residenciado en el propio Poder Judicial” (STC N.º 0006-2009-PI/TC)

Pregunta: ¿Qué principio de interpretación constitucional aplicó el TC?

c) Proceso de inconstitucionalidad y ley penal

En líneas generales, el Tribunal Constitucional considera que, cuando analiza la constitucionalidad de una ley penal, debe guardar una especial deferencia al legislador, por mandato del principio de legalidad penal (artículo 2º inciso 24, literal d). El TC explica su posición en los siguientes términos:

“La actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) (...) pues ello no sólo afectaría el principio de legalidad penal, el mismo que ha delegado al legislador, y no a los jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino que también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93º, Const.)”.

Pregunta: ¿Qué criterio específico de interpretación constitucional utiliza el TC en su decisión?

d) Rango de los tratados de derechos humanos

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional; posición que ha justificado en los siguientes términos:

“La Constitución vigente no contiene una disposición parecida al artículo 105º de la Constitución de 1979, en la cual se reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos; sin embargo, a la misma conclusión puede arribarse desde una interpretación sistemática de algunas de sus disposiciones. Por un lado, la Constitución, en el artículo 3º, acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales (...) Por otro lado, el artículo 57, segundo párrafo, establece que ‘Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República’” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, fundamentos 27-31).

Pregunta: ¿Qué criterio específico de interpretación constitucional emplea el TC?

2.9. Interpretación de los derechos fundamentales.

La interpretación de los derechos fundamentales también se halla informada por ciertos principios o pautas hermenéuticas que el Colegiado Constitucional también se ha encargado de precisar, entre los cuales destaca primordialmente, en la jurisprudencia del TC, el principio *pro homine* y el principio de interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. En lo que sigue vamos a detenernos en el desarrollo jurisprudencial que el TC peruano ha efectuado de estos principios.

- **Principio *pro homine*.**

Este principio esencial en la interpretación de los derechos fundamentales y que puede ser denominado también como la “*regla de la preferencia*”, significa básicamente que, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquélla que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Como ha establecido el TC, “el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho (...)”⁸³.

- **La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales.**

Conforme ha prescrito la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En tal sentido, como ha enfatizado el TC “el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las

⁸³ STC 1003-1998-AA, FJ 3.

mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”⁸⁴.

- **La interpretación de los derechos fundamentales conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales**

Como ha sido señalado profusamente en la doctrina, las fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente. Así, éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas. La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional.

En el plano de la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por los tribunales internacionales, el TC ha sido claro en señalar que la relación entre éstos “... no alude a una relación de jerarquización formalizada [entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos], sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribió a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁸⁵.

En reciente jurisprudencia El TC peruano ha sido concluyente en señalar que “los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un *referente “mínimo indispensable”*, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta...”⁸⁶.

⁸⁴ STC 5854-2005-PA, FJ 28.

⁸⁵ STC 2730-2006-AA/TC

⁸⁶ STC 1412-2007-AA/TC, FJ 19.

- **El principio de proporcionalidad.**

En la interpretación de los derechos fundamentales un capítulo de especial relieve es el de la proporcionalidad. En el desarrollo de la jurisprudencia constitucional contemporánea, el principio de proporcionalidad es frecuentemente utilizado tanto en el examen de validez de los actos públicos, como en la adecuada resolución de un conflicto de derechos fundamentales. La interpretación del alcance y contenido de un derecho fundamental no es realizado, en la actualidad, en abstracto, sino en relación con el conjunto de bienes jurídicos que la Constitución contiene.

El TC ha sostenido que “[...] el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (*Untermaßverbot*), comprende, en cambio, tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales”⁸⁷.

El principio de proporcionalidad ha sido estructurado a la vez que como un principio sustancial del Estado Constitucional que proscribe la existencia de cualquier arbitrariedad en su seno, como una estrategia para la determinación de la intervención legítima o ilegítima en los derechos fundamentales. En dicho contexto el principio de proporcionalidad como test ha sido estructurado a través de los siguientes sub-principios que pueden ser tratados también como pasos sucesivos del proceso de interpretación. Veamos:

“1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación: De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad: Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

⁸⁷ STC 00045-2004-PI, FJ 27.

- 3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu:** Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental⁸⁸.

2.10. AUTOEVALUACIÓN

- Caso 01

El señor Pedro Espinoza, que cuenta con 65 años de edad, interpuso una demanda de amparo contra el Segundo Juzgado Civil de Lima, a fin de que el magistrado titular de dicho Juzgado cumpla con ejecutar una sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el año 1999, y que ordenaba el pago de su pensión, y que hasta la fecha no había sido adecuadamente cumplida por la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Sin embargo, el Juzgado Constitucional de Lima declaró la improcedencia de la demanda, señalando que *“el actor no ha precisado la resolución judicial materia de cuestionamiento y que no se ha podido constatar que ostente la calidad de firme”*. A su vez, la Sala de segunda instancia confirmó la improcedencia liminar, alegando que *“el plazo de sesenta (60) días hábiles para interponer el amparo ha vencido en exceso”*.

Ud. es juez, y debe resolver esta controversia ¿Cuál sería su decisión y qué principio de interpretación de los derechos fundamentales aplicaría en este caso?

- Caso 02

El señor Estalin Pinedo interpuso una demanda de amparo contra el Juzgado de Paz Letrado de Lima, a fin de que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso judicial sobre filiación extramatrimonial promovido en su contra, por la señora Gianina López a favor de su menor hija Lucía. En dicho proceso judicial, se había declarado judicialmente al Sr. Pinedo como padre biológico de la menor, pero éste no había podido

⁸⁸ STC 00027-2006-PI. FJ 73.

oponerse porque no fue notificado con la demanda ni con las resoluciones recaídas en el trámite del proceso. El demandante alegó la violación de su derecho al debido proceso y a la defensa, al no haber sido notificado válidamente de los actos procesales.

Ud. es el juez llamado a decidir la controversia, por lo que estando probado que el Sr. Pinedo no fue notificado ni emplazado en el proceso, se le pregunta: ¿Qué principio de interpretación de los derechos fundamentales debe aplicarse en este caso? ¿Cuál sería el fallo de su sentencia?

- **Caso 03**

La cadete Yesenia Baca interpuso una demanda de hábeas corpus contra el Director de la Escuela de Policía de Tumbes, a fin de que se ordene su alta del Hospital de la Policía de su ciudad, a fin de que continúe sus estudios como cadete de la Escuela. Ella fue internada en dicho nosocomio a causa de algunos malestares derivados de su estado de embarazo. Y cuestionaba que se le estaba reteniendo indebidamente en el hospital, lo cual significaba una discriminación por razón de su estado de gravidez.

El Juzgado y la Sala declararon la sustracción de la materia, por cuanto al momento de sentenciar, la cadete ya había sido dada de alta. E, igualmente, declararon improcedente la afectación del derecho a la igualdad y no discriminación, porque éste no es un asunto que pueda dilucidarse en la vía del hábeas corpus.

Ud. es juez, y debe sentenciar en este caso. ¿Qué argumento podría alegar para pronunciarse sobre el derecho a la igualdad (y otros derechos más) en un proceso de hábeas corpus? ¿Cuál sería el fallo de su sentencia?

2.11. Lectura: “La interpretación constitucional como problema”, de Domingo García Belaunde

Fuente bibliográfica:

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “La interpretación constitucional como problema”, en *Pensamiento Constitucional*, Vol. I, Núm. 1, 1994, pp. 13-36.
- *DISPONIBLE EN EL ANEXO DE LECTURAS*

Objetivo: bien podría afirmarse que el principal problema de la ciencia del Derecho Constitucional –y en particular, del constitucionalismo contemporáneo–, es el relativo a la interpretación constitucional. El estudio de este tópico, sin embargo, exige del investigador y operadores jurídicos determinadas herramientas hermenéuticas pero, sobre todo, una especial predisposición a ver en la Constitución, antes que un texto rígido cuyo significado debe ser “descubierto”, un plexo de valores y principios cuyo contenido está sujeto a una constante evolución y reajuste, al igual que la realidad que intenta ser normada. De ahí que resulte necesario examinar en sus justos términos los distintos vértices del problema que representa la interpretación de nuestra Ley Fundamental.

Dispersión temática de la lectura (breve sinopsis)

1. Surgimiento del problema
 - Surge con la codificación en el Siglo XIX
 - Pertenece a los predios del Derecho Civil
 - En USA: el caso Marshall (1801-1835) y el caso Warren (1953-1969)
 - En Europa: surge posterior a la segunda guerra mundial
2. Aparición del tema en América Latina
 - Aparece en la década de los 60 (Linares Quintana)
 - Se incrementa en los 70
3. La interpretación y su ubicación
 - Toda interpretación tiene un punto de partida filosófico
 - Es también un problema filosófico-jurídico
 - Es un problema jurídico-dogmático
4. Que implica interpretar: es asignarle un sentido a la norma
5. La concepción clásica de la interpretación judicial silogismo
 - Caso del oso en el andén
 - * Momentos del proceso interpretativo:
 - Establecer el sentido de la norma (momento semántico) en el cual se utilizan diversos tipos de razonamientos, incluyendo una opción valorativa,
 - Momento fáctico, esto es, la probanza de los hechos, de acuerdo a una especial teoría de la prueba,

- Subsumir los hechos dentro del supuesto de la norma (momento de subsunción), y
- Momento lógico, para deducir las consecuencias de todo lo anterior.

6. Características del proceso interpretativo

- Supone la existencia de un texto
- El lenguaje es un lenguaje natural (aún cuando se usen términos técnicos)
- Está siempre vinculado a un caso práctico
- El mundo jurídico se materializa en normas (y estas normas no son verdaderas o falsas sino legales o ilegales, válidas o inválidas)
- Las normas son portadoras de valores
- Las normas son temporales
- La interpretación supone un razonamiento que no tiene que ver sólo con aspectos lógicos, sino extra lógicos.
- En toda interpretación se dan dos contextos: la explicación y la justificación

7. El problema de los métodos

- El planteo clásico de Savigni:
 - El gramatical
 - Histórico
 - El lógico y sistemático
- El método exegético

8. Los problemas que trae la teoría de la interpretación constitucional

- ¿La interpretación descubre o crea?
- La voluntad que hay que tener presente en el proceso interpretativo
 - ¿Se trata de la voluntad del legislador o de la voluntad de la ley?
 - Explicar la corriente norteamericana: originalismo o no interpretativismo vs textualismo o interpretativismo
 - A su vez, en lo relacionado con la voluntad del legislador, cabe hacer dos distinguos: por un lado lo que realmente dijo el legislador en su momento (legislador histórico) y por otro, lo que nosotros pensamos que hubiera dicho en las actuales

circunstancias (legislador presunto). Con lo cual estamos en el fondo haciendo una hipóstasis, que esconde una verdadera creación).

- Sobre la interpretación auténtica
 - La interpretación doctrinaria, judicial y auténtica

9. Características de la norma constitucional

- Norma suprema del Estado
- Es una norma cuyo procedimiento de elaboración es distinto a todas las demás normas
- La Constitución tiene siempre carácter político
- La Constitución tiene opciones valorativas o axiológicas
- La Constitución es un conjunto articulado
- Las normas constitucionales son incompletas

10. Fines de la interpretación constitucional

- Toda Constitución pretende durar en el tiempo
- La Constitución debe ser interpretada de manera que más le favorezca para su conformidad
- La Constitución debe adaptarse a los nuevos tiempos

11. Criterios orientadores de la interpretación constitucional

- Presunción de constitucionalidad
- Concordancia práctica
- Razonabilidad
- Previsión de consecuencias
- Principio *pro homine*
- Fórmula política

12. Pluralidad de intérpretes en la Constitución

13. Epílogo: el acto interpretativo constitucional

TEXTO DISPONIBLE EN EL ANEXO DE LECTURAS

Preguntas:

- **Según el autor, uno de los problemas de la interpretación jurídica, consiste en determinar si la interpretación "descubre"**

o “crea” significados en las normas. ¿Cuál es la posición del autor respecto a este tema?

- Según el autor, una característica de la norma constitucional, que a su vez condiciona su interpretación, es que generalmente se trata de “normas incompletas”. ¿Por qué razón?
- Según el autor, ¿cuál es el primer fin u objetivo de la interpretación constitucional? Justifique su respuesta
- Según el autor, uno de los criterios orientadores de la interpretación constitucional, es el criterio de la presunción de constitucionalidad ¿en qué consiste este criterio de interpretación?

2.12. Criterios o estándares de interpretación constitucional

Actualmente, la interpretación constitucional ha alcanzado en términos cosmopolitas, una serie de estándares que deben ser tomados en cuenta por todo operador intérprete, bien sea de los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales, allí donde impera el modelo europeo, austríaco o kelseniano; o bien en los modelos del control difuso o americano; bien sea en cualquier de los modelos, como es en el caso nuestro, en la que coexisten ambos y que hoy se identifica como un modelo *dual o paralelo de jurisdicción constitucional*, los jueces deben tener en su excurso argumentativo, sobre todo cuando se trata de aplicar el artículo 51º, en concordancia con el 138º *in fine*, esto es, el control difuso de constitucionalidad; o en su caso, cuando se trata de algún proceso constitucional de tutela de los derechos fundamentales, la judicatura debe manejar los siguientes criterios que a continuación, el TC los ha textualizado en diferentes fallos que forman parte de los *obiter dicta* o de los argumentos de paso, que estructuran toda sentencia constitucional. Veamos:

2.12.1 Presunción de constitucionalidad

“El principio de presunción de constitucionalidad de las normas establece que una ley no será declarada inconstitucional a menos que exista duda razonable sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que, en tanto no se demuestre la abierta inconstitucionalidad de la norma, el juez

constitucional estará en la obligación de adoptar una interpretación que la concuerde con el texto constitucional”⁸⁹.

“Determinada la competencia de este Tribunal para resolver la presente causa, se mantiene aún la dificultad de establecer con precisión cuál es el parámetro que servirá para declarar inconstitucional, o no, la Ley N° 28389.

Si, según el artículo 109 de la Constitución,

“(…) la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”,

es posible que el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pueda fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados.

Esta presunción cuenta con un grado superior o reforzado de legitimidad en caso que la ley aprobada sea una de reforma constitucional, siempre que hubiese sido dictada por el poder constituyente instituido del que goza el Congreso nacional, en este caso a través del poder de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución”⁹⁰.

2.12.2. Razonabilidad.

- **Noción**

“La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.” (STC 00090-2004-PA, párrafos 2 y 3 del FJ 35)

- **Doble perspectiva**

“[...][L]a razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa.

⁸⁹ STC 0020-2003-AI/TC, FJ. 33.

⁹⁰ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 6.

La **razonabilidad cuantitativa** pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La **razonabilidad cualitativa** pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.” (STC 00090-2004-PA, párrafos 4 y 6 del FJ 35)

- **Razonabilidad y el trato diferente**

“[...]La razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”.

De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.” (STC 00045-2004-PI, FJ 23 y 24)

2.12.3 Previsión de consecuencias.

El TC ha utilizado en diversos fallos la interpretación previsoras que presupone auscultar las consecuencias que puede desencadenar un fallo. Lo que a continuación sigue son diversos criterios expuestos por el Tribunal, con relación a este tema:

“En tal sentido, si bien se ha restituido la integridad de la versión original del Himno Nacional ante la omisión del legislador, la adición de una estrofa cuya autoría no corresponde a don José de la Torre Ugarte constituye también una alteración de su obra en cuanto a su integridad – conforme las opiniones de los expertos Kresalja y Ugarteche, citadas en el fundamento N.º 16, supra, y que este Colegiado comparte– y, por tanto, vulnera también el derecho moral de integridad de la obra inherente al derecho de autor protegido por el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como ha precisado Néstor Pedro Sagües, que: “(...) el fallo judicial no puede emitirse en abstracto, sino debe medir los resultados o debe verificar las consecuencias de su decisorio, es decir, que la interpretación constitucional no termina en la mera interpretación, sino que pasa a una segunda etapa, donde el Magistrado constitucional debe preguntarse respecto del producto interpretativo al que ha arribado, qué resultados producen en la sociedad, tanto económicos, políticos (...) que puede acarrear el decisorio. La doctrina de la interpretación previsoras de la Constitución aconseja que el producto interpretativo, aunque sea formalmente correcto, no obstante debe ser desechado por el interprete operador, si ese producto interpretativo formalmente pulcro, acarrea consecuencias negativas para el imputado o la sociedad y por lo tanto en tal hipótesis se acarrea consecuencias disvaliosas. Debe recomenzarse la tarea interpretativa hasta hallar un producto interpretativo aceptable, sensato, razonable, útil, provechoso”.

Así, de acuerdo al principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, y haciendo una interpretación previsoras de la Constitución, este Colegiado considera que cualquier declaración de inconstitucionalidad relativa al artículo 4.º de la Ley N.º 1801, en el extremo que incorpora la primera estrofa, generaría lo siguiente:

- a) Incertidumbre entre los peruanos.
- b) Afectaría indirectamente la música del Himno Nacional, puesto que las partituras musicales han sido compuestas considerando la primera estrofa.

c) Afectaría el derecho a la cultura, reconocido en el inciso 8.º del artículo 2.º de la Constitución y;

d) Se vulneraría el patrimonio cultural de la Nación protegido por el artículo 21.º de la Constitución, toda vez que esta estrofa se canta incluso desde antes de la promulgación de la Ley impugnada.

Por ello, a la luz del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, deben agotarse las posibilidades interpretativas antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Al respecto, se ha manifestado que “En el análisis de la constitucionalidad de las leyes, (...) este Tribunal se encuentra obligado a buscar, entre las diversas opciones interpretativas, una que armonice razonablemente con la Constitución; y sólo en el caso de no hallarla, se verá obligado a declararla inconstitucional”. (Caso Colegio de Abogados de Lima contra el artículo 4.2. de la Ley N.º 27056, Exp. N.º 0005-99-I/TC).

En consecuencia, este Colegiado declara que el Congreso de la República sí tenía competencia para incluir una primera estrofa de autor anónimo en la versión oficial del Himno Nacional que estableció, siempre que se interprete jurídicamente y se haga de público conocimiento que la letra del Himno Nacional del Perú establecido por el artículo 4.º de la Ley N.º 1801 comprende la versión original completa debida a la pluma de José de la Torre Ugarte, y que este Tribunal ha restituido, y una primera estrofa de autor anónimo establecida e incorporada por voluntad del pueblo peruano representado por el Congreso de la República”⁹¹.

2.12.4 Preferencia por los derechos: in dubio pro homine o favor libertatis.

- **Noción**

“[...] [E]l principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, [...] se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho [constitucional] [...]”⁹²

“El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y

⁹¹ STC 0044-2004-AI/TC, FJ. 24.

⁹² STC 1003-1998-AA, FJ 3

extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma [...]”⁹³

“[...] [E]l principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [...]”⁹⁴

2.12.5. Magisterio constitucional.

Aunque el Tribunal Constitucional raras veces se ha autocalificado en sus propias sentencias, se trata aquí de que cuando emite un fallo de suyo relevante, el TC aprovecha la oportunidad para hacer una suerte de catequesis o de formación cívica en lo que autores como Karl Loewenstein y Pablo Lucas Verdú, han calificado como “*sentimiento constitucional*”, es decir, el apego y lealtad que tanto los “detentadores del poder” o “gobernantes”, y los “destinatarios del poder” o “gobernados”, se identifican con los principios y contenidos axiológicos que entraña la Constitución que, a decir de Germán Bidart Campos, es “cosa buena”. En consecuencia, el magisterio constitucional son pues los argumentos de paso u *obiter dicta* de carácter suasorio o persuasivo que realiza el TC para generar axiológicamente una identificación de valores que entraña toda democracia.

2.12.6. Fórmula política.

Toda Constitución siempre va a tener un techo ideológico o una fórmula política y cuyos orígenes se remontan al escenario constituyente de quienes integraron el ejercicio del poder constituyente en su momento. Así pues, dichos autores o legisladores constituyentes van a establecer sus concepciones ideológico-partidarias o su cosmovisión del mundo, o sus doctrinas políticas, y que van a estar subyacentes en forma expresa o tácita en todo el cuerpo normativo de la Constitución. He ahí la “fórmula política”, y esto es vital al momento en que se va a realizar una interpretación constitucional de ribetes políticos: aquí el juez ha de tener presente esa “fórmula política” y mantener lealtad con dicho techo ideológico. En caso contrario, un no respeto a dicha fórmula significaría entrar en los predios de lo que Georg Jellinek denominara en su momento como las “*mutaciones constitucionales*”, que constituyen interpretación

⁹³ STC 20005-2009-AA, FJ 33

⁹⁴ STC 1049-2003-PA, FJ 4

muchas veces distintas a la tesis primigeniamente ideológica de la Constitución.

2.13 Lectura: “Los límites de la interpretación constitucional”, de Manuel Atienza

Fuente bibliográfica:

- ATIENZA, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía*, N.º 6, abril de 1997, pp. 9-30.
- **DISPONIBLE EN ANEXO DE LECTURAS**

Objetivo: para que la interpretación de la Constitución no sea una actividad ligada únicamente al mero juicio de valor del juez constitucional, resulta preciso imponer ciertos límites a este ejercicio hermenéutico, a fin de dotarle de las necesarias garantías de imparcialidad, justicia material y seguridad jurídica que requiere. Desde esta perspectiva, analizaremos los distintos límites que, además de la propia Constitución, guían u orientan la actividad interpretativa del operador jurídico.

Pregunta:

1. ¿Qué entiende el autor por “casos trágicos” y cuáles son los desafíos que plantea a la interpretación constitucional? Explique brevemente y ponga algunos ejemplos

2.14. Lectura: “La sociedad abierta y los intérpretes constitucionales”, de Peter Häberle

Fuente bibliográfica:

- HÄBERLE, Peter: “La sociedad abierta y los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución” en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 6, Núm. 11, 2008, pp. 29-61.
- **DISPONIBLE EN ANEXO DE LECTURAS**

Objetivo:

La tesis de la pluralidad de intérpretes de la Constitución (formulada en su momento por el profesor Peter Häberle) postula que, en una sociedad abierta y democrática, todos los ciudadanos (aunque unos con carácter vinculante, a diferencia de otros) pueden manifestar sus puntos de vista en torno a la interpretación de los derechos de que son titulares y, de esta

forma, contribuir al enriquecimiento del debate constitucional que se genera tanto en el ámbito de la política como en los tribunales de justicia. Partiendo de esta postura doctrinaria, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo en el proceso de inconstitucionalidad la incorporación de determinados sujetos procesales que, pese a no ser parte, brindar una tesis interpretativa relevante para examinar la constitucionalidad de las leyes. Por ello, en este acápite, revisaremos esta importante teoría, cuya importancia en materia interpretativa resulta innegable.

Para el caso de nuestra jurisdicción constitucional, los intérpretes de orden jurisdiccional son tres a tomar en cuenta: el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional. De acuerdo a cómo se prefigurado esta pluralidad en nuestra Constitución, se aprecia que de los tres órganos intérpretes, uno es el “primus inter pares”: el TC. Y ello en razón a que tanto las resoluciones del Poder Judicial como del propio Jurado Nacional de Elecciones, pueden ser residenciadas vía sendos procesos, por ejemplo, de amparo. A la larga, en algún sistema jurisdiccional debe cerrarse los contenciosos constitucionales, y ello lo va a tener a cargo, finalmente, el Colegiado Constitucional.

Pregunta:

¿Cuál es el concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” que formula Peter Häberle y cuál es su importancia para la teoría de la interpretación constitucional?

2.15. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales

Objetivo: la especial naturaleza de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales hace que su interpretación sea una labor harto complicada y no exenta de matices. Al respecto, el interesante y acucioso debate suscitado en la doctrina entre las teorías coherentistas y conflictivistas de los derechos, revela que la actividad interpretativa de los derechos se vincula inevitablemente a una determinada postura filosófica, que es menester poner de relieve.

Dispersión temática:

1. La estructura de las disposiciones de derechos fundamentales
 - 1.1. Norma regla y norma principio
 - 1.2. Disposiciones de derecho fundamental
 - 1.3. Norma de derechos fundamental
 - 1.4. Posiciones de derecho fundamental.

- 1.5. Los derechos fundamentales como principios. Los principios como mandatos de optimización. Su interpretación. La tesis del Tribunal Constitucional.
2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental
3. Límites y contenido esencial de los derechos fundamentales
4. Estructura del test de proporcionalidad
 - 4.1. El sub-principio de legitimidad constitucional
 - 4.2. El sub-principio de idoneidad
 - 4.3. El sub-principio de necesidad
 - 4.4. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto. La ponderación y la fórmula del peso

2.15.1 Interpretación de los derechos fundamentales.

La interpretación de los derechos fundamentales también se halla informada por ciertos principios o pautas hermenéuticas que el Colegiado Constitucional también se ha encargado de precisar, entre los cuales destaca primordialmente, en la jurisprudencia del TC, el principio *pro homine* y el principio de interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Veamos:

- **Principio pro homine.**

“No resulta acorde con el principio pro homine y pro libertatis de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquélla que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio pro homine impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en este caso, de ocasionar la caducidad y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto administrativo presuntamente lesivo. La tesis interpretativa que posibilita esto último es justamente la que proviene del propio tenor literal de la norma antes referida y de la propia naturaleza del silencio administrativo negativo; esto es, la que establece que el administrado, luego de haber impugnado un acto administrado y transcurrido el plazo para resolverlo, puede acogerse al silencio administrativo o esperar el pronunciamiento expreso de la

Administración, sin que la opción por esta última alternativa genere la caducidad en el ejercicio del derecho de acción”⁹⁵.

- **Su interpretación conforme a los tratados internacionales.**

“Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”⁹⁶.

“La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28°, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y

⁹⁵ STC 1003-1998-AA, FJ 3.

⁹⁶ STC 5854-2005-PA, FJ 28.

deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones”⁹⁷.

“El artículo 55° de la Constitución señala que

“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

En ese sentido, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de establecer en el Fundamento N.º 22 de su sentencia recaída en el Expediente N.º 0047-2004-AI/TC (Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín), el rango constitucional de los tratados de derechos humanos

“Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional – conforme al artículo 55.º de la Constitución–sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa”.

Asimismo, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución,

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional también dispone que:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

De ahí que este Tribunal estableció en el Fundamento N.º 23 de su sentencia recaída en el Expediente N.º 5854-2005-AA/TC (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles), que:

“El ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales) para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las

⁹⁷ STC 01124-2001-PA, FJ. 8.

disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”.

En base a lo anterior, para este Tribunal queda claro que la norma sometida a control no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Tampoco puede obviarse lo consagrado por la normatividad internacional en el sentido de que toda persona tiene derecho a recurrir a través de un procedimiento ágil e idóneo ante el órgano jurisdiccional para la protección de sus derechos humanos frente a vulneraciones de cualquier autoridad:

El artículo 8.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole”.

Por su parte, el inciso 1) del artículo 25° de la Convención señala que

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Respecto de dichos artículos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Casos Velásquez Rodríguez, Fiaren Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz; Excepciones preliminares; Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente, ha establecido que

“(…) el artículo 25.1° de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que

la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”[4]; y que “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”.

En correspondencia con esos mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución Política del Estado en el inciso 2) de su artículo 200° consagra que “la acción de amparo procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución”. La ley fundamental no excluye a ninguna autoridad, ya que la lesión de un derecho fundamental es una posibilidad que puede provenir, incluso, de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y, frente a tal eventualidad, le corresponde en primer lugar al Poder Judicial restituir el derecho, luego al Tribunal Constitucional, si el amparo ha sido desestimado y, finalmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos si el agraviado no ha encontrado la reposición de su derecho incluso en sede del propio Tribunal Constitucional.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido, en el Caso Tribunal Constitucional vs Perú, Etapa de fondo, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71:

“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (...). De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de

carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana”

Para la resolución del caso es oportuno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas. En efecto, en el Caso Yatama vs. Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos. Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...) [5]”.

Complementariamente a ello, en el Fundamento N.º 39 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 5854-2005-AA/TC (Caso Pedro Andrés Lizana Puelles) también se estableció que :

a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional [6] (artículo 201º de la Constitución y artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad

normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC —artículos 178°, 182° y 183° de la Constitución—), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el Jurado Nacional de Elecciones, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176° de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

c) Este Colegiado considera, sin embargo, que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, “debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación[7]”, ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral[8]”.

d) Resulta evidente que esta previsión de la Corte Interamericana, no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional declara que, de conformidad con el artículo 178.5° de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones constituye la única entidad competente para, concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales

correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce⁹⁸.

- **Su interpretación conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales.**

“Hemos dicho, en efecto, que el contenido esencial constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no solo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; es decir, de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe solo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) (cf. STC 4587-2004-HC/TC. FJ 44. Caso Santiago Martín Rivas)⁹⁹.

- **Sobre el criterio de literalidad en la interpretación de los derechos fundamentales**

“(…) en materia de interpretación de los derechos fundamentales, siendo importante el criterio de la literalidad para comprender el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, éste, por sí sólo, es insuficiente para brindar una respuesta constitucionalmente adecuada. Ello se debe a que las cláusulas en las que se encuentran reconocidos estos derechos no tienen una estructura semejante a la de las “normas completas”, esto es, que prevean un supuesto de hecho al cual sea posible derivar una consecuencia jurídica, sino que se tratan de disposiciones que tienen la estructura de “principios”, es decir, son conceptos jurídicos indeterminados que contienen mandatos de optimización que aspiran a ser realizados y concretizados en cada circunstancia¹⁰⁰.

⁹⁸ STC 0007-2007-PI, FJ. 12-24.

⁹⁹ STC 8817-2005-HC, FJ 22.

¹⁰⁰ STC 00858-2003-PA, FJ. 12.

2.15.2. El principio de proporcionalidad.

- **Fundamento. Su relación con el principio de razonabilidad**

En la interpretación de los derechos fundamentales un capítulo de especial relieve es el de la proporcionalidad. En el desarrollo de la jurisprudencia constitucional contemporánea, el principio de proporcionalidad es frecuentemente utilizado tanto en el examen de validez de los actos públicos, como en la adecuada resolución de un conflicto de derechos fundamentales. La interpretación del alcance y contenido de un derecho fundamental no es realizado, en la actualidad, en abstracto, sino en relación con el conjunto de bienes jurídicos que la Constitución contiene. En un primer momento, el TC destacó la naturaleza del principio de proporcionalidad como un *principio general del Derecho*, que en nuestro caso se encontraba positivizado en el artículo 200 de la Constitución. Veamos:

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”¹⁰¹.

Posteriormente, el TC ubicó el citado principio de proporcionalidad dentro de la categoría del debido proceso sustantivo y como una exigencia que debía cumplir todo juez al momento de decidir una controversia jurídica. Veamos:

“la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de

¹⁰¹ STC 00010-2002-AI/TC, FJ. 195.

la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes”¹⁰².

Por otro lado, el TC también ha vinculado el principio de proporcionalidad con el principio de razonabilidad, el cual ha derivado a su vez del principio general de interdicción a la arbitrariedad y del valor de la justicia. Así ha dicho el TC:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales”¹⁰³.

En un momento posterior, sin embargo, el propio Colegiado Constitucional, aún cuando los continúa homologando en gran medida, ha intentado distinguir ambos principios, sobre la base de una evaluación analítica entre el resultado de un proceso argumentativo y la forma cómo se arriba a él. Veamos:

“El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”¹⁰⁴.

¹⁰² STC 1209-2006-AA/TC, FJ. 28.

¹⁰³ STC 0050-2004-AI/TC, FJ. 109.

¹⁰⁴ STC 2192-2004-AA/TC, FJ. 15.

Por último, el Tribunal, asimilando la influencia del test de proporcionalidad tal y como se concibe en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha desarrollado de modo amplio y analítico el principio de proporcionalidad, superando la estrecha evaluación de la intervención en un derecho fundamental, con base en el principio de razonabilidad. Veamos:

“En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.

La forma de operar de este par conceptual –razonabilidad y proporcionalidad- implica advertir que “(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”.

De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.

La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre

medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad.

Ahora bien, esta exigencia de proporcionalidad conjunta a la de razonabilidad, resulta ciertamente restringida en comparación con el denominado “principio de proporcionalidad”. En efecto, el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (Untermaßverbot), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. Así lo ha adoptado también la jurisprudencia de este Colegiado.

En el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad. Justamente, la exclusión de la ponderación, en esta exigencia de razonabilidad-proporcionalidad, la convierte en insuficiente e imperfecta. La protección de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de igualdad, impone que el examen de las intervenciones que se operan en ellos tenga que satisfacer plenamente, de ser el caso, también el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad.

En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ STC 00045-2004-AI/TC, FF.JJ. 21-30.

- **Sub principios.**

“**1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación:** De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad: Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu: Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”¹⁰⁶.

- **Su aplicación en el control constitucional de las decisiones judiciales.**

“En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁰⁶ STC 00027-2006-PI. FJ 73.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar “si existen medios alternativos al optado”, en este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁰⁷.

- **Aplicación del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad**

“Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

La intervención en la igualdad. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un

¹⁰⁷ STC 01209-2006-PA, FJ 55, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación.

“Intensidad” de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles[16]:

- Intensidad grave.
- Intensidad media.
- Intensidad leve.

a) Una intervención es de intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de intensidad leve cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.

La finalidad del tratamiento diferente. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El

objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.

Examen de idoneidad. La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin[17]. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.

Examen de necesidad. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio[18], esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.

Proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación[19]. Conforme a ésta:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la “afectación de la igualdad”- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado.

Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos:

“Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional”.

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional.

Forma de aplicación. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es

idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”¹⁰⁸.

“Mediante las Resoluciones N.º 001-018/07-CD, N.º 002-018/07-CD y N.º 005-18/2007-TH, la Universidad San Ignacio de Loyola aplicó al alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo la máxima sanción posible prevista en el Reglamento General de Estudios, consistente en separarlo de forma definitiva, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 60º, inciso a) y 66º del referido Reglamento.

El objetivo de la medida adoptada por la Universidad fue sancionar el consumo de drogas u otras sustancias tóxicas dentro del campus académico, estableciendo que esta medida no será tolerada bajo ninguna circunstancia. Si bien el demandante reconoció haber fumado el cigarrillo de marihuana, la Comisión Disciplinaria optó por aplicar rigurosamente el Reglamento para de esta forma evitar que otros alumnos incurran en la misma infracción.

Cabe destacar que al momento de los hechos, el demandante se encontraba cursando el último ciclo de estudios y le faltaba 11 semanas para terminar la carrera de Administración. Además, se acredita que entró a la Universidad bajo la modalidad de tercio superior, que había participado en actividades extracurriculares, su rendimiento académico era de media superior y no presentaba antecedentes de faltas administrativas.

En este sentido, el demandante sostiene que si bien el Reglamento de la Universidad San Ignacio de Loyola establece las conductas que se consideran como faltas, no hay una precisión con respecto a cuáles deben ser graves o leves, por lo que la valoración de la Comisión Disciplinaria y del Tribunal de Honor es arbitraria al carecer de un parámetro objetivo de evaluación y aplicación (fojas 35).

Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y

¹⁰⁸ STC 0045-2004-PI, FJ. 33-41.

las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional.

En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto[6]. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta[7].

A su vez, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad.

La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”[8]

Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3º y 43º de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo[9].

En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha hecho[10]:

- a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
- b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.

c. Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

En el caso concreto, la Comisión Disciplinaria tenía la posibilidad de aplicar la sanción de amonestación, de suspensión o de separación de acuerdo con el artículo 66° del Reglamento. Sin embargo, al considerar que el consumo de drogas es una falta grave, la suspensión o amonestación no sería la medida adecuada puesto que mandaría un mensaje de flexibilidad o tolerancia frente a un problema social que es el consumo de drogas. De ahí que disponiendo de una serie de sanciones, se dispuso la separación definitiva del alumno.

Cabe destacar que el examen toxicológico tomado por el demandante el 18 de julio de 2007 y presentado ante la Comisión Disciplinaria tuvo resultado negativo (fojas 10), por lo que al momento de los hechos se puede concluir que el consumo de dicha droga fue circunstancial y que este no presentaba síntomas de adicción o uso continuo de la misma.

Si bien el consumo de drogas es una situación que no es promovida por el Estado, cabe destacar que la Comisión Disciplinaria decidió no considerar la situación particular del demandante y tampoco tomó en cuenta el examen toxicológico. Por otro lado, no consideró que el alumno se encontraba en el último semestre de la carrera y que una de las funciones de la universidad, sino la más decisiva, es la de formar a las personas.

Para tomar esta decisión, la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor sostuvieron que es deber de la Universidad hacer prevalecer el principio de respeto y de disciplina en general (fojas 3), de ejercer la disciplina con rigurosidad (fojas 4) y de propiciar y garantizar el bienestar y el ambiente saludable de toda la comunidad universitaria (fojas 7).

Al analizar todos los elementos de juicio del caso, resulta cuestionable para este Tribunal que en el proceso disciplinario que culminó con la separación definitiva del demandante, la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor hayan omitido la valoración de toda prueba o elemento contextual que atenúe la responsabilidad asumida por él, cuando ésta representa la única garantía de justicia y proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción a imponerse.

Por este motivo, este Tribunal Constitucional considera que la relación entre los hechos y la sanción impuesta por la Universidad San Ignacio de Loyola, en el presente caso, resulta desproporcionada y sin una base

objetiva que la sustente, violando el principio de razonabilidad con el que se debe actuar en uso de sus facultades discrecionales.

En consecuencia, la decisión de la Comisión Disciplinaria y del Tribunal de Honor es violatoria al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, y causan, en el presente caso, la violación de otro derecho constitucionalmente reconocido, como es el de educación, reconocido en el artículo 13° de la Constitución.

Esta violación se constituye puesto que la separación definitiva del alumno por el consumo de un cigarrillo de marihuana cometido en un contexto particular y único de su vida, faltando apenas once semanas para terminar la carrera, lo coloca en una situación de indefensión y desigualdad frente a sus pares.

Por más que él pueda intentar seguir la carrera en otra universidad, la decisión no solo el acceso a la educación sino también su libre desarrollo de la personalidad, en el sentido que la Resolución de la Universidad genera un antecedente que lo acompañará durante su vida universitaria y desarrollo profesional. Además, en el texto de la resolución expresamente se señala la separación por el consumo de droga, siendo indiferente si se está frente a una persona con una adicción o si se trata de un caso aislado.

Por esta razón es que el Tribunal Constitucional considera que la demanda de autos es fundada en la medida que la decisión de la Universidad es desproporcionada, no porque el consumo de marihuana en el campus universitario no amerite una sanción grave, sino porque la estructura del régimen disciplinario es ambigua e indeterminada, afectando los principios de proporcionalidad y razonabilidad reconocidos en los artículos 3°, 43° y 200° de la Constitución.

La presente decisión no puede ser asumida como que el Tribunal es permisivo o tolerante ante el consumo de drogas, sea dentro o fuera del campus universitario. El Tribunal Constitucional ha incidido enfáticamente en el problema social que causa el consumo y el tráfico ilícito de drogas[11]. En esta línea, la adopción y ejecución de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2007-2011, la cual contiene un Programa de Prevención al Consumo de Drogas y Rehabilitación del Drogodependiente, debe ser una responsabilidad de toda la sociedad”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ STC 0535-2009-PA, FJ. 11-28.