

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES QUE
DESNATURALIZAN LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO, PERIODO 2004-2012**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Presentada por:

Bachiller: LUISA CUZCO ALCÁNTARA

Asesor:

Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA

Cajamarca, Perú

2023

COPYRIGHT © 2023 by
LUISA CUZCO ALCÁNTARA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES QUE DESNATURALIZAN LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, PERIODO 2004-2012

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Presentada por:

Bachiller: LUISA CUZCO ALCÁNTARA

JURADO EVALUADOR

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

M.Cs. José Luis López Núñez
Jurado Evaluador

M.Cs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz
Jurado Evaluador

Cajamarca, Perú

2023



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU




PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS


Siendo las **18:40** horas, del día 27 de enero de dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, M.Cs. NILTON YAQUILIN ROJAS RUIZ, M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ** y en calidad de Asesor el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES QUE DESNATURALIZAN LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, PERIODO 2004-2012”**, presentada por la **Bachiller en Derecho LUISA CUZCO ALCÁNTARA**.


Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISIETE (17) - EXCELENTE** la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bachiller en Derecho LUISA CUZCO ALCÁNTARA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**.

Siendo las **19:45** horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. José Luis López Núñez
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Nilton Yaquilin Rojas Ruiz
Jurado Evaluador

A: Mis padres, familiares y amigos, por su apoyo y orientación, por impulsarme a seguir adelante.

AGRADECIMIENTO:

A mi alma mater, Universidad Nacional de Cajamarca, que me acogió, brindándome una sólida formación académica y moral. A mis profesores, por los aprendizajes recibidos para mi formación profesional. A mis asesores, sin su orientación no hubiera sido posible concluir la presente tesis.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
TABLA DE CONTENIDO.....	vi
AGRADECIMIENTO:.....	vi
RESUMEN	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA.....	1
1.1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	10
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.4. OBJETIVOS.....	12
1.4.1. GENERAL.....	12
1.4.2. ESPECÍFICOS	13
1.5. DELIMITACIÓN.....	13
1.5.1. ESPACIAL	13
1.5.2. TEMPORAL	13
1.6. LIMITACIONES	13
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	14
1.7.1. DE ACUERDO CON EL FIN QUE PERSIGUE	14

1.7.2. DE ACUERDO CON EL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.7.3. DE ACUERDO CON LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN	15
1.8. HIPÓTESIS	16
1.9. MÉTODOS	17
1.9.1. GENERALES	17
1.9.2. ESPECÍFICOS	19
1.10. TÉCNICAS	20
1.10.1. OBSERVACIÓN DOCUMENTAL	20
1.10.2. ARGUMENTACIÓN	20
1.11. INSTRUMENTOS	21
1.11.1. HOJA GUÍA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL	21
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA	21
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	21
CAPÍTULO II	22
MARCO TEÓRICO	22
2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO RELACIONADO CON LA INVESTIGACIÓN	22
2.1.1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PROPUESTA IUSFILOSÓFICA	22
2.1.2. EL POSITIVISMO INCLUYENTE COMO ALTERNATIVA INTERMEDIA	32

2.2.	TEORÍAS Y DOCTRINA BÁSICAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN ..	39
2.2.1.	LA TEORÍA DEL ESTADO COMO SUSTENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS A LOS ORGANISMOS DEL PODER CONSTITUIDO	39
2.2.2.	EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO	58
2.2.3.	LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	65
2.2.4.	CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS EN FUNCIÓN AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS INFRA CONSTITUCIONALES	68
2.2.5.	LOS LÍMITES PROPIOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU INFLUENCIA EN LOS ALCANCES DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS ..	73
2.3.	NORMATIVIDAD COMPARADA Y NACIONAL SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU POTESTAD PARA EMITIR SENTENCIAS INTERPRETATIVAS	80
2.3.1.	LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD ALEMANA	81
2.3.2.	LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD AUSTRIACA	84
2.3.3.	LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD ITALIANA	87

2.3.4. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA	88
2.3.5. LA REGULACIÓN PERUANA Y LA POSIBILIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EMITIR SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS	90
2.4. JURISPRUDENCIA COMPARADA Y NACIONAL ACERCA DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS.....	92
2.4.1. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA.....	92
2.3.1. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA AUSTRIACA.....	98
2.3.2. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA.....	98
2.3.3. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	100
2.3.4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SU AUTOLIMITACIÓN EN CUANTO A LA EMISIÓN DE SENTENCIAS MANIPULATIVAS	102
2.4.2. TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.....	105
A. SENTENCIAS ORDINARIAS.....	105
B. SENTENCIAS ESTIMATIVAS	106
C. SENTENCIAS DES ESTIMATIVAS	108

D.	SENTENCIAS INTERPRETATIVAS	109
a.	SENTENCIAS ADITIVAS	112
b.	SENTENCIAS REDUCTORAS	114
c.	SENTENCIAS SUSTITUTIVAS	115
d.	SENTENCIAS EXHORTATIVAS	116
E.	EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS: ADITIVAS, REDUCTORAS Y SUSTITUTIVAS	119
F.	JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	120
CAPÍTULO III		122
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS		122
3.1.	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	122
3.1.1.	PROCEDIMIENTO DE UBICACIÓN Y RECOLECCIÓN DE EXPEDIENTES EN LA PÁGINA OFICIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	122
3.2.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS	133
3.3.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	144
3.3.1.	FALTA DE AUTONOMÍA ENTRE LA AUTONOMÍA FUNCIONAL DE LOS ORGANISMOS DEL PODER CONSTITUIDO Y SU JERARQUIZACIÓN COMO FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO DEL PODER EN LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	144

3.3.2. LA INDEBIDA PRIMACÍA EN LA JERARQUÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DEBIERA SER HORIZONTAL RESPECTO DE LA JERARQUÍA DE LOS DEMÁS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, PUESTO QUE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL NO IMPLICA SUPREMACÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	157
3.3.3. LA AFECTACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS CON FUNCIÓN LEGISLATIVA CON LA EMISIÓN DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS CON EFECTO ADITIVO O SUSTITUTIVO.....	171
CONCLUSIONES	178
RECOMENDACIONES	180

RESUMEN

El trabajo de investigación tuvo como propósito la identificación de los efectos que causa la auto habilitación del Tribunal Constitucional para emitir sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo sobre el principio de equilibrio del poder. Para tal finalidad, se construyó una investigación básica teórica, con nivel explicativo y diseño cualitativo que se centró en la teoría del Estado como colchón fundamental para cualquier organismo del poder constituido, incluido el Tribunal Constitucional. Así, los componentes de investigación fueron estudiados con una revisión sistemática previa que fue complementada con el uso de la técnica de análisis documental y los métodos generales de análisis y síntesis, así como el método deductivo; con los que se acopió información *iusfilosófica*, teórica, dogmática, normativa y jurisprudencial que pudieron aclarar el contenido, funciones y alcances del Tribunal Constitucional, así como sus límites trazados por la soberanía del pueblo además de los métodos específicos como el dogmático y el argumentativo, por otro lado, la equidad de jerarquía que existe entre este órgano u organismo del poder constituido y otros con encargo de funciones específicas y especializadas y; la imposibilidad que tiene el Tribunal de sobrepasar los límites impuestos por el propio constituyente tanto en la constitución formal como en la constitución material; así como, a causa del respeto estricto del principio del equilibrio del poder que implica autonomía funcional rígida que únicamente podrá ser quebrantada cuando la autorización constituyente así lo permita.

Palabras clave: Equilibrio del poder, teoría del Estado, Tribunal Constitucional, sentencias interpretativas o manipulativas aditivas o sustitutivas, auto habilitación.

ABSTRACT

The purpose of the research work was to identify the effects caused by the self-qualification of the Constitutional Court to issue interpretative or manipulative sentences with an additive or substitutive effect on the principle of balance of power. For this purpose, theoretical basic research was built, with an explanatory level and a qualitative design that focused on the theory of the State as a fundamental mattress for anybody of constituted power, including the Constitutional Court. Thus, the research components were studied with a previous systematic review that was complemented with the use of the documentary analysis technique and the general methods of analysis and synthesis, as well as the deductive method; with which iusphilosophical, theoretical, dogmatic, normative and jurisprudential information was collected that could clarify the content, functions and scope of the Constitutional Court, as well as its limits drawn by the sovereignty of the people in addition to specific methods such as dogmatic and argumentative, on the other hand, the hierarchical equity that exists between this body or agency of the constituted power and others entrusted with specific and specialized functions and; finally, the inability of the Court to exceed the limits imposed by the constituent itself both in the formal constitution and in the material constitution; as well as, due to the strict respect of the principle of the balance of power that implies rigid functional autonomy that can only be broken when the constituent authorization so allows.

Keywords: *Principle of balance of power, theory of the State, Constitutional Court, additive or substitutive interpretative or manipulative sentences, self-qualification.*

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

Todo sistema normativo actual, incluyendo al peruano, se construye bajo los parámetros del Estado Constitucional, denominado también Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático Constitucional, denominaciones que no hacen más que acentuar algunas características muy específicas del Estado Constitucional pero que, en su puridad, convergen en una finalidad común, jugar “un papel mediador entre la moral y el Derecho” (Bechara Llanos, 2011) que supone el fundamento central de las funciones estatales y gubernamentales, que no son lo mismo.

La razón de ser de la mediación entre derecho y moral, deja de lado la mirada del derecho como un constructo autónomo e independiente, desprovisto de cualquier influencia de la moral social que tenía el positivismo jurídico excluyente; para admitir que la “corrección moral constituya – contingentemente – un posible criterio de validez jurídica y que, por tanto, ciertas normas morales pertenezcan a un sistema jurídico en virtud de su valor moral, aun cuando no posean una fuente social adecuada” (Bardazano, 2015, pp. 14 y 15).

De esta manera, el papel de los entes gubernamentales, en tanto encomendados del Estado comandado por su población política y jurídicamente organizada, es entrelazar a través de una moral crítica, a la moral social con el sistema jurídico normativo, de manera tal que la primera se vea beneficiada con la seguridad jurídica que el segundo provee y, el segundo, se vea beneficiado con la validez o legitimidad que la primera le otorga (Ruiz Miguel, 1997, p. 583); presupuesto sobre el que se construye el positivismo incluyente y sobre el que camina el constitucionalismo, lo que los hace bastante cercanos.

Las funciones gubernamentales encargadas a los organismos autónomos, entonces, constituyen la ejecución de un mandato específico realizado por la población, en ejercicio de su poder soberano, en un espacio determinado y de conformidad con su propia cultura.

La interacción de todos estos elementos que componen el Estado, determina el momento constituyente por el que se definen los contenidos dogmáticos de los derechos fundamentales y la estructura del gobierno a manera de organismos constitucionalmente delegados por el constituyente, de ahí que se les conozca también como poder constituido (Berríos Llanco, 2017, p. 29).

Es así como se conforma un sistema jurídico, así como, el sistema constitucional; vale decir, no se trata de un conglomerado de normas que se presumen supremas porque así se encuentra

escrito en un texto constitucional, sino, porque son el resultado de la interacción de los elementos mismos del Estado, el producto del poder soberano del pueblo, el reflejo de las necesidades de los ciudadanos y de la organización que estos mismos han dispuesto para dotar de tutela a sus derecho fundamentales.

Vale decir, lo derechos fundamentales no son tutelados debido a sus propiedades formales, esto es, no son relevantes porque estén en el capítulo de derechos fundamentales del texto constitucional, ni porque la disposición que los contiene forme parte del texto constitucional, de los tratados o convenios suscritos y ratificados, del bloque de constitucionalidad o porque la jurisdicción constitucional les reconozca validez (Bernal Pulido, 2015, p. 1574), sino porque surgen del fondo, de la base, es decir, porque revisten propiedades materiales fundamentales “de forma anticipada e independiente de su institucionalización en el sistema jurídico” (Bernal Pulido, 2015, p. 1585).

Esto, debido a que el constituyente forja permanentemente su contenido, de forma material y el constituido ha sido creado para tutelar dicho contenido de una manera formal, a través del ejercicio de las funciones que se le ha encomendado para ejecutar servicios públicos diversos destinados a la satisfacción de las necesidades de los integrantes de la población, siendo la principal, la eficacia de sus derechos fundamentales.

Uno de estos organismos autónomos que forman parte del denominado poder constituido, es el Tribunal Constitucional, que

no goza de facultad representativa en el sentido democrático clásico, pero que, sin embargo, ha sido delegado por el poder constituyente para que ejerza funciones gubernamentales determinadas, al menos así se lo concibe teóricamente, dado que resulta sumamente complicado que los integrantes del constituyente originario tengan la suficiente voluntad cívica como para determinar el alcance de las funciones de todos y cada uno de los órganos de gobierno, situación que se discutirá posteriormente.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha definido doctrinariamente como “el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la ley fundamental a través de las garantías constitucional-procesales” (Carpizo, 2009, p. 22), lo que lo convierte en un mecanismo jurisdiccional a través del cual se asegura la eficacia de la constitución a través de la obtención de resoluciones judiciales que protegen un aspecto de la misma en cada proceso constitucional instaurado.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el Tribunal Constitucional no constituye únicamente un instrumento para la eficacia constitucionales, sino que, se trata de un organismo constitucional al que se le ha facultado una función específica y esencial es “contribuir —a través del ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas— a que la realización de las funciones del Estado no se desvíe de las normas constitucionales que lo disciplinan” (García - Pelayo, 2014, p. 23).

Tal vez por ello es que algunos autores consideran que “goza de jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios y debe tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución” (Carpizo, 2009, p. 22), postura con la que la presente investigación disciente, debido a que la función de interpretación del texto constitucional y, por tanto, asegurar el cumplimiento de sus normas, no hacen superior al órgano, sino funcionalmente autónomo.

Tal y como lo ha establecido el texto constitucional peruano en el artículo 201 en el que se le ha encargado la función de control de la constitución con autonomía e independencia en tal labor; es decir, que dicho órgano constitucional autónomo, cuida el contenido tanto dogmático como orgánico del texto constitucional frente a las demás funciones gubernamentales, tales como la propia función legislativa, la función ejecutiva y administrativa, la función jurisdiccional ordinaria y constitucional misma; todo esto con una finalidad mayor, la tutela de los derechos fundamentales de las personas, lo que amplía la actuación funcional del Tribunal hasta las actuaciones de los particulares.

Es por tal razón que el Tribunal Constitucional tiene la potestad de conocer en instancia única la inconstitucionalidad de las leyes (artículo 202, numeral 1), conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de las garantías constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento (artículo 202, numeral 2); así como, conocer en única instancia los conflictos de

competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (artículo 202, numeral 3).

Para ello, es decir, para controlar la constitucionalidad de las normas constitucionales ya sea de manera directa, como ocurre con el proceso de inconstitucionalidad, o de manera indirecta, como ocurre con su participación en los demás procesos constitucionales señalados, el Tribunal Constitucional debe llevar a cabo una interpretación de tales normas; función que no se encuentra taxativamente señalada en el texto constitucional, pero sí en el artículo 1 de la Ley n.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Al respecto, el mencionado artículo define al Tribunal Constitucional como el “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”, frase que suele ser mal interpretada en el sentido ya señalado anteriormente, es decir, cuando se pretende argüir dicha supremacía respecto de los demás organismos constitucionales autónomos, lo que es incorrecto, pues está referida a la supremacía respecto de los demás órganos que interpretan la constitución dentro de la jurisdicción constitucional.

Ahora, en cuanto al asunto específico que le atañe a esta investigación, referido a la adición que realiza el artículo 1 de la Ley Orgánica en comento, que otorga al Tribunal la facultad de interpretación, además de control de la Constitución, que pareciera ampliar ilimitadamente las potestades del Tribunal Constitucional, habida cuenta que, dicha facultad le permite no solamente verificar

el contenido de los 206 artículos que contiene el texto constitucional peruano, sino de todos aquellos derechos fundamentales que se alojan en la constitución material autorizada por el artículo 3 de la denominada Constitución Política del Perú.

Dentro de las potestades otorgadas tanto por la constitución formal, como por su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional cuenta con la potestad de controlar concentradamente la constitucionalidad de las leyes, en este contexto es que realiza interpretación del contenido de las disposiciones constitucionales formales y materiales, así como, cuenta con la posibilidad de expulsar del sistema jurídico a las normas con rango legal que contravengan a la constitución, en ejercicio de su potestad como legislador negativo (Eguiguren Praeli, 2008, p. 322).

Bajo este escenario, el propio Tribunal Constitucional, siguiendo la línea de los tribunales europeos, se ha autogenerado la facultad de emitir las denominadas sentencias interpretativas o manipulativas cuyo cometido es “encontrar formas de adecuación de las normas a la Constitución o de otorgarles un sentido normativo y de aplicación que las haga compatibles con ésta, a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad, que implicaría su derogación” (Eguiguren Praeli, 2008, p. 322).

Vale decir que la finalidad originaria de las sentencia interpretativas o manipulativas es beneficiosa a la estabilidad del sistema constitucional, pues busca mantener la vigencia de las leyes que se imputan inconstitucionales a través del proceso de

inconstitucionalidad, descubriendo sentidos interpretativos y aplicativos de las normas constitucionales que haga compatibles a las leyes de desarrollo con el texto constitucional o los valores de la constitución material, así, se evitaría su expulsión del sistema jurídico.

No obstante, ello no implica la potestad para dar un sentido interpretativo a la norma infra constitucional, pues ello equivaldría a otorgarle al Tribunal Constitucional una potestad legislativa ordinaria que, por equilibrio de poderes, le corresponde a otros órganos como el Congreso de la República, el denominado poder legislativo por delegación o los consejos regionales o locales por descentralización; esto último si es que el sentido interpretativo fuese otorgado a la ley y no a la norma constitucional enfrentada, a través de lo que se ha denominado una actividad reconstructiva o de enriquecimiento del alcance normativo de la ley impugnada (Vecina Cifuentes, 1993, 482).

Los sentidos en los que se expiden las sentencias interpretativas o manipulativas, entonces, son muy relevantes para verificar si el Tribunal realmente se encuentra cumpliendo con su obligación de controlar la constitucionalidad de las normas inferiores o si, por el contrario, sobrepasa dicha potestad para usurpar funciones que constitucionalmente les han sido conferidas a otros órganos u organismos gubernamentales.

Así, las sentencias interpretativas o manipulativas pueden ser de desestimación, es decir, a pesar de que el tribunal toma nota de la

ilegitimidad de la norma impugnada, encuentra un sentido de esta que es conforme a la constitución, motivo por el que desestima o rechaza la demanda; por otro lado, pueden emitirse sentencias manipulativas estimatorias de la demanda en las que el tribunal escoge el significado de las disposición que es contraria a la constitución de entre todos los posibles significados que tenga (Groppi, 2002, pp. 78-79).

El inconveniente surge en razón de las sentencias estimatorias que son sustitutivas en las que, además de declararse la inconstitucionalidad de la disposición normativa y de las posibles normas que se desprenden de esta, el tribunal establece el contenido de la regla que debe sustituirla a fin de evitar vacíos normativos, es decir, funge como legislador positivo; en igual sentido, las sentencias estimatorias aditivas o acumulativas que declaran el contenido de una disposición legal insuficiente para abarcar el contenido de la norma constitucional que la inspira y, por lo tanto, reconstruye y aumenta el contenido inicial de la disposición e introduce una norma positiva aditiva que busca controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales (Eguiguren Praeli, 2008, pp. 328, 329 y 342).

El propio Tribunal Constitucional en el país ha emitido sentencias interpretativas de tipo reductoras (STC 0015-2001, 0016-2001, 0004-2002-AI (Acumulados) y STC 0014-1996-AI/TC); de tipo aditivas (STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados) y STC 0004-2004-CC/TC);

de tipo sustitutivas (STC 0004-2004-CC/TC) y de tipo exhortativas (STC 0048-2004-AI/TC y STC 0023-2003-AI/TC).

Sin embargo, los contenidos alcanzados tanto por la doctrina, la jurisprudencia comparada y la propia jurisprudencia del Tribunal acerca de las sentencias aditivas como aquellas en las que integra un vacío o laguna normativos y las sentencias sustitutivas como aquellas en las que dota a la disposición legal de un contenido diferente de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados (Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, 2003, fundamentos 30 y 31); llevan a la duda acerca de si la actuación del Tribunal Constitucional como legislador positivo, otorgando sentidos y contenidos a las leyes, afecta el principio de equilibrio del poder.

1.1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El Tribunal Constitucional, en el contexto de la teoría del Estado, forma parte de los organismos constitucionales autónomos, motivo por el cual ejerce una función constitucional específica que es el control de la constitucionalidad de las normas, lo que asegura la vigencia del principio de supremacía constitucional, así como, el propio cumplimiento de las funciones que se derivan del poder constituido y de los propios derechos fundamentales.

No obstante, el artículo 1 de su Ley Orgánica les faculta a realizar interpretación constitucional, lo que debiera involucrar la interpretación de las disposiciones de la constitución formal y de las

normas que componen la constitución material únicamente; sin embargo, el propio tribunal en múltiple jurisprudencia suya se ha auto facultado para ejercer interpretación del contenido o sentidos de contenido de las normas legales, emitiendo sentencias interpretativas o manipulativas que son aditivas o sustitutivas del contenido de las normas legales, lo que, podría contravenir el principio de equilibrio de poderes y ubicar al tribunal por encima de los otros órganos que cuentan con facultades legislativas en virtud de una habilitación auto permitida.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las consecuencias de la auto habilitación del Tribunal Constitucional para emitir sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo sobre el principio de equilibrio del poder?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación encuentra su justificación axiológica en cuanto al aporte que se busca ofrecer al neoconstitucionalismo en el extremo de la comprensión del alcance material de la constitución, así como, de las facultades y potestades que de ella emanan; tema que se entrelaza con la teoría del Estado, a la cual hace falta verificar y analizar para clarificar los alcances y naturaleza de las funciones que ejercen los organismos constitucionales autónomos, tal y como ocurre con el Tribunal Constitucional, a fin de establecer si cuenta con una jerarquía superior o si únicamente es suprema la norma constitucional que tutela y respecto de la cual ejerce su potestad controladora.

Esta adecuación de los contenidos constitucionales y teóricos del Estado, servirán de razones subyacentes para la aclaración de las propias funciones reconocidas al Tribunal Constitucional en el propio texto constitucional y en su ley orgánica, para la desmitificación de su supremacía y para la limitación de los abusos de derecho o la usurpación de funciones que pueda presentarse respecto de los organismos que cuentan con facultad de representación y, en concordancia con ello, con potestad legislativa.

Por otro lado, a nivel práctico, la aclaración de competencias respecto de la legislación positiva coadyuvará con el ejercicio oportuno de la misma de parte de los órganos constitucionales autónomos encargados, así como, respaldará su actuar en ejercicio de la representación con la que cuentan al haber sido elegidos democráticamente para ello, lo que no ocurre con el Tribunal Constitucional.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. GENERAL

Analizar las consecuencias de la auto habilitación del Tribunal Constitucional para emitir sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo sobre el principio de equilibrio del poder.

1.4.2. ESPECÍFICOS

- A. Identificar la función del principio de equilibrio del poder en la organización del Estado Constitucional.
- B. Delimitar la jerarquía del Tribunal Constitucional respecto de los demás organismos constitucionales autónomos.
- C. Analizar el contenido de las sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo en función a las competencias de los organismos constitucionales autónomos.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. ESPACIAL

La investigación es básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación espacial.

1.5.2. TEMPORAL

La investigación es básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación temporal.

1.6. LIMITACIONES

No existen limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. DE ACUERDO CON EL FIN QUE PERSIGUE

La investigación básica, se denomina así porque “se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (Muntané Relat, 2010, p. 221); tal y como ocurre con la presente investigación que se ha centrado en la construcción de mayor conocimiento teórico y dogmático a partir del análisis de cada uno de los elementos de los componentes, en el caso del principio de equilibrio del poder.

Por ejemplo, es menester conocer el devenir histórico y evolución desde la originaria división del poder hasta la comprensión de los pesos y contrapesos, todos los elementos de la teoría del Estado que se ubican detrás del principio, así como los que se encuentran vigentes y aquellos que han perdido vigencia, ejercicio que se repite con todos los demás componentes de investigación, llámese Tribunal Constitucional y, las sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo.

Todo ello con el objeto de construir conocimiento exacto respecto de cada uno de sus contenidos y desechar aquellos que no se encuentran en coherencia con los fundamentos del Estado Constitucional.

1.7.2. DE ACUERDO CON EL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación, de acuerdo con el diseño, es de tipo correlacional, “una correlación, es una medida del grado en que dos variables se encuentran relacionadas (...) se realizan cuando no se pueden manipular las variables de tratamiento por varias razones” (Baena-Extremera, Ayala-Jiménez, & Baños, 2017, p. 7).

En tal sentido, la presente investigación busca relacionar al principio de equilibrio de poder con las prácticas interpretativas y jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, a fin de evidenciar los efectos que tal interrelación causa en uno u otro componente analizado, claro está que, en el caso de las sentencias interpretativas, la interrelación se subsume como parte de las potestades del Tribunal Constitucional, que en específico, exigirán una contrastación para verificar si afecta el contenido del principio de equilibrio de poder.

1.7.3. DE ACUERDO CON LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN

La investigación cualitativa, “se nutre epistemológicamente de la hermenéutica, la fenomenología y el interaccionismo simbólico” (Monje Álvarez, 2011, p. 12), esto puesto que se ha buscado utilizar técnicas y métodos que registran e interpretan únicamente contenidos cualitativos, características, contenidos, alcance, finalidad, entre otras características del principio de equilibrio de

poder, el Tribunal Constitucional, las sentencia interpretativas o manipulativas y, dentro de estas, las sentencias aditivas y sustitutivas.

1.8. HIPÓTESIS

Las consecuencias de la auto habilitación del Tribunal Constitucional para emitir sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo sobre el principio de equilibrio del poder; son:

- A. Falta de autonomía entre la autonomía funcional de los organismos del poder constituido y su jerarquización como función del principio de equilibrio del poder en la organización del Estado Constitucional.
- B. La indebida primacía en la jerarquía del Tribunal Constitucional que debiera ser horizontal respecto de la jerarquía de los demás organismos constitucionales autónomos, puesto que la supremacía constitucional no implica supremacía del Tribunal Constitucional.
- C. La afectación de las competencias de los organismos constitucionales autónomos con función legislativa con la emisión de las sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. GENERALES

A. DEDUCTIVO

La investigación ha hecho uso del método deductivo, según el cual “se organizan hechos conocidos y se extraen conclusiones mediante una serie de enunciados, conocidos como silogismos, que comprenden: la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión” (Dávila, 2006), motivo por el cual resulta sumamente eficiente para la presente investigación, puesto que, todos los componentes trazados, por sí solos, independientemente, han tenido ya un desarrollo evolutivo tanto en la teoría del Estado, en las posturas neoconstitucionalistas, como en la regulación jurídica del país y otros países; logros cognoscitivos generales y admitidos que servirán de base para la creación o reformulación de los contenidos específicos en materia de sentencias interpretativas o manipulativas.

B. ANALÍTICO

También utilizado en la presente investigación puesto que es “al análisis de los discursos que pueden tener diversas formas de expresión, tales como las costumbres, el arte, los juegos lingüísticos y, de manera fundamental, la palabra hablada o escrita” para escudriñar en cada uno de ellos, descomponerlos

en sus mínimas expresiones y comprender sus diferentes contenidos (Lopera y otros, 2010, p. 89); operación que se realiza constantemente en la presente investigación con cada uno de los elementos que componen el principio de equilibrio de poder, las potestades del Tribunal Constitucional y los efectos de las sentencias interpretativas o manipulativas sustitutorias y aditivas.

C. SINTÉTICO

La síntesis es el complemento del análisis, es decir que “establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad” (Rodríguez y Pérez, 2017, p. 9); motivo por el cual es de indispensable utilización en la investigación, ya que una vez descompuestos los componentes en sus mínimas expresiones, comprendidos cada uno de sus contenidos, expulsados aquellos que resultan desfazados y recogidos aquellos que se hacen necesarios a la luz de la evolución del Estado Constitucional; llegará el momento de sintetizar nuevos contenidos, nuevas propuestas y formulaciones que logren la optimización entre los valores, instituciones y principios aparentemente enfrentados.

1.9.2. ESPECÍFICOS

A. DOGMÁTICO

El método dogmático se ha utilizado en la totalidad del estudio, pues en la actualidad ha dejado de ser vinculado únicamente a la normatividad formalizada y se ha centrado más en las necesidades materiales que pueden ser satisfechas con una buena formulación de dogmas jurídicos que sirven de razones o motivos para la regulación jurídica; de esta forma, el método dogmático se vale de las tres dimensiones del derecho para construir sus formulaciones; en este caso, de la dimensión práctica en la que se busca establecer límites a la actuación del Tribunal Constitucional, pero no desde una perspectiva arbitraria, sino, teniendo en cuenta los desarrollos valorativos que se han gestado en la iusfilosofía y en la teoría constitucionales, lo que terminará por mejorar sustancialmente las regulaciones normativas que se den al respecto y que en la actualidad son cubiertas por la jurisprudencia del propio tribunal.

B. HERMENÉUTICO

Que ha sido utilizado para el estudio del marco normativo existente tanto a nivel internacional como a nivel nacional respecto de las potestades del Tribunal Constitucional como

del equilibrio de poder que se busca tener en un Estado Constitucional de Derecho.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

Pues, para el cumplimiento de los objetivos específicos se han identificado diversas fuentes teóricas y dogmáticas, mismas que han sido objeto de observación con la utilización de un procedimiento ordenado de selección y sistematización, para hacer posible la posterior utilización de los métodos antes mencionados para el análisis.

1.10.2. ARGUMENTACIÓN

La argumentación es una técnica que corresponde al método dogmático significa “avaluar una conclusión con una serie de razones y de pruebas de apoyo” (Lasa-Aristu y Amor, 2016, p. 74), ha servido para la construcción del contexto de justificación respecto de los límites del Tribunal Constitucional al emitir sentencias interpretativas en relación con el equilibrio de poder y la potestad legislativa reconocida a otros órganos u organismos constitucionales.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. HOJA GUÍA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL

La hoja guía se ha utilizado para la aplicación de la técnica de observación documental antes dicha.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Debido a que se trata de una investigación básica, teórico – dogmática, no cuenta con unidad de análisis, universo ni muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Esta investigación no encuentra antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, afirmamos esto después de haber realizado la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, en la que se han ingresado los componentes del problema a efectos de identificar si existen otras investigaciones que compartes dichos componentes, sin éxito.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO RELACIONADO CON LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PROPUESTA

IUSFILOSÓFICA

Es un interés particular de la presente investigación hurgar respecto de los pormenores del denominado neoconstitucionalismo, debido a las diversas bases *iusfilosóficas* y dogmáticas que estas posturas tan diversas pero confluentes otorgan al tema bajo discusión.

No olvidemos que la principal función del Tribunal Constitucional peruano, en cuanto a la facultad de controlar concentradamente la constitucionalidad de las leyes, encuentra su sustento en la argüida supremacía constitucional, en la diferenciación entre reglas, principios y directrices, en la existencia de lagunas axiológicas, así como, en la comprensión misma de la dinámica del Estado Constitucional de Derecho; todos estos, aportes del neoconstitucionalismo (Núñez Leiva, 2015).

En primer término, cabe reconocer que el neoconstitucionalismo como teoría no existe o, por lo menos, no guarda una ordenada estructura propositiva con uniformidad en sus criterios, sino que, se trata de una denominación otorgada por Susanna Pozzolo (1998)

para agrupar a una diversidad de posturas que tienen como punto en común una “peculiar configuración del objeto «constitución»” (p. 339).

Denominación que fue respaldada por otros representantes de la escuela genovesa como ocurre con Paolo Comanducci (2002) y su explicación sobre las formas de (neo) constitucionalismo a partir de un análisis meta teórico, en el que acerca tanto los conceptos de constitucionalismo como de neoconstitucionalismo definiéndolos conjuntamente como “un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado que limitan los poderes del Estado y protegen los derechos fundamentales” (p. 89).

Primer acercamiento que da mucha luz acerca de la diversidad y contingencia del contenido mismo del neoconstitucionalismo como modelo constitucional, debido a que en momentos se encuentra referido a las normas constitucionales, en otros su contenido y en otros varios a la naturaleza de estas normas, así como a su validez y eficacia.

Por otro lado, involucra también discusiones acerca de los órganos, organismos y organizaciones encargados de materializar dichas normas y coadyuvar con su interpretación, eficacia y validez y; bajo estos presupuestos, el establecimiento de los límites al poder gubernamental que aseguran la tutela efectiva de los derechos fundamentales tanto por acción de servicio como por restricción de

determinadas actuaciones; extremo último que interesa a la presente investigación.

De ahí que algunos tratados hayan ahondado respecto de la existencia o no del neoconstitucionalismo por considerarlo solo un “amontonado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión” (Guastini, 2011, p. 231) y, otros de la propia escuela genovesa, se hayan realizado la misma interrogante con la intención de asegurar su existencia, reafirmar sus puntos de confluencia e invitar a los positivistas como Guastini a tomarlo muy en serio (Barberis, 2015, p. 456).

Con todo, a pesar de las discusiones acerca de su existencia o no como corriente de pensamiento, lo cierto es que sus posturas han encontrado asidero en diversos teóricos del derecho constitucional que comparten esta peculiar forma de comprender y acercarse el derecho (Pozzolo, 1998, p. 339).

Así como, es cierto que las propuestas en el sentido de rematerializar al derecho constitucional son, incluso, anteriores a la nominación misma de neoconstitucionalismo y propugnaban el reconocimiento de un derecho constitucional superior o, en todo caso, inspirador de la creación, aplicación e interpretación del derecho legislativo, así como, proveniente de fuentes materiales que sobrepasan los formalismos del texto constitucional (Prieto Sanchís, 2007, p. 119).

Al respecto, son algunas de las tesis planteadas por el neoconstitucionalismo las que resultan de interés a esta investigación, dado que en estas se fundan las facultades analizadas del Tribunal Constitucional, así como el interés por tutelar los derechos fundamentales y clarificar las funciones de los organismos constitucionales autónomos en torno a la supremacía constitucional. Es por ello que, a continuación, se presenta un resumen de tales tesis y la relación con los componentes de investigación.

En primer lugar, una tesis que es sustancial en el neoconstitucionalismo es la consideración de la constitución como fuente del derecho, misma que ya existía desde el planteamiento positivista pero que, a la luz de las nuevas posturas, debe ser vista como origen inmediato de derechos y obligaciones, no solo como la cúspide de una pirámide (Rubio Llorente, 1979, p. 62).

Esto es importante debido a que en el modelo anterior, la mirada de las fuentes del derecho se había tergiversado en una disposición jerárquica de normas positivizadas encabezada por un texto constitucional que imponía normas programáticas a ser desarrolladas por las leyes, pero que, centraba su atención en estas últimas que debían ser aplicadas mecánicamente por los operadores jurisdiccionales.

Situación que se ha reinterpretado en la actualidad y que concibe a la supremacía constitucional ya no como un asunto jerárquico, sino como una proyección de los principios constitucionales hacia todos

los operadores jurídicos a efectos de acompañar el cumplimiento de las funciones que la propia constitución les ha encomendado, así como de tutelar los derechos que la propia constitución material instituye, destruyendo así el dogma liberal estatista de fuerza absoluta de la ley (Prieto Sanchís, 2009, p. 121).

Situación que presta mayor fuerza para la concepción de una constitución material que sobrepasa los 206 artículos que ofrece el texto constitucional peruano y, por tanto, la existencia de una constitución dinámica, pero también particular y contingente (Zagrebelsky, 2008, p. 159), que se encuentra en constante construcción de contenidos por parte del propio constituyente material y que encarga una importante labor interpretativa a los operadores del Derecho, entre estos, al propio Tribunal Constitucional cuyos únicos límites de interpretación los provee la propia constitución.

He aquí el primer elemento a ser analizado en la discusión de resultados, hasta dónde alcanza la potestad interpretativa del Tribunal Constitucional teniendo en cuenta que la constitución a interpretar es material y su rematerialización (Prieto Sanchís, 2007A, p. 119) implica un acercamiento a la moral de una población determinada en un espacio y tiempo concretos; es decir, que el derecho se aproxima a la moral y la moral al derecho (García Figueroa, 2009, p. 44).

Así, al construirse, al menos teóricamente, la constitución material a través de la utilización de una moral crítica de las concepciones y

derechos que se originan en la propia población en favor de esta misma, la tarea de interpretación del Tribunal Constitucional, cuando se trata del reconocimiento del contenido de los derechos fundamentales o el recojo de nuevos derechos fundamentales, así como, de la delimitación de funciones de los organismos constitucionalmente autónomos, no puede ni debe ser de ninguna manera meramente abstracta o teórica pues, de ser así, nula participación tendría la población constituyente en la constitución de sus propios derechos.

Ahora, en cuanto a la nueva dinámica constitucional, es decir, aquella que se presenta luego del reconocimiento de los valores fundamentales, derechos y obligaciones como parte de la constitución material, una vez establecidos contingentemente los principios y directrices constitucionales, podría decirse y de hecho se ha sustentado que la ley pasa a convertirse en un instrumento de mediación entre las exigencias constitucionales ya establecidas en la constitución material y las nuevas exigencias prácticas; es decir, se reserva a la ley una relación de subordinación respecto de la constitución (Pozzolo, 1998, p. 341).

Extremo que llevaría a pensar que la labor legislativa del organismo constitucional autónomo facultado, es decir, del Congreso de la República, se encuentra subordinada a la facultad interpretativa del Tribunal Constitucional; punto específico que deberá ser objeto de discusión tanto respecto del origen de los valores que condicionan la creación de la ley y su propio contenido como del motivo por el

cual un enfrentamiento entre la ley y la constitución tiene como resultado la invalidez de la primera; lo que grafica la dinámica constitucional, destruyendo la concepción estática del sistema jurídico (García Figueroa, 1998, p. 62) y ha de requerir comprender en qué consiste el desbordamiento constitucional y su omnipresencia tanto en el *iter legislativo* como en el ejercicio jurisdiccional (Prieto Sanchís, 2007A, p. 119).

Con ello, puede concluirse que las constituciones contemporáneas, desde la visión del neoconstitucionalismo, han dejado de ser meros códigos formales con normas de competencia o procedimiento que buscan orientar el ejercicio de las funciones gubernamentales y determinar las competencias de los organismos autónomos; sino que se convierten en constituciones materiales con normas sustantivas que responden a las necesidades de una población determinada, tanto en asuntos funcionales como en cuanto al reconocimiento y tutela de derechos fundamentales, normas que trazan límites negativos y vínculos positivos en cada uno de los organismos autónomos que ejercen las funciones delegadas por el constituyente en estricto respeto de los derechos, valores, principios y directrices por este instituidos (Prieto Sanchís, 2007B, p. 215)

La segunda tesis sustancial del neoconstitucionalismo, que se desprende de la primera ya referida, es aquella que da cuenta de la importancia de los principios constitucionales debido a que traducen los valores fundamentales instituidos por el constituyente,

lo que los convierte en fundamentos capaces de justificar posiciones que se acerquen a la justicia en cada caso concreto.

Vale decir, los principios constitucionales no pueden conformarse silogísticamente como ocurre con las reglas, no cuentan con un solo supuesto de hecho, un solo nexo causal y una sola consecuencia jurídica, dado que su espectro normativo no presenta un contenido estático y evidente, sino criterios para adoptar posiciones ante situaciones concretas (Zagrebelky, 2008, p. 110), motivo por el que no tienen eficacia en abstracto, lo que los torna en dinámicos, contingentes y, por ello, justos.

Ahora, la polémica surge en cuanto al enorme poder que esto otorga o podría otorgar a los organismos autónomos encargados de interpretar la constitución y dotar de contenido a dichos principios, esto debido a que es imposible materialmente hablando que el constituyente se encuentre permanentemente ejerciendo tal actuación o que establezca un contenido original o una *ratio* estática de los valores fundamentales, porque ello contravendría su naturaleza dinámica.

En tal sentido, son los casos concretos los que informan sobre el mencionado contenido dinámico de los valores constitucionales, dentro de estos, de los principios como expresión normativa de tales valores y, en el caso peruano, ello involucra una gran carga de responsabilidad en el órgano funcionalmente potestado para llevar a cabo tal actuación, el Tribunal Constitucional, el inconveniente radica en que, dadas las características de la

dinámica constitucional, la cuota de poder que se le estaría otorgando también resultaría sumamente alta, desmedida y proclive al abuso.

Este es otro de los extremos a analizar en la presente investigación, debido a que los principios cuyos contenidos son fijados concretamente por el Tribunal Constitucional cuentan, en virtud de la teoría neoconstitucionalista, con una propiedad disposicional, es decir, no cuentan con un contenido fijo, tampoco con una vigencia y eficacia abstracta, sino concreta, de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, lo que los hace derrotables por otros principios concurrentes al caso de manera más justa o satisfactoria (García Figueroa, 2009, p. 139).

Empero, ello también involucra otorgar un amplio margen de discrecionalidad a la judicatura constitucional y, como ha ocurrido en el caso de la invasión o no en otras funciones gubernamentales, como la función legislativa, ha otorgado a esta organismo autónomo, incluso, la posibilidad de trazarse a sí mismo los límites que crea convenientes a la hora de emitir sentencias interpretativas, en cuyo caso se ha autopermitido, incluso, fungir como legislador, como administrador, como regulador de los organismos electorales, como determinador de las reglas de la descentralización, como ejecutor de normas, entre otras autopermisiones que han sobrepasado largamente su sola función jurisdiccional; todo ello, en invocación de tutela del contenido dinámico de los principios que ellos mismos determinan.

Este carácter disposicional de los principios y su capacidad para superar en concreto a cualquier otra norma, incluso a otros principios, sustenta otro de los postulados del neoconstitucionalismo, la omnipresencia constitucional (Núñez Leiva, 2015, p. 195); empero, habría que clarificar si dicha omnipresencia se refiere a la obligación que mantenemos todos los integrantes del Estado de respetar el contenido de los derechos y principios constitucionales o si sirve únicamente para otorgar poder desmedido al organismo de interpretación constitucional.

Es cierto que la omnipresencia constitucional genera mayor operatividad en cuanto a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y en cuanto a la eficacia de las funciones gubernamentales, hace materialmente posible en cada caso concreto la protección de la población, alejándonos de aquella ficción de tutela que otorga el proceso ordinario con obediencia ciega a la ley; sin embargo, también es cierto que la debilidad intraconstitucional en el sentido de gozar de contenidos estables, hace del escepticismo un arma potencialmente peligrosa en manos de la judicatura, si es que se le reservase solo a esta función estatal la posibilidad de interpretar el contenido constitucional.

Esto debido a que, tal y como reconoce el propio neoconstitucionalismo, el problema con las normas constitucionales no es que carezcan de disposiciones, es decir, no existe un problema de anomia, vacíos o lagunas normativas, porque las disposiciones constitucionales generalmente están reguladas y si

no lo están, pueden ser incluidas en el catálogo; sino que, el mayor problema con la norma constitucional es que presenta naturalmente lagunas o vacíos axiológicos (Guastini, 2006, p. 278), cuya integración difícilmente puede encontrarse difusa, aunque, peligrosamente se ha concentrado en un solo órgano.

Extremo que también importa a la presente investigación, habida cuenta que, si las propias normas constitucionales pueden ser derrotadas por la propia omnipresencia constitucional y la existencia de vacíos axiológicos en su contenido, mucho más podrían serlo normas de menor jerarquía como las normas legales, propiciándose así, un enfrentamiento entre alegada legitimidad constitucional y la legalidad que, por teoría, es el producto no solamente de la facultad legislativa, sino de la facultad representativa, afectándose de esta manera esta dimensión de la democracia y todas las formas clásicas de interpretación normativa y otorgamiento de seguridad jurídica por preferirse a la argumentación o a la ponderación tan inexactas como los propios contenidos constitucionales tal y como son presentados por el neoconstitucionalismo; asunto que también será abordado en la discusión.

2.1.2. EL POSITIVISMO INCLUYENTE COMO ALTERNATIVA

INTERMEDIA

Es cierto que la sociedad, sus valores y su moral, son totalmente dinámicos, contingentes y, por tanto, inestables si se analiza su

comportamiento en periodos largos; sin embargo, esta no es justificación suficiente para pretender que los valores constitucionales por ser extraídos de la dinámica social mantengan la misma contingencia e inestabilidad, como parece respaldar el neoconstitucionalismo cuando encarga a la labor jurisdiccional la resolución de cada caso concreto sin contar con un contenido medianamente estable de los principios, pretendiendo que cada principio alcance su configuración recién en cada caso concreto, abandonando la seguridad jurídica a merced del arbitrio jurisdiccional.

Al respecto, es menester señalar que ninguna de las concentraciones del poder constituyente en un órgano constituido ha sido beneficiosa históricamente, solo hace falta remontarnos al antiguo régimen en el que el poder absoluto fue ejercido por los monarcas (Carzolio, Pereyra y Bubello, 2017), o al primer estado liberal en que fue el parlamento el que propinó los abusos del derecho, o en los totalitarismos en que tal abuso fue perpetrado por el ejecutivo (Sanz Díaz, 2011), entre varios otros ejemplos específicos e igual de desastrosos.

La idea de separación del poder propia de la teoría del Estado y que ahora se traduce en equilibrio del poder, requiere del respeto de las autonomías de los organismos constitucionales antes de realizar cualquier formulación ya sea teórica o dogmática respecto del comportamiento de las normas mismas, de la propia estructura gubernamental o las formas de tutela de los derechos

fundamentales (Aldana Rojas y Guarín Ramírez, 2016).

Es por ello que se hace necesario encontrar una teoría axiológica intermedia que no fomente el abuso de poder por unos pocos, en el caso del Perú, por 7 magistrados que, por más laureles que hayan acumulado en discusiones constitucionales teóricas difícilmente guardan la catadura moral y la experiencia fáctica suficiente para asumir tal reto.

Bajo este tenor, la formulación ensayada por Wilfrid J. Waluchow (2003) que promete salvar las formulaciones clásicas del positivismo aportadas por Bentham, Austin o por Hart, en detrimento de los planteamientos extremos de Raz totalmente enfrentadas al otro extremo presentado por Dworkin (p. 3); es la que resulta más adecuada a los planteamientos del presente trabajo de investigación y ha sido denominada positivismo incluyente.

Este planteamiento de Waluchow no busca instaurarse como una nueva postura iusfilosófica, así como tampoco como un subtipo de positivismo; sino que plantea una aclaración de los valores fundamentales originales de este, despercudiéndolo de las tergiversaciones que se le realizaron históricamente; así, define al positivismo incluyente otorgándole como característica distintiva el sostener que:

Las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos – por ejemplo, las leyes – pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia contenido y significado de las leyes válidas.

La moral política, en esta teoría, se halla incluida dentro de los fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria. (Waluchow W. J., 2007, p. 17).

Al respecto, no puede dejar de reconocerse que algunas formalidades aportadas por el positivismo para el reconocimiento del derecho, la formulación de normas jurídicas y la estabilidad del Derecho han resultado eficientes para favorecer la certeza de las conductas de los operadores jurídicos, así como a la seguridad jurídica en cada justiciable, así como dentro de cualquier circunstancia aplicativa de las normas; este valor no ha podido ser alcanzado por los planteamientos neoconstitucionalistas, mismos que, de hecho, pueden ser complementados con los planteamientos del positivismo incluyente.

Así, la creación del derecho regulado, aquel que es preexistente a cualquier caso práctico, aquel que se convierte en una norma abstracta, pero se extrae de una situación concreta y es el resultado de una labor normativa, de donde sea que esta salga, de la legislación, de la jurisprudencia o de la misma costumbre y cultura; se convierte en jurídica gracias a la moral política que es crítica.

Es la moral política la que le otorga calidad jurídica a las construcciones morales de la sociedad; realidad que es reconocida por el positivismo incluyente y que no es contraria a ningún postulado del neoconstitucionalismo, sino únicamente

complementaria.

Así, la tesis central del positivismo incluyente radica en el reconocimiento de que la validez jurídica de las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial en cada caso concreto puede depender de factores morales (Waluchow W. J., 2003, p. 81); admisión que los positivistas no habían planteado de manera expresa y, es más, en el caso de Raz, se presenta una postura totalmente contraria.

No obstante, con esta formulación, el positivismo incluyente trae hacia sus filas al derecho constitucional, al admitir que la atribución de validez jurídica de las normas puede depender de factores morales, cuando, de hecho así debe ser, dado que la constitución es una expresión de la moral social, solo que, sometida a moral política, con esto se admiten como normas no solamente a las reglas emanadas por el parlamento, sino también a las reglas emanadas por el constituyente, así como, por el propio judicial en cada caso concreto; es decir que, la “regla de reconocimiento de un sistema jurídico contenga explícitamente criterios morales sustantivos de los que dependa la validez de la legislación y, en general, de las normas jurídicas” (Etcheverry, 2012, p. 415).

La primera tesis que se ha alcanzado teóricamente en cuanto a la tesis central, es el hecho de que la regla de reconocimiento del sistema jurídico debe incorporar estándares morales como condición necesaria para su promulgación y, por tanto, la moral se

convierte en un límite al derecho promulgado (Waluchow W., 2000, p. 76); vale decir, para esta primera tesis es obligatorio que se tengan en cuenta las consideraciones morales al momento de construcción del derecho bajo sanción de invalidez; lo que involucra una exigencia de consistencia entre el grupo de normas morales incorporadas y la norma debidamente promulgada.

Una segunda tesis plantea que los estándares morales que han sido incorporados a la regla de reconocimiento, pueden presentarse y establecerse como una condición suficiente de validez jurídica (Coleman, 2001, p. 111), es decir, que basta con que los estándares morales hayan sido incorporados en la regla de validez para que se presuma la validez jurídica de la norma aunque no haya sido promulgada.

Con todo, independientemente de la consideración de la condición necesaria o suficiente, las tesis en las que se centrará la investigación para justificar la necesidad de mantener un positivismo incluyente en cuanto al reconocimiento y regulación de las normas, incluso de si se trata de normas constitucionales, son las que desarrollan ciertas características y circunstancias que acompañan y deben seguir acompañando la creación del Derecho.

La primera de ellas referida a la tesis de la convencionalidad que expresa el carácter convencional que tienen las normas jurídicas, puesto que son el producto del acuerdo expreso o tácito respecto de los valores morales que concibe la sociedad como adecuados para convertirse en normas jurídicas, ya sea constitucionales o

legales; es decir, la juridicidad de las normas es otorgada por estándares morales (Coleman J. , 1982, p. 143), tal y como ocurre con las normas constitucionales, tesis que no resulta contraria al positivismo, cuyo interés es, además, dotar de una validez procedimental a las normas promulgadas.

Ahora, el hecho de que la normatividad devenga de la convención alcanzada entre los miembros de una sociedad, no implica que su contenido vaya a ser estático e infranqueable, sino que, gozará de permanencia durante el tiempo que las propias convenciones sociales consideren necesario.

Así, el positivismo incluyente admite que la conducta de los participantes es una condición para la existencia de una regla de reconocimiento convencional, el contenido de esta no está necesariamente determinado por dicho comportamiento; también admite que las reglas convencionales permiten el desacuerdo ya sea sobre su contenido o sobre su aplicación; en el primer caso, el desacuerdo sobre su contenido no inhabilita la vigencia de la norma, sino solamente las circunstancias y alcances de su aplicación; en el segundo caso, el desacuerdo podría devenir en la pérdida de vigencia de la norma y, por tanto, en su modificación o reemplazo; dado que, la vigencia de una norma depende de la noción de actividad cooperativa compartida que presente el grupo (Coleman J., 2001, p. 116).

Contenidos clave para el planteamiento de la discusión en la presente investigación acerca de la actividad creadora del derecho

que mantiene el Tribunal Constitucional y los presupuestos morales que deberían atenderse al momento de establecer las reglas de reconocimiento.

2.2. TEORÍAS Y DOCTRINA BÁSICAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN

2.2.1. LA TEORÍA DEL ESTADO COMO SUSTENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS A LOS ORGANISMOS DEL PODER CONSTITUIDO

Uno de los componentes del problema de investigación es el principio de equilibrio de poder que, clásicamente, incluía únicamente a los mal denominados poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial planteados por la ideología ilustrada del siglo XVIII y que se entendieron como poderes separados por los planteamientos de Montesquieu (1748).

Esta separación o división clásica del poder tenía como justificación a la libertad política en un ciudadano que es la “tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad” (Montesquieu, 2018, p. 161), seguridad que solo podría conseguirse con la división del poder en legislativo, ejecutivo y judicial.

Así sucede que cuando “los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo” (Montesquieu,

2018, p. 161); de igual forma, cuando el poder judicial no se separa del legislativo o el ejecutivo; de esta forma, si se encuentra unido al primero, el “imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador, y estando unido al segundo sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor” (Montesquieu, 2018, p. 161).

Al respecto, pueden identificarse tres conclusiones centrales, la primera es que Montesquieu había identificado al poder soberano como un ejercicio material de poder que, si bien era constituido por la población a manera de poder constituyente, se ejercía por los órganos de gobierno hasta entonces identificados; la segunda, es que se confundió al poder mismo con el órgano que ejercía las funciones delegadas por este, lo que constituye un error, el poder es único e indivisible y se ostenta por el pueblo política y jurídicamente organizado, cosa distinta son las funciones encomendadas a los órganos de gobierno que ejercen un poder constituido que se expresa en funciones, lo que se dividen, entonces, son las funciones y; la tercera, que a la época de la publicación del *Espíritu de las Leyes*, únicamente se habían identificado tres funciones de gobierno, mismas que, en la actualidad, son insuficientes, mucho más en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, en el que la tutela de los derechos fundamentales de las personas requieren de funciones adicionales como el control y la interpretación de la Constitución.

Es por ello que es necesario estudiar la teoría del Estado y su evolución a partir de las formulaciones clásicas, ilustradas hasta los planteamientos actuales, a efectos de comprender las diversas funciones que requieren ser ejercidas en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, así como, el equilibrio de poder que se genera a partir del respeto de las autonomías y competencias funcionales y la excepcionalidad en la flexibilización de dicha autonomía en pro del bienestar general y la vigencia de los principios constitucionales.

En primer término, debe recordarse que el cambio del antiguo régimen caracterizado por el gobierno monárquico, el Estado absolutista y por la lesión de las libertades personales ante el abuso del poder ejercido por una única persona; hacia un nuevo régimen caracterizado por el gobierno republicano y el Estado Liberal, con pretensión de tutela de las libertades personales a través de la división de poderes; fue, en gran parte, el producto de la ideología y doctrina ilustrada que se gestó en el siglo XVIII; misma que revivía muchas de las figuras planteadas anteriormente por grandes como Aristóteles, Platón, Cicerón, Tomás de Aquino, San Agustín, Maquiavelo, Bodino y Hobbes, entre muchos otros que sentaron las bases para la construcción estatal (Medina Núñez, 2022).

No es pretensión de este acápite ahondar en toda la teoría del Estado previa o posterior a la ilustración; no obstante, existen aportes muy relevantes que merecen la pena comentar para

comprender históricamente el origen de nuestras actuales figuras democráticas y republicanas, así como, la propia estructura gubernamental con la que contamos.

La idea de democracia no es nada nueva, ya se demuestra ello en el diálogo de La República que, más que ilustrar un gobierno republicano como el que actualmente tenemos sienta las bases para identificar la organización de una ciudad-estado y su comportamiento dentro de la democracia; vale decir, la naciente concepción de república sentaba en realidad una organización ciudadina, clasista, en la que era posible el ejercicio de una democracia directa (Platón, 2019), de la cual podemos extraer máximas como la necesidad de orden para un fin común, la distribución de roles o funciones que, a pesar de ser muy particulares y dolorosas son necesarias y loables, la noción de fin común; entre muchos de los valores máximos que ahora se atribuyen al Estado, la forma republicana de gobierno y a la democracia.

Descripciones que fueron planteadas por Platón en el contexto de un coloquio, de manera narrativa, pero que importan el germen para comprender los elementos de la organización estatal; asunto que fue continuado por Aristóteles en sus obras, en las que ahondó en aportes como la teoría de la justicia, en la que define a este valor como una “cualidad moral que obliga a la gente a practicar cosas justas, y que es causa de que se hagan y de que se quieran hacer” (Aristóteles, 2021).

Definición que luego ha sido muchas veces discutida y modificada, pero que guarda un valor incalculable constitucionalmente hablando, el reconocimiento de la justicia como una cualidad moral, como un valor que no surge de la propia naturaleza humana, que es tanto benevolente como perversa, sino del convenio entre las personas que conforman una comunidad; tal y como ocurre con los demás valores constitucionales derivados y su propia evolución.

El igual sentido, valores constitucionales tales como la idea misma de Estado como una “asociación que se forma buscando algún beneficio, pues la humanidad está en constante búsqueda de aquello que considera bueno” (Aristóteles, Política, 2021, p. 557), referencia que es ampliada posteriormente por Rousseau (2012) cuando propone el contrato social; claro está, con las diferencias marcadas por la evolución y conquista de derechos que la propia búsqueda de aquello que se considera bueno ha logrado para el hombre, por ejemplo, la eliminación de la esclavitud o la igualdad de la mujer que eran impensables en la teoría planteada por Aristóteles.

Con todo, existen grandes aportes que el estagirita ha presentado a la teoría del Estado y sobre los cuales se ha construido posteriormente, el reconocimiento del derecho a la propiedad (Aristóteles, Política, 2021, p. 558); la relación del Estado y el ciudadano, así como la referencia al gobierno y la soberanía, punto en el que cabe hacer algunas precisiones con la intención de aclarar los términos que tan confundidos están hoy en día y que se

diferenciaban claramente desde la época griega.

Desde Aristóteles, salvando las diferencias propias de la sociedad, el Estado es un “sistema completo formado de muchas partes, un agregado de elementos” dentro de los cuales se incluye al ciudadano, cuyo conjunto conforman el pueblo, la asociación de ciudadanos para buscar el bien común constituye el origen del Estado (Aristóteles, *Política*, 2021, pp. 613-617).

Esto es lo que debiera diferenciar al Estado del Gobierno, puesto que el gobierno está compuesto por todas las magistraturas encargadas por el Estado; el inconveniente con el pensamiento de Aristóteles es que reducía a la Constitución a una equiparación con el gobierno (p. 623); es decir, se reducía el concepto de Constitución únicamente a la parte orgánica, lo rescatable es que se deja ver que dicha estructura es únicamente la gobierno, no la de Estado que es mucho más compleja que los organismos del poder constituido; extremo que es también relevante para esta investigación.

Al respecto, los tres poderes clásicos del gobierno, no son un aporte de Montesquieu, sino de Aristóteles, quien en el Libro VI de la *Política*, recoge al poder Legislativo, ejecutivo y judicial; a partir de esto, desarrolla los deberes con los que debe cumplir el legislador, principalmente de asegurar que “las leyes deben ser hechas para las constituciones, y no las constituciones para las leyes” (Aristóteles, *Política*, 2021, p. 700).

Centrando especial importancia en el poder legislativo, puesto que, según su ver, es el poder que se encarga de arreglar a los demás poderes a través de la ley, con lo que se obtendrá la organización de un Estado, que será diferente en cada uno de ellos, pero siempre mantendrá los tres elementos “la asamblea general que delibera sobre los negocios públicos; (...) el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; (...) y el cuerpo judicial” (Aristóteles, Política, 2021, p. 723), denotando así lo que él llama poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial.

No obstante, las propuestas realizadas por los pensadores griegos respecto de la conformación del Estado, fueron abandonadas a partir de las incursiones romanas, principalmente a partir del Imperio, en el que los intentos de democracia sucumbieron ante la imposición del poder del emperador; este hecho afectó gran parte de nuestra historia, principalmente en la denominada edad media, en la que, las imposiciones de poder de unos pocos se fueron sectorizando, dejando sin poder al emperador pero erigiendo al señor feudal y, posteriormente, permitiendo la ascensión al poder del monarca; épocas en las que la democracia desapareció por completo, se favoreció al absolutismo y tergiversaron muchos de los planteamientos griegos (Flórez, 2015).

Otro de los poderes que influyó mucho en la edad media y en parte de la edad moderna fue el poder de la iglesia, que ha influido en el contenido de grandes tratados, como ocurre, por ejemplo, con el

Leviatán de Hobbes (2018) en el que, a pesar de reconocer que el pueblo es el verdadero depositario del poder y que es el pacto social que se alcanza entre sus miembros el que conforma al Estado, cada uno de sus tratados tiene implicancias religiosas, es más, dedica el capítulo XXII exclusivamente a la religión (pp. 97-107); perspectiva que presenta la materia, forma y poder de una república, pero denominándola eclesiástica y civil.

Planteamiento que, terminó por reconocer lo que ya desde la época griega se había reconocido, que el poder es del pueblo y no del representante, que este último es un servidor de los intereses del pueblo y que las funciones que ejerce son en virtud de una delegación; empero, en el planteamiento de Hobbes (2018), este representante no podía ser otro que el propio monarca, dada la incapacidad de cualquier otro miembro del pueblo para poder ejercer tal encargo (pp. 261-274).

Afortunadamente, esta perspectiva, todavía dentro de los presupuestos del pacto o contrato social, fue cambiada y rescatada en el sentido planteado por Aristóteles, por Juan Jacobo Rousseau en el Contrato Social, cuyo cometido fue descubrir “alguna fórmula de administración tan legítima como segura (...) en armonía constante de lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que la justicia y la libertad no resulten divorciadas” (Rousseau, 2012, p. 43), fórmula que fue originalmente alcanzada y que sirvió de fundamento para el establecimiento del nuevo orden con una estructura de Estado

Liberal cuya forma básica se mantiene hasta hoy.

Es así que el pacto social planteado por Rousseau (2012) es la base fundamental del Estado, tanto del naciente Estado Liberal como del Estado Constitucional de Derecho que se pretende instaurar en la actualidad, puesto que la fórmula que propone, a diferencia de la planteada por Hobbes (2017), tutela o deja incólume la libertad y el poder individual de cada persona dado que plantea una asociación de hombres que cumpla con la fuerza común una defensa y protección de “la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes” (Rousseau, 2012, p. 55).

Mensaje tomado desde la república francesa naciente y que, en algún momento de la historia estatal fue mal entendida, imponiendo un imperio de la ley o lo que deciden los legisladores, aun cuando sea contrario a las libertades personales y derechos fundamentales, tal y como históricamente se puede constatar, pero que, de ninguna manera puede ocurrir; vale decir, cualquier formulación del legislador necesariamente debe responder a los intereses, necesidades y aprobación de la población, en caso contrario, no podría ser considerado Derecho, ni puede ser tenido como Estado aquel que cuente con una organización que ejerza en abuso del poder.

La propuesta de Rousseau (2012) es sumamente relevante, importante, dado que no involucra una renuncia al poder de los

integrantes de la población para regalárselo a una supuesta autoridad; sino que implica la “alienación total de cada asociado con sus innegables derechos a toda la comunidad. Pues, en primer lugar, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos” (p. 55), por lo que ninguno es capaz de hacerla gravosa para los demás dado que “cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo” (p. 56).

Vale decir, no existe asociado o participante del pacto que tenga mayor poder de otro, cosa distinta, es la representación de la comunidad que, pese a contar con autonomía funcional, si sobrepasa los límites del encargo realizado por la comunidad, perdería legitimidad e inmediatamente deberá dejar de ejercer dicha potestad de representación; cabe resaltarse que, desde la propuesta de Rousseau (2012) el Estado constituye un todo, el producto de la voluntad general; cosa distinta el el gobierno que se trata de un poder constituido, creado, cuya voluntad depende de la voluntad general.

Mal hacemos actualmente al creer que las funciones desplegadas por los organismos autónomos, constituyen un poder, puesto que no lo son, lo que dichos organismos ejercen son funciones delegadas por la voluntad general, incluyendo a la función de control de la constitucionalidad de la leyes e interpretación de la constitución que no puede desplegarse sin tener en cuenta la

voluntad general.

Con ello, podemos ver que los planteamientos de la ilustración no solo se referían a la democracia representativa, sino y sobretodo, a la democracia participativa, con una intervención real de la población para quitar la delegación de funciones a los representantes cuando estos pierdan legitimidad y hayan sobrepasado sus limitaciones; tómesese en cuenta que:

La persona pública que así se constituye , por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *Ciudad* y hoy el de *República* o *cuerpo político*, el cual es denominado Estado cuando es activo, potencia en relación a sus semejantes. En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *Pueblo* y particularmente el de *ciudadanos*, como partícipes de la autoridad soberana, y el de *súbditos* por estar sometidos a las leyes del Estado. Pero estos términos se confunden a menudo, tomándose el uno por el otro; basta saber distinguirlos cuando son empleados con absoluta precisión. (Rousseau, 2012, pp. 56-57)

Es precisamente esa precisión la que se ha perdido actualmente en que se concibe al representante o encomendado del pueblo como una autoridad, capaz de sobrepasar los límites impuestos por el verdadero soberano, el mismo pueblo, e imponernos normas de conducta aun cuando estas sean contrarias a las necesidades y habilitaciones que el propio pueblo genera. Al respecto, cabe resaltar que “cada individuo, contratando, por decirlo así, consigo mismo, se halla comprometido bajo una doble relación, a saber: como miembro del soberano para con los particulares y como miembro del Estado para con el soberano” (Rousseau, 2012, p. 57).

Líneas muy relevantes y de especial atención en la presente investigación, puesto que, debemos comprender que el Tribunal Constitucional, órgano elegido indirectamente por el pueblo, puesto que es el Congreso de la República el que designa a sus miembros, está compuesto por individuos cuya fuerza no es mayor a la de cualquier otro integrante de la población, la función que ejercen, es un encargo que el propio pueblo, como soberano, le ha encargado, y que, cualquier abuso de aquel encargo, deslegitima el producto o ejercicio de aquella función.

Téngase en cuenta que el representante no es el soberano, esa es otra confusión que se tiene actualmente, el soberano está compuesto por el pueblo y su voluntad general, de esta manera, el cuerpo soberano está formado por los particulares, así, “no tiene ni puede tener interés contrario al de ellos; por consiguiente, la soberanía no tiene necesidad de dar ninguna garantía a los súbditos, ya que es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros” (Rousseau, 2012, p. 58).

Caigamos en la cuenta, entonces, de que toda función que se desprende del poder constituyente, debe sus competencias y facultades al pueblo y condiciona su actuación a la voluntad general; en ningún momento se ha presentado una ruptura en la relación poder constituyente-poder constituido, que habilite a los organismos constituidos que ejercen una función gubernamental a actuar en contra de la voluntad que emana del pueblo y que se encuentra en la constitución, pero no en el documento formal

producto de un constituyente excepcional, sino en la constitución material, aquella que emana del pueblo ya que “cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo, lo cual no significa otra cosa que se le obligará a ser libre” (Rousseau, 2012, p. 59).

Finalmente, en cuanto a Rousseau (2012), es menester presentar una definición de soberanía que no debemos olvidar cuando se analicen los tratados posteriores presentados por Karl Loewenstein (1976) o por Hermann Heller (2017), esta no es más que “el ejercicio de la voluntad general, jamás debe alienarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero nunca la voluntad” (Rousseau, 2012, p. 65); traído el discurso a esta época, la funciones gubernamentales se delegan, se encargan, pero nunca el poder soberano, porque ese le pertenece al pueblo.

De forma tal que, ningún organismo constituido puede sobrepasar los límites impuestos por el constituyente, ninguno tiene la capacidad de generarse funciones, auto facultarse o autopermiitirse desarrollar una función u otra, mucho menos si con ello invade otras competencias; así como, ningún organismo constituido es supremo ni está por encima del otro, únicamente, son funcionalmente autónomos los unos de los otros.

Téngase en cuenta que:

Entre las condiciones naturales y culturales de la unidad estatal que han de considerarse, el territorio y el pueblo son los elementos relativamente permanentes; esto explica el hecho de que la conducta del Estado no sea nunca el mero

resultado de una conformación impuesta con plena libertad por caudillos y grupos, de acuerdo con las ideas del momento, sino que entraña un especial carácter que sobrevive a los individuos y a las formas del Estado. (Heller, 2017, p. 185)

Es así como existe una consciencia colectiva, de la cual nacen todas las normas, los principios y directrices, sobre las cuales han de construirse las reglas, todas dentro de la conformación estatal; este es el carácter que sobrevive a cualquier dimensión que se genera dentro del estado y sobrepasa al cualquier organismo gubernamental que ejerce funciones encomendadas por el pueblo. El pueblo, entonces, es uno de los elementos fundamentales del Estado, pero no desde su dimensión natural en la cual puede denominársele población, sino desde su dimensión cultural, misma que no procede de una comunidad originaria, sino que, se encuentran conformados por grupos étnicos muy diversos y su unidad se determina por vínculos culturales de religión, de idioma, políticos o de otras índoles que en conjunto conforman un aspecto físico unitario (Heller, 2017, p. 206).

El pueblo es también una realidad operante y operada, y la pertenencia a un pueblo se constituye por el hecho de que un ser, con la impronta de una conexión espiritual tradicional, actualiza esta conexión, de modo vivo, dentro de sí mismo. Cuando ello acontece con plena conciencia, la pertenencia al pueblo implica representarlo voluntariamente con todas sus excelencias, y también – en algunos casos, no en todos – con sus defectos.

El pueblo cultural, que es en sí políticamente amorfo, se convierte en nación cuando la conciencia de pertenecer al conjunto llega a transformarse en una conexión de voluntad política. Para construir nación no basta en modo alguno el sentimiento de comunidad meramente étnica. (Heller, 2017, pp. 208-209)

El pueblo cultural, entonces, es una realidad fáctica dentro de la cual se da una voluntad unificadora que se instaura como un factor fundamental para el nacimiento y permanencia del Estado y de cualquier otra organización; sin embargo, también ocurre que la voluntad del Estado presta de vuelta unificación al pueblo mismo, por lo que se trata de dos entidades independientes, aunque complementarias.

Así, cualquier organización que se desprenda del Estado, a pesar de contar con autonomía en sus actuaciones, todas estas deben estar orientadas hacia la voluntad unificadora que se presenta dentro del pueblo, lo que implica que cualquier voluntad desplegada en el contexto de un Estado, se orienta al bienestar del pueblo, mismo que no es uniforme, no cuenta con una sola voluntad perfectamente identificada e identificable, sino que se encuentra en constante evolución y dinamismo; lo que hace de las normas extraídas de tal voluntad, contingentes.

Cabe tener en cuenta que el gobierno y sus órganos son solo una de las manifestaciones del Estado, puesto que este último no es una estructura compuesta por órganos de gobierno, sino un poder autónomo que es producto de la cooperación social en el territorio; lo que lo ubica como un sujeto del más alto poder territorial, “ante un Estado al cual se atribuye, con necesidad política, el obrar político de gobierno con anterioridad a cualquier derecho internacional y con independencia de toda jurisprudencia normativa” (Heller, 2017, p. 260).

Esto dado a que la conformación del Estado, el establecimiento de su voluntad unificadora es previo a cualquier órgano gubernamental, estos se instalan únicamente como instrumentos para materializar dicha voluntad y, de ninguna manera, pueden contradecirla, interpretarla, y mucho menos, pretender definirla, establecerla o conformarla; esto es lo que se conoce como una constitución política como realidad social, es decir:

La constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana. En virtud de esta forma de actividad humana concreta, el Estado se convierte en una unidad ordenada de acción y es entonces cuando cobra, en general, existencia. Al adquirir la realidad social ordenación y forma de una especial manera, es cuando el Estado aparece en su existencia y modo concretos. De esta constitución "real" que todo país ha poseído en todo tiempo (...), que no es la constitución escrita o la hoja de papel, sino las relaciones reales de poder que se dan en un país. (Heller, 2017, pp. 316 y 317).

Constitución real o material a la que ha de recurrirse cada vez que pretenda reconocerse o interpretarse un valor constitucional no recogido anteriormente, puesto que tales valores no pueden ser el producto de abstracciones o elucubraciones teóricas de los integrantes del gobierno, como es el caso del Tribunal Constitucional; sino de la constatación real del contenido que le otorga el Estado o, en su defecto, el pueblo cultural al valor para que así pueda ser recogido formalmente.

Y esto ocurre, debido a que tanto el Tribunal Constitucional como el

resto de los organismos constituidos no ostentan en realidad un poder, sino que ejercen una función por delegación; al respecto, ocurre que el clásico principio de separación de poderes no es en realidad una escisión del poder soberano, sino una mera idea para garantizar la libertad individual a través de la limitación del abuso del poder que se planteó durante la ilustración, pero no una realidad constitucional por más de que la tradición en las constituciones escritas siga manteniendo esta denominación (Loewenstein, 1976, p. 55).

Bajo esta perspectiva, no es que ocurra en realidad una separación del poder en poderes más pequeños o que las funciones desempeñadas por los órganos de gobierno constituyan en realidad un poder; ya se puede constatar en la propia forma de gobierno parlamentaria inglesa que el legislativo y el ejecutivo no se encuentran realmente separados (Loewenstein, 1976, p. 55).

La separación de poderes es en realidad, el reconocimiento de que el Estado cuenta con determinadas funciones que se derivan de su poder soberano y que estas deben ser cumplidas por algún ente y, por otro lado, que los beneficiarios del poder serán beneficiados si es que dichas funciones son ejecutadas por diversos órganos, ya que ello favorece a la libertad como el fin último de la organización estatal y, por tanto, de la distribución de funciones. Así:

La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones*

estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, de ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa (...) se preferirá la expresión “separación de funciones” a la de “separación de poderes”. (Loewenstein, 1976, pp. 55-56).

De lo que se desprende que los organismos del poder constituido no ejercen un poder, ni los tres clásicos propuestos por Montesquieu, no aquellos que la evolución de la sociedad y el Estado ha ido requiriendo y conformando; es por ello que no puede hablarse ya de los tres clásicos poderes, sino que debe plantearse una mirada no orgánica que resulte conforme con la sociedad pluralista contemporánea.

Así, Loewenstein (1976) planteó en su lugar el reconocimiento de la existencia de una decisión política conformadora o fundamental que se encuentra en la comunidad estatal; la ejecución de la decisión política fundamental que podría encontrarse en cualquiera de los órganos que conforman el gobierno e, incluso, en cualquiera de las organizaciones estatales y; finalmente, el control político que se materializa con la atribución de diferentes funciones a diferentes órganos de manera tal que si bien las ejercen con autonomía y plena responsabilidad, están obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida, limitándose y controlándose entre ellos según los pesos y contrapesos ideados por cada constitución, así es como se materializa el *check and balances* (pp. 62-69).

De allí que la teoría del check and balances o de equilibrio del poder “constituye un soporte epistemológico que contribuya de manera real y efectiva a la superación de la problemática suscitada por la prevalencia del poder del alto tribunal de lo constitucional” (Aldana Rojas y Guarín Ramírez, 2016, p. 59); esto debido a que el equilibrio de poder significa que:

Las funciones de cada rama del poder público deben estar determinadas, separadas y distribuidas de forma equitativa. Por eso, el complemento de este principio es el de los frenos y contrapesos, según el cual, si una rama tiene un robustecimiento en cuanto a funciones, las otras ramas deben tenerlo de la misma manera, para así contrapesarlo y, en esa línea, evitar la prevalencia de un poder sobre los otros. (Aldana Rojas y Guarín Ramírez, 2016, p. 70)

Así, cada rama del poder público, es decir, cada organismo u órgano constituido para cumplir alguna de las funciones encomendadas por el Estado, deben contar con una competencia determinada y distinta a la de los demás órganos u organismos y, por ello, gozar de equidad en cuanto a las potestades funcionales con las que cuenta; puesto que, a pesar de que funcionalmente cuentan con encargos constitucionales, como ocurre con el Tribunal Constitucional, ello de ninguna manera implica que este o cualquier otro órgano tenga prevalencia de poder sobre los demás; solo ejerce una competencia constitucional que es distinta a las demás competencias funcionales de los órganos constituidos que son igualmente constitucionales e importantes dentro de su especialidad.

2.2.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO

Dentro de la dinámica explicada en el punto anterior, en cuanto al surgimiento del Estado Liberal y la concepción de la separación de poderes y primacía del parlamento por ser el órgano que representa al pueblo; un planteamiento distinto, aunque temprano, se diferenció de los demás, “frente al sistema de contrapesos, un modelo basado en la superioridad jerárquica de la Constitución escrita y un Estado constitucional sin soberano” (Máiz, 2007, p. 198).

Propuesta realizada en la naciente república francesa por Emanuel Sieyès, quien bajo el presupuesto de que el Parlamento era un órgano constituido y, por tanto, “no podía concebirse una *soberanía del parlamento* como suprema expresión de la voluntad del pueblo, toda vez que la ley debía ajustarse a la Constitución y el Estado Constitucional imposibilitaba por definición la presencia de un soberano en su interior” (Máiz, 2007, p. 198).

Fue bajo este contexto de exigencia de una supremacía constitucional que esgrimía Sieyès, en el que además sustentaba que las normas constitucionales no debieran ser declarativas, sino inmediatamente aplicables, imperativas; además que debería establecerse paralelamente a las competencias de la jurisdicción ordinaria un Tribunal Constitucional “para aquellos casos en los que las violaciones de la Constitución no sean competencia de los tribunales «civiles» (...) partiendo de un principio radicalmente

diferente (...) «Los Tribunales no podrán tomar parte alguna en el ejercicio del poder legislativo» (Maiz, 1991, p. 66).

Tamaña claridad en las ideas de Emmanuel Sieyès, por dos motivos, el primero, porque sus ideas fueron planteadas en el contexto de una república naciente, cuando no se tenían claros los planteamientos del equilibrio del poder o de las autonomías funcionales, sino que se contaba únicamente con una primitiva propuesta de separación del poder en los tres clásicos poderes propuestos desde Aristóteles y replicados por Montesquieu; el segundo, porque rompía con los planteamientos de supremacía del parlamento e imperio de la ley por tratarse de un reflejo de la voluntad popular propiciada por la representación popular que este suponía.

Para Sieyès, el parlamento no expresaba la voluntad popular, sino los intereses de los altos estratos sociales o estamentos que en la época se superponían al tercer estado, estrato popular que realmente sostenía al Estado en su totalidad (Sieyès, 2019), lo que en realidad debería considerarse, a su entender es contar con un constituyente instituido “de reforma del texto por los propios causes legales fijados previamente en la constitución” (Maiz, 1991, p. 65) por el propio poder Constituyente, punto este último que ha sido bastante defendido en teoría, pero que, casi nunca se ha configurado en la práctica.

Entonces, el propósito del Tribunal Constitucional que propuso Sieyès el 5 de agosto de 1795 ante la Convención era asegurarse

de que la Constitución sea tenida como una norma suprema, imperativa, no meramente declarativa y, por lo tanto, respetada (Oelsner, 2021, p. 19); aunque, esta idea no se encontraba a tono con las demás propuestas de la naciente república, motivo por el que fue rechazada y tuvo que esperar más de un siglo para su implementación, aunque con otros contenidos.

A continuación se señalan las ideas planteadas por Sieyès respecto del contenido y composición del Tribunal Constitucional:

Artículo IV Existirá, con el nombre de corte constitucional un cuerpo de representantes, cuyo número equivaldrá a tres vigésimos de la legislatura cuya misión especial será juzgar y dictaminar acerca de las acusaciones de violación de la Constitución que se levanten contra los decretos de la legislatura.

(...)

La necesidad de una *jury de constitution* constituye una suerte de cuestión preliminar; no ha tropezado con dificultades. En efecto, ¿Cómo sería posible que la previsión del legislador se acostumbre a la idea de una Constitución abandonada a sí misma, valga la expresión, desde el momento de su nacimiento? Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes, se pregunta uno donde encontrará su guardián y dónde la magistratura de tal código. Es preciso poder dar una respuesta.

(...)

Varios son los planteamientos realizados por Sieyès que han dado forma a las actuales funciones del Tribunal Constitucional y que sientan bases para la sistematización constitucional contemporáneo; en primer lugar, la facultad de dictaminar y juzgar respecto de las acusaciones de contravención de la Constitución por parte de las leyes; es decir, la posibilidad de realizar control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el

presupuesto de la supremacía constitucional, así como de una constitución con normas obligatorias que, al igual que las leyes ordinarias, requiere de una jurisdicción especializada que haga respetar tal supremacía.

Ahora, en el planteamiento de Sieyès no solamente se faculta al Tribunal para observar las leyes que contravienen a la Constitución, sino que posibilita el control del ejercicio de las funciones encomendadas por la propia Constitución cuando los funcionarios irresponsables sobrepasen los límites de las facultades otorgadas; esto, fungiendo como un tribunal de casación, es decir, que revise en última instancia las causas que se inicien por este motivo; lo que puede equipararse a la actual facultad del Tribunal Constitucional para conocer en recurso de agravio constitucional los procesos de tutela de derechos, claro está, con la diferencia de que los procesos de habeas data, amparo y habeas corpus no solamente controlan los actos contrarios a la constitución de los funcionarios públicos, sino también de los particulares; lo que sí ocurre en el caso de la acción de cumplimiento.

Otro aspecto que resulta relevante para el sentido de la presente investigación, es el encargo al Tribunal Constitucional para que realice las enmiendas que el tiempo pudiese exigir en la Constitución; mirada sumamente valiosa, porque el abad comprendía que la Constitución no es un concepto estático, sino dinámico, tanto como lo es la sociedad y la propia dinámica estatal, cuya evolución necesariamente influye en la evolución de la

constitución material que, por motivos de seguridad jurídica y certeza, ha de ser recogida en la constitución formal o mediante otros mecanismos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como parte del bloque de constitucionalidad.

Posibilidad que hasta la actualidad cuesta ser comprendida por muchos de los estudiosos del Derecho que todavía se mantienen influenciados por el positivismo jurídico excluyente y que puede ser equiparada con la potestad de interpretación de la Constitución que tiene hoy el Tribunal Constitucional, que debe ser entendida como una potestad no irrestricta, ligada al cumplimiento de la voluntad popular.

Entonces, es muy relevante la consideración de que la jurisdicción constitucional debe emitir opinión respecto de las violaciones o atentados contra la constitución, porque ello involucra no solamente los atentados cometidos por el legislador, sino por cualquiera de las funciones de los órganos constituidos; por otro lado es importante también, el hecho de que el Tribunal sea un ente de opinión y no solamente de sanción, es decir, cuenta con dos momentos marcados dentro del análisis previo a la emisión de sus fallos, mismos que tienen fuerza suficiente para expulsar tales actos del sistema jurídico nacional.

Luego del original aporte de Emmanuel Sieyès, no volvió a presentarse durante el siglo XVIII o el mismo siglo XIX una propuesta completa acerca del organismo encargado de la defensa de la Constitución, hasta el planteamiento que elaboró Hans Kelsen

en 1928 en su ensayo titulado "*La garantie juridictionnelle de la Constitution*" (Vita, 2017, p. 133).

En dicho tratado, Kelsen (2001), reconoce que pueden existir leyes emitidas por el parlamento que pueden resultar contrarias a la Constitución y que, al haber sido emitidas por este órgano mínimamente vinculado por la Constitución y libremente creador del derecho a diferencia del ejecutivo y el judicial que son meros aplicadores del derecho creado por él; resultaría ingenuo políticamente hablando creer que este órgano anulase de *mutu proprio* o por una declaración de inconstitucionalidad, las leyes que resulten inconstitucionales (pp. 51 y 52).

Motivo por el que se necesita un órgano diferente e independiente del parlamento y de cualquier autoridad gubernamental que no solo declare la inconstitucionalidad de las leyes emitidas por este, sino que las anule dada su subordinación a las normas constitucionales; es decir, una jurisdicción o tribunal constitucional. Sistema que no atenta contra la soberanía del parlamento, debido a que esta no existe, puesto que el verdadero soberano es todo el orden jurídico, la legislación se encuentra subordinada a la constitución; en este sentido, el tribunal constitucional constituye también un órgano estatal con una función específica que, a pesar de estar organizado como un tribunal, implica en realidad una potestad de legislación negativa, es decir, una anulación de la ley en aplicación de las normas de la Constitución (Kelsen, 2001, pp. 52-56).

De ahí que se abre la posibilidad para que un tribunal, con organización jurisdiccional y que conoce de los casos de inconstitucionalidad dentro de un proceso jurisdiccional constitucional, ejerza también una función legislativa, general, de ablasión de una ley del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución; al respecto, es menester puntualizar que Kelsen (2001) es demasiado claro entre la diferencia entre la legislación positiva encargada únicamente al parlamento y la legislación negativa potestada al Tribunal Constitucional con los siguientes términos:

Habría lugar, cuando más, a examinar si el hecho de considerar la anulación de las leyes como una función legislativa no acarrearía ciertas consecuencias particulares, relativas a la composición y al nombramiento de esta instancia. Pero, en realidad no ocurre así ya que todas las consideraciones políticas que dominan la cuestión de la formación del órgano legislativo, no son tomadas en cuenta, propiamente, cuando se trata de la anulación de las leyes.

Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, únicamente, por principios o direcciones generales, la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. (pp. 56 y 57)

Entonces, de esta cita se pueden obtener diversas conclusiones importantes que parecen haber evolucionado hasta la actualidad en cuanto a la naturaleza y potestades del Tribunal Constitucional; en

primer término porque a pesar de reconocer una función legislativa menor, negativa, anuladora, su organización y procedimientos lo definen como un órgano jurisdiccional.

Empero, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que dicha función legislativa es menor debido a que únicamente se reduce a la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, es decir, esta función se encuentra íntegramente subordinada a las normas constitucionales, a diferencia, según Kelsen (2001) de la función legislativa del parlamento que respeta los principios constitucionales básicamente pero luego cuenta con libertad para elaborar el contenido de las leyes.

Dos extremos discutibles, debido a que tanto el parlamento como el tribunal constitucional y cualquier órgano del constituido le deben absoluto respeto a la constitución, ostentan y ejercen sus potestades de conformidad con sus normas y, no cuentan con libertad de actuación más allá de las prescripciones del constituyente que deben encontrarse impresas en todo texto constitucional, así como comprendidas en la propia constitución material; no obstante, esto último es un planteamiento constitucionalista incomprensible dentro del positivismo kelseniano.

2.2.3. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el sentido indicado por Kelsen (2001), efectivamente es función del Tribunal Constitucional fungir como legislador negativo, en

virtud de la protección de la supremacía constitucional, definida como “la superioridad de la constitución con relación al respeto de normas de un ordenamiento jurídico (...), es una *lex superior* que obliga por igual a gobernantes y gobernados (...), una norma que tiene la peculiar condición de superioridad jurídica” (Rosas Alcántara, 2015, p.502), motivo por el que cualquier colisión con su contenido, debe ser atendida mediante el principio de jerarquía normativa, lo que terminaría con la expulsión de la norma con rango inferior si se contrapone a la norma constitucional.

Dicha tarea responde al hecho de que la Constitución es la “fuente primaria de creación y aplicación del derecho (Sistema de fuentes); posee supremacía jurídica dentro de un ordenamiento jurídico; se encarga de reconocer derechos y establecer mecanismos de protección de los mismos; organiza y limita el ejercicio del poder” (García Palacios, 2010, p.15), para lo cual crea un mecanismo de control que, en el caso peruano se encuentra recogido en los artículos 201 al 203 de texto constitucional, en lo que atañe a las garantías constitucionales y al Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad de las normas infra constitucionales, lo que supone su función de legislador negativo (Landa Arroyo, 2007, p. 67).

De lo señalado es claro que por la propia supremacía constitucional contemplada en el artículo 51 del texto constitucional, el sistema jurídico peruano se convierte, en realidad, en un sistema jurídico constitucionalizado; lo que involucra no solamente una imposición

para la ley en tanto disposición normativa sino, y sobre todo, una vinculación dirigida a todas y cada una de las funciones desplegadas por los organismos del poder constituido, incluida la función legislativa cuyas resultas no pueden contravenir los mandatos constitucionales.

Así las cosas el tribunal constitucional “tiene a su cargo, fundamentalmente, validar y hacer cumplir la primacía de la Constitución (...) la atribución de revisar la adecuación y concordancia de las leyes, eventualmente en algunos tribunales constitucionales los proyectos de ley (...) los decretos del poder ejecutivo”, es decir, ejerce labor de legislador negativo.

Ahora, en cuanto a su actuación como legislador positivo, no existe ni en el texto constitucional peruano ni en la propia Ley Órgánica del Tribunal Constitucional, habilitación alguna que le permita llenar el vacío normativo que deja la expulsión de una ley declarada inconstitucional; recuérdese que de conformidad con el “modelo que Kelseniano, el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, pues no tiene por lo general la facultad constitucional de crear leyes” (Landa Arroyo, 2007, p. 607); no obstante ello el propio Tribunal Constitucional se ha valido de la facultad de interpretación de la Constitución a la que le habilita el artículo 1 de su ley orgánica para autofacultarse en la realización de legislación positiva.

Las funciones taxativamente reconocidas al Tribunal Constitucional, dentro de la lógica de la supremacía constitucional, le facultan para “dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias

expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial)” (Rosas Alcántara, 2015, p. 521); funciones que resaltan su función jurisdiccional y su calidad de órgano supremo de protección constitucional así como de supremo intérprete de la Constitución (art. 138 y 200 a 204 de la Constitución).

Sin embargo ninguno de estos artículos reconoce la calidad del legislador positivo del Tribunal Constitucional, misma que parece afectar el principio de equilibrio del poder; puesto que el propio Tribunal Constitucional se ha facultado para realizar las denominadas sentencias interpretativas y manipulativas que “complementan, corrigen o incluso sustituyen la voluntad del legislador (...) excede los márgenes de racionalidad en su actuar, provoca un resentimiento del estado de derecho con evidentes perjuicios para la sociedad” (Robles Moreno, 2014 p. 3).

2.2.4. CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS EN FUNCIÓN AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS INFRA CONSTITUCIONALES

Las llamadas sentencias interpretativas o manipulativas reciben tal denominación debido a que suponen “en la práctica y según opinión mayoritaria, además de la supresión de ciertas normas, la introducción en el ordenamiento de “nuevas normas”, originadas ya

no por el órgano legislativo, sino más bien por el Tribunal Constitucional (López Guerra, 1981, p. 1437); es decir, sobrepasan los límites establecidos en la propuesta de Kelsen antes mencionada.

Esta tipología de sentencias interpretativas opera como tal, en virtud de la potestad de interpretación del Tribunal, debido a que este “señala qué interpretaciones de un precepto son legítimas desde el punto de vista constitucional, y cuáles deben rechazarse” (Díaz Revorio, 2001, p. 67); vale decir que, a partir de un proceso de inconstitucionalidad de una ley dictada en ejercicio de la función legislativa, el Tribunal Constitucional puede identificar múltiples contenidos de las mismas, los que no son compatibles con la Constitución, pueden ser exputados del ordenamiento jurídico, mientras que los que sí lo son deben ser mantenidos.

Ahora, ello implica que el Tribunal tendrá y tiene la potestad de dictar un contenido de una norma infra constitucional, potestad hasta ahora reservada únicamente a los organismos del poder constituido a quienes se les faculta el ejercicio de la función legislativa; en el caso peruano, el Congreso de la República, el presidente de la república y su consejo de ministros por delegación y los organismos descentralizados.

Situación que lleva a identificar el extremo de una autoregulación por parte del Tribunal Constitucional en su propia jurisprudencia de los alcances de su potestad interpretativa en materia de inconstitucionalidad de la ley; funciones que han encontrado su

basamento en la jurisprudencia constitucional comparada.

La justificación de las sentencias interpretativas suele ubicarse en el interés que tiene el Tribunal Constitucional por salvar la vigencia de la ley, así como, por asegurar que tal vigencia respete los preceptos del texto constitucional, así, su finalidad inmediata es el restablecimiento del “orden constitucional vulnerado a través de la transformación del significado de la ley” (Eguiguren Praeli, 2008, pp. 325 y 326).

No obstante, la transformación del significado de la ley, no constituye un extremo de la interpretación constitucional, sino una facultad que le ha sido constitucionalmente reservada a la función legislativa; situación que no se presenta cuando la transformación involucra una reducción del alcance normativo de la disposición legislativa, cuando se declara la nulidad de una o varias palabras producto de los cual el contenido legal impugnado cambiaría, o cuando se elimina una de las normas que se derivna expresamente de la ley impugnada; debido a que ello sería equivalente a una declaración de inconstitucionalidad parcial.

Sin embargo, el inconveniente se presenta cuando la interpretación del Tribunal Constitucional no se lleva a cabo mediante una actividad de expulsión de la norma, parte de ella o parte una norma de desarrollo; sino “antes al contrario mediante una actividad reconstructiva, o lo que es igual, mediante un enriquecimiento del alcance normativo que presenta la disposición recurrida” (Vecina Sifuentes, 1993, p. 482).

Puesto que ello ya no podría englobarse dentro de la función contralora de la constitucionalidad de la ley, así como tampoco dentro de su potestad como legislador negativo; sino que este órgano *“actúa no solo como intérprete de la Constitución sino, adicionalmente, como intérprete de la ley, a través de los cual termina “dando origen” a normas de carácter general”* (Eguiguren Praeli, 2008, p. 326).

La tipología de las sentencias interpretativas o manipulativas se ha tornado bastante diversa, en el caso de aquellas que son desestimatorias, se tiene que declaran infundado el proceso de inconstitucionalidad pero debido a que a pesar de que la norma analizada es ilegítima cuenta con una interpretación que es acorde con el texto constitucional; no obstante, al no expulsar a la norma del ordenamiento jurídico, se genera la incertidumbre del contenido que será asumido por la judicatura ordinaria o constitucional al momento de aplicarla que, no necesariamente podrá ser el que ha sido señalado por el Tribunal Constitucional, convirtiéndose este tipo de sentencia en un mero precedente persuasivo (Pizzorusso, 1979, p. 285).

Un ligero cambio a las sentencias desestimatorias, son aquellas que cuentan con una estimación parcial, que cuentan con el mismo propósito que las anteriores pero que, dada la claridad y traxatividad al señalar el extremo del contenido de la ley que pervive y el que no, termina restringiendo erga omnes una interpretación jurisdiccional y permitiendo otra (Pizzorusso, 1979, p.

286), otra ligera variación de las sentencias interpretativas de estimación parcial son aquellas que se fundan en la elección de dos interpretaciones alternativas del mismo texto.

Se presentan también el tipo de sentencias interpretativas de delegación que declaran la inconstitucionalidad de la ley, pero no establecen su nuevo contenido, sino que establecen principios y directrices que deberán respetar la nueva ley, encargándose así al parlamento la nueva emisión de una ley conforme con la Constitución (Pizzorusso, 1979, p. 293); surgiendo de ello diversas complicaciones como la *vacatio sententiae* que deja al albedrío del parlamento su cumplimiento, pero que, antepone el respeto del equilibrio de poderes y evita la usurpación de funciones.

Sin embargo, lo que interesa a este trabajo son tanto las sentencias sustitutivas como las aditivas; en el primer caso el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley sometida a proceso de inconstitucionalidad y de las normas que de esta se desprendan, pero además, “se pronuncia indicando la regla que debe sustituirla a fin de hacer conforme dicho texto a la Constitución” (Eguiguren Praeli, 2008, p. 328).

En el segundo caso, tras el examen realizado por el Tribunal Constitucional, este considera que la ley cuenta con un contenido menor del que se exige constitucionalmente, “la oposición con la Constitución no resulta, por tanto, de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice, de una omisión relativa o parcial del legislador” (Vecina Cifuentes, 1993, p. 479), por lo que dicho contenido es

completado por el supremo intérprete.

En ambos casos, sentencias sustitutivas y aditivas, los términos de la disposición del Tribunal Constitucional se apartan totalmente de la voluntad del legislador, pero no únicamente para expulsar la norma por este construida, sino para fungir como tal y establecer una nueva norma o extremo normativo que será incluido como parte del ordenamiento jurídico en el rango normativo legal; autopermisión que se encuentra sujeta a debate y se observa en la presente investigación.

2.2.5. LOS LÍMITES PROPIOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU INFLUENCIA EN LOS ALCANCES DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS

Históricamente el órgano de defensa de la Constitución, o también llamado Tribunal Constitucional, no ha sido desde siempre como se entiende ahora. Desde sus primeros hitos, los Estados Unidos y Europa han tenido notables diferencias en cuanto al control de constitucionalidad de sus leyes, tan es así que, con la aparición de judicial review, se consideró esencial una constitución normativa mientras que países de Europa se dio a partir de la creación de la constitución de 1920.

Los tribunales se establecieron con la finalidad de decidir respecto las controversias que tenían los ciudadanos, sin embargo, a partir de la Revolución Francesa propició un debate sobre la defensa de la Constitución, luego con la aparición del Régimen del Terror,

dieron paso a una serie de eventos y propuestas sobre el mecanismo responsable de la defensa de la Constitución, formas de control y garantías.

Según Carpio (2017, p. 162) menciona que una de las propuestas fue la de Sieyès, en el año III de Terminador en 1795, él elaboró un proyecto donde se iba a estudiar leyes orgánicas necesarias para la aplicación de la Constitución jacobina del año I (1793), pero no se concretó debido a insurrección de los sans culottes, los gritos de pan y la Constitución de 1793. Con posterioridad Enmanuel Sieyès realizó un discurso donde presentó una propuesta de 4 artículos sobre los órganos de la nueva Constitución.

La propuesta que instituyó Sieyès, fue sobre un guardián de la Constitución, con el fin de configurar una norma jurídica vinculante, y de obligatorio cumplimiento para esa época, el mismo que:

Se constituirá, bajo el nombre de Jury Constitutionnaire, un cuerpo de representantes, en número de los 2/20 de la legislatura, con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura (Carpio, 2017, p.163).

De ello, el sistema que postuló Sieyès consistía en un Jury a través de un Tribunado, el Gobierno, la Legislatura y el Jury Constitutionnaire, por lo que se consideró como uno de los fundadores de la distinción del poder constituyente y poder constituido.

El terminador, era considerado como la única manera de resolver

los reclamos por el incumplimiento de la Constitución, se buscaba crear un cuerpo de representantes que garantice y salvaguarde su cumplimiento, siendo la última instancia que interprete la carta política y jurídica del país, también encargado de solucionar las interferencias generadas por la falta de observancia a los límites impuestos al poder público, así como los conflictos generados entre las leyes ordinarias y la Constitución (Tafur, 2019).

En esa misma línea, Tajadura (2014) señala que el órgano de defensa “estaba integrado por ciento ocho miembros, renovándose por secciones de treinta y seis. Sus integrantes eran nombrados por el propio Tribunal entre los cientos cincuenta, 10 miembros salientes anualmente del poder legislativo” (p.221). Dicho método se basaba en garantizar un debido respeto por parte del legislativo hacia la Constitución.

Sin embargo, esta idea no fue tomada en cuenta, porque como ya se dijo la propuesta de Sieyés aparece inmediatamente después de la Revolución Francesa, en donde la lucha había originado la conciencia de poder originado en el pueblo y no como atributo de un rey, entonces no se concebía luchar para lograr derrumbar el absolutismo y de pronto de nuevo regresar a él instituyendo un órgano que vaya a revisar la constitucionalidad de las leyes emanadas por el pueblo, es decir, un órgano que sobrepasara sobre el poder constituyente, que en términos coloquiales constituía lo mismo.

Sin embargo, más adelante esta idea es tomada por Hans Kelsen y

por eso otro de los hitos importantes en el surgimiento del Tribunal Constitucional fue su aporte a través de su concepción que comprende a la Constitución como una norma jurídica suprema entre las otras normas. En 1918 Hans Kelsen fue nombrado asesor de la sección de reforma constitucional de la Cancillería de Estado Austriaco en el gobierno provisional de Renner; quien posteriormente fue parte de los expertos en Derecho Público, elaboró un proyecto de ley sobre la institución de un Tribunal Constitucional, ya que, en el contexto de las instituciones imperiales de esa época era contradictorio mantener al Tribunal del imperio. (Carpio, 2017)

Hacia el año 1919, la propuesta legislativa se materializó cuando se estableció un nuevo Tribunal Constitucional, que tenía competencia para resolver conflictos suscitados entre tribunales o autoridades administrativas. Recién en 1920 a través de la labor de Europa se estableció los primeros tribunales constitucionales en los países de Australia y Checoslovaquia.

Con la promulgación de la Constitución Austriaca de 1920, la misma que fue redactada por Kelsen se consideró como una de las más importantes y originales aportaciones donde “al Tribunal Constitucional se le definiera como "defensor objetivo de la Constitución", al proponer un "procedimiento de oficio" mediante el cual se le permitía controlar la constitucionalidad de las leyes pese a que no existiese requerimiento de parte” (Carpio, 2017, p. 202).

Posteriormente, hacia el siglo XX otros estados crearon a un

órgano constitucional autónomo como es el caso del Consejo Constitucional francés en 1959, el Tribunal Constitucional portugués en la Constitución de 1976, el Tribunal Especial Superior griego en 1975, movimiento que se extendiera a Bélgica a través del Tribunal de Arbitraje de 1983, y se ha desarrollado en Europa del este: Polonia (1985), Hungría (1989), Rumania (1991) y Bulgaria (1991). (Monroy Cabra, 2004).

Asimismo, Eto (2020) menciona que la creación del Tribunal Constitucional de Austria es una de las pioneras de la generación de tribunales constitucionales, seguidamente aparecerían otras generaciones como es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de España de 1931, y el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia de 1920; y el último Tribunal Constitucional es el creado en República Dominicana (Constitución de 2010).

Luego de ello, se le atribuyó función de control normativo de constitucionalidad que fue instaurado en la Constitución de 1979 la misma que entró en declive por el papel insuficiente que ejercieron los jueces de ese entonces (Fernández Segado, s. f), y que ha sido establecido también en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hoy en día, no obstante visto así, tal facultad constituye un peligro pues no se han dado límites para ejercer esa función haciéndose inevitable el regreso a una monarquía absolutista solo que esta vez disfrazada.

Finalmente, al Tribunal Constitucional hoy en día o al menos así

dice cuando se hace una revisión del texto constitucional, se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, que implica que como órgano supremo es quien interpreta la Constitución y cuida que absolutamente nadie vulnere lo dispuesto por ella.

La doctrina no es uniforme respecto a la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional, hay posturas que la consideran como parte de las funciones normativas de la Constitución o aquellas que la consideran como un régimen jurídico-constitucional; de manera que la naturaleza es compleja.

Al respecto Landa (2015) menciona 3 posiciones frente a la naturaleza del Tribunal Constitucional, que son:

a. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL

Se entiende al Tribunal Constitucional como órgano constitucional ya que se rige por la Constitución, se caracterizan porque “son creados de manera expresa por el poder constituyente en la Constitución; son órganos técnicos altamente especializados; son independientes funcionalmente de los poderes del Estado” (Cabello, como se citó en Acuña, 2014, p. 15)

En esa misma línea, Landa (2015) señala que aquellos órganos constitucionales se caracterizan porque “no se limita a la simple mención aislada de sus funciones o competencias, sino que ella misma establece su composición, su estructura, mecanismos de

elección de sus miembros, entre otros” (p. 252). Además, agrega el autor que el legislador tiene la facultad de completar las atribuciones a través de su ley orgánica, a elementos complementarios como no esenciales.

De lo expuesto se entiende que, en esta postura doctrinal, el Tribunal Constitucional esta creado por la Constitución, no responde a una división de funciones, ya que, tiene autonomía tanto normativa como funcional.

Esta postura dada por Favoreu (como se citó en Acuña, 2014) es “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos” (p. 16)

Además, al ser un Tribunal de control Constitucional, también adquiere las funciones de velar por el cumplimiento de la supremacía de la Constitución, la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales (Landa, 2015).

En cuanto a las funciones que asume es un control de constitucionalidad, el respeto de los derechos fundamentales debiendo precisar su contenido y sus límites, ello, no debe entenderse como una justicia análoga a la justicia ordinaria sino como un órgano de control de la legalidad ante violación o cuando se desconozca derechos subjetivos, ello en el marco de las atribuciones que se confiere la Constitución (Acuña, 2014).

Se habla de un Tribunal Constitucional como órgano político por

tener el carácter político, pues es vocero del poder constituyente que comprende por un lado a las decisiones que toman tienen efectos políticos y por otro lado que existe la posibilidad de someter cuestiones políticas a un control de constitucionalidad (Landa, 2015).

Por otro lado, se dice que estos órganos de control ejercen poder político en la medida que su decisión prevalece ante lo dictado por el Poder Ejecutivo o Legislativo, asimismo la imposición que hacen frente a los otros detentadores del poder se trata de una decisión política más que todo (Acuña, 2014).

Por tanto, la conclusión a la que se llega es que el Tribunal Constitucional es un órgano autónomo que tiene supremacía en la Constitución y se vincula a poderes del Estado, pero que tiene poder absoluto para normar el contenido constitucional material de un derecho fundamental, lo que lo hace un órgano absolutista que no diferencia metodológicamente entre normar e interpretar.

2.3. NORMATIVIDAD COMPARADA Y NACIONAL SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU POTESTAD PARA EMITIR SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

2.3.1. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD

ALEMANA

La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania ("*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*"), que vendría a ser la Constitución en nuestro sistema normativo, recoge a la Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) dentro del capítulo del Poder Judicial, estableciéndose en el artículo 93 de dicho texto fundamental, sus funciones específicas, señalándose dentro de las más sobresalientes, el control de constitucionalidad de la mencionada Ley Fundamental.

No obstante, más que la somera descripción que acabamos de citar, y la descripción de la composición de este órgano concentrado que se realiza en el artículo 94 de dicho texto fundamental, no hay mayor desarrollo respecto a las competencias del Tribunal Constitucional Alemán y, de manera particular, no se establece de manera taxativa la competencia del Corte Constitucional Federal para emitir sentencias interpretativas.

Empero, la limitación antes señalada no debe ser excusa para que no podamos encontrar el sustento de la labor interpretativa que realiza Corte Constitucional Federal en las sentencias que emite; así, de lo anteriormente señalado, se infiere que la Constitución alemana, le otorga al Tribunal Constitucional Federal alemán, como órgano concentrado del control de constitucionalidad, la potestad para que resuelva controversias de la interpretación del contenido constitucional, en base al contenido del mismo texto fundamental,

entendiéndose a este como una unidad y un todo, por tanto, la labor que realiza el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencias interpretativas, no es más que la explicación del derecho constitucional existente, ya que el contenido de estas interpretaciones es el resultado de del contenido de la Constitución misma (Leibholz, 1973, p. 89).

En ese mismo sentido, el ex diputado alemán Von Merkatz, en una de las sesiones del *Bundestag* (cámara baja del parlamento alemán), señaló que las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, son “genuinas decisiones judiciales, en las cuales no se trata de encontrar algo que no esté ya en la Ley Fundamental, sino evidenciar lo que ya fue decidido previamente en la voluntad del legislador”, respaldando lo señalado en el párrafo anterior, de que si bien no se establece de manera expresa en la Constitución alemana los límites y alcances de la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán, de manera concreta, en cuanto a las sentencias interpretativas, se infiere de que el Tribunal Constitucional puede limitar o dar sentido al alcance de una norma, siempre y cuando haga una interpretación conforme al contenido de la Constitución, entendiendo al contenido de esta, como una unidad.

En ese orden mismo orden de ideas, se señala que la Constitución al ser un pacto político, tiene dicho carácter, por tanto, superaría lo jurídico, pues lo más importante es el bienestar de la población, entendiéndose que esta la soberana del poder constituyente; de

ahí que los jueces están obligados a relacionar la norma con la realidad política, pero siempre manteniendo la esencia de la Constitución y los valores jurídicos que la subyacen, sólo ahí pueden hacer uso de su discrecionalidad (Leibholz, 1973p, 91-94).

Ahora bien, en esta parte es menester revisar lo que dice la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG), la cual, respecto al tema en análisis, menciona, en principio, que el Tribunal Constitucional Federal es un tribunal federal autónomo e independiente respecto de los restantes órganos constitucionales (art. 1, núm. 1)., dicta decisiones en “nombre del pueblo” (art. 25, núm. 4), sólo sobre la cuestión jurídica (art. 81).

Lo antes referido se condice con lo analizado sobre el contenido de la Ley Fundamental, pues a pesar de que el Tribunal Constitucional Federal alemán es autónomo y formalmente no existen límites taxativos a su actuación interpretativa, aun cuando la Constitución sea un pacto político, el ejercicio del Tribunal Constitucional Federal alemán está restringido estrictamente a lo jurídico, de ahí que, el contenido de las decisiones que toma debe estar fundada en base al propio contenido de la Constitución.

De esa forma, el margen de discrecionalidad que se le confiere está referida a la interpretación de la Constitución como una unidad, sólo así se podrá evidenciar la voluntad auténtica del legislador constituyente; ello, sin perjuicio que, como lo señala el numeral 1 del artículo 30 de la presente ley especial, las decisiones

del Tribunal Constitucional Federal alemán deben estar debidamente motivadas, mismas que, conforme lo hemos venido señalando, en esencia, deben abocarse a mantener la vigencia de los valores jurídicos subyacentes a la Constitución, y con ello, la voluntad del legislador Constituyente.

2.3.2. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD AUSTRIACA

En principio, es preciso señalar que la Constitución vigente de Austria fue una de las primeras Constituciones que incluyó a un órgano concentrado como garante de la Constitución, de ahí se señala que dicho modelo constitucional ha influido en muchos ordenamientos jurídicos del mundo, resaltándose el caso de Iberoamérica, donde la mayoría de países han adoptado un modelo de justicia concentrado (Palomino Manchego, 2017, p. 639-640), claro está, influencia de la que no ha estado exento nuestro país.

Así pues, modelo constitucional que recoge dicho texto constitucional innegablemente tiene que ver con la influencia del ilustre ciudadano austriaco Hans Kelsen, quien inicialmente había planteado un modelo de justicia constitucional concentrado, aunque no de manera expresa, resulta evidente su participación como arquetipo para la definición de este tipo de modelo concentrado, lo que se podrá advertir de la revisión del contenido del texto constitucional austriaco, el cual, al igual que el desenvolvimiento

del Tribunal Constitucional - como lo detallaremos más adelante - tiene un carácter legalista.

Con esa interferencia, de manera concreto, en cuanto a la labor del Tribunal Constitucional austriaco, de acuerdo con el artículo 140 de la Constitución austriaca, el Tribunal Constitucional velará por el control de constitucionalidad de las leyes, entendiéndose a esta función en su sentido amplio, inconstitucionalidad de las leyes propiamente, competencia de órganos y poderes, etc., empero, no hay desarrollo taxativo respecto a los alcances de la labor interpretativa que pueda realizar el Tribunal Constitucional austriaco.

Lo mismo ocurre con la Ley especial del Tribunal Constitucional de 1953 («Verfassungsgerichtshofgesetz»), la cual, más que una reproducción detallada de lo que señala el texto fundamental austriaco - por ser resultado de un sistema legalista - no establece un margen de discreción para que los jueces, en ejercicio de su función, puedan limitar o extender el alcance de las normas.

Sin embargo, ello no quiere decir que los jueces del Tribunal Constitucional austriaco se limiten a ser simples reproductores de la Ley, o como diría Montesquieu, que los jueces no son más que la boca de la Ley, lo que definitivamente no es así, pues aun cuando el sistema austriaco en general tenga un carácter legalista, por el sólo reconocimiento de órgano concentrado encargado de vigilar la constitucionalidad de las normas, tiene la potestad de

interpretar las normas conforme a la Constitución y los tratados internacionales.

Afirmación con la que el Tribunal Constitucional austriaco ha estado de acuerdo, pues como revisaremos a mayor detalle en el siguiente punto, a pesar de que la emisión de las sentencias en general han tenido una evolución, siempre han mantenido una cautelosa posición respecto a no alteración de la voluntad del legislador, claro está, siempre y cuando esté conforme a la Constitución, de ahí que, las interpretaciones constitucionales están ceñidas al tenor literal de las normas constitucionales, lo que significa el distanciamiento de toda influencia política, religiosa, o de cualquier otra índole (Wederin, 2007, p. 418).

Así pues, esta tendencia legalista del sistema austriaco, y en especial de su órgano concentrado de control de constitucionalidad, se debe a que su entendimiento e interpretación del contenido constitucional está restringido estrictamente al contenido del texto fundamental, de donde derivan un conjunto de principios constitucionales básicos y fundamentales que van a guiar el proceso de interpretación de todo el ordenamiento jurídico (Elías Méndez, 2010, p. 139-140).

En ese sentido, a pesar de que tanto la Constitución, como la Ley especial del Tribunal Constitucional tienen un texto bastante detallado, no existe desarrollo taxativo respecto a la labor que realiza el Tribunal Constitucional en las sentencias interpretativas, esta se infiere del otorgamiento de su amplia facultad de

controlador de la constitucionalidad de la Leyes, función, que, como hemos visto, lo realiza en base al contenido literal del texto constitucional y los principios y valores jurídicos surgidos de dicho cuerpo normativo.

2.3.3. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD ITALIANA

De acuerdo con el artículo 134 de la Constitución italiana, el Tribunal Constitucional, como órgano autónomo del poder judicial, es el encargado de verificar la constitucionalidad de las leyes del ordenamiento jurídico, que, de manera general se divide en 3 funciones: legitimidad constitucional de las leyes, conflictos de atribuciones entre los poderes del estado y sobre la admisibilidad de la solicitud de referendo abrogativo de las leyes ordinarias. (Hernández Valle, 2017, p. 28).

No obstante, no encontramos desarrollo taxativo que establezca la posibilidad para que el órgano concentrado en análisis desarrolle una actividad interpretativa a favor las normas que aparentemente, en su totalidad, o en alguno de sus extremos son inconstitucionales, pues, al igual, que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Europa, esta facultad es creada por el propio Tribunal Constitucional.

Así, en el sistema constitucional italiano, esta posibilidad podría provenir del mismo artículo 134, el cual le otorga la facultad del control de la constitucionalidad de las leyes, el cual se complementa

con el contenido del artículo 137, el cual establece que contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se admite recurso, el cual respalda su señorío como órgano jerárquicamente superior y con facultades para darle sentido a las leyes a través de sus interpretaciones, las cuales irradiarán a todo el ordenamiento jurídico, puesto, dichas decisiones son vinculantes.

2.3.4. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA

La característica tradicional del control de constitucionalidad de las leyes a través de órgano concentrado se encuentra regulado en los artículos 161 y 163 de la Constitución española de 1978, así como, en el inciso a) del artículo segundo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, y del artículo 27 al 40 del mismo cuerpo normativo, dentro de los cuales se reconoce que este tribunal determinará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley.

He ahí que, a pesar de las diferencias en cuanto a la estructura orgánica y formas de elección respecto a sus similares de los demás ordenamientos jurídicos europeos, tienen el mismo propósito, de velar por la vigencia de la supremacía constitucional, y con ello, garantizar la constitucionalidad de todas las leyes a las que irradia el texto constitucional.

En el mismo sentido, el artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional menciona que este órgano concentrado es el “intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los

demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”, lo que refuerza su señorío como órgano independiente y supremo.

Así pues, no hay disposición o normatividad independiente de las indicadas en el párrafo anterior que limiten la labor de este órgano concentrado, pues de acuerdo con el texto constitucional y la ley especial sobre el Tribunal constitucional, los únicos límites son los 2 cuerpos normativos antes indicados, los cuales, claro está, están sujeto a la interpretación del propio Tribunal Constitucional.

De ahí que, aun cuando no exista presupuesto expreso que regule o limite la labor interpretativa del Tribunal Constitucional para quitar o aumentar el sentido o algún extremos de las normas infra constitucionales, esta atribución deviene de la propia naturaleza de dicho órgano, que es autónomo, pues en ejercicio de esta facultad, se atribuirá dicha labor interpretativa, siempre manteniendo el espíritu de la Carta Fundamental, haciendo prevalecer los derechos fundamentales que recoge y los valores que la subyacen.

Respecto a lo analizado, el inciso b del numeral 1 del artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, nos da más luces, puesto que, sobre el recurso de amparo, en el cual el Tribunal tiene que resolver sobre el fondo, señala que esa interpretación se realizará “en razón a la especial trascendencia constitucional (...) para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”, lo que si bien es cierto no se refiere en estricto sobre el tema sobre el cual versa la presente

tesis, nos da a entender la naturaleza de la labor que realizan, que su interpretación normativa privilegiará el fondo sobre la forma.

En ese sentido, teniendo en cuenta la autonomía que se le reconoce al Tribunal Constitucional a través de la Constitución y su ley especial y, en ejercicio de la esencia de su labor que deviene de la propia interpretación de los textos normativos vinculantes, es claro el fundamento normativo para realizar la labor interpretativa de las normas infra constitucionales para limitar o extender su alcance.

2.3.5. LA REGULACIÓN PERUANA Y LA POSIBILIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EMITIR SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS

De la revisión de la normatividad del ordenamiento jurídico peruano, en comparación con los textos normativos del derecho comparado que hemos revisado anteriormente, podemos advertir que existe escaso desarrollo de las disposiciones normativas respecto al Tribunal Constitucional en general, así como, en cuanto a su facultad interpretativa de las normas en el sentido sobre el cual versa la presente tesis; no obstante, ello no es límite para poder interpretar las disposiciones normativas existentes.

Así, de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución Política de nuestro estado, el Tribunal Constitucional “es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.”, en el mismo sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,

señala que este órgano “es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”, lo que, en sentido amplio, es el control de constitucionalidad de las leyes infra constitucionales.

Ahora bien, de lo antes indicado, pareciera que se refiere en sentido amplio meramente a la labor tradicional del Tribunal Constitucional, lo que no es así, pues si revisamos con detenimiento los textos antes citados de ambos cuerpos normativos, en estos se reconoce la exclusividad propiamente del control concentrado, y la autonomía, caracteres por los cuales, aun cuando no esté expreso en ninguno de los cuerpos normativos vinculantes la facultad de interpretar o manipular el sentido de las leyes, se sobreentiende de las características antes señaladas.

Puesto que, como lo señala el artículo 202, numeral 1 y 2, del texto fundamental, el Tribunal Constitucional conoce en instancia única la acción de inconstitucionalidad, lo que refuerza lo señalado en los párrafos anteriores, pues, por su autonomía y supremacía, no existe órgano jerárquicamente superior que revise las decisiones de dicho Tribunal.

Por ello, la atribución de emitir sentencias interpretativas o manipulativas, surgen precisamente de los caracteres que la propia Constitución les otorga, autonomía y supremacía jerárquica, sobre la cual, el Tribunal Constitucional se auto atribuye dicha facultad, lo quedará demostrado más adelante con el análisis de las sentencias emitidas por el propio Tribunal Constitucional sobre la sentencias

interpretativas o manipulativas, a las cuales, incluso la ha definido y clasificado.

2.4. JURISPRUDENCIA COMPARADA Y NACIONAL ACERCA DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS

2.4.1. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA

En principio, para analizar la jurisprudencia surgida del Tribunal Constitucional alemán, hay que tener en cuenta el contexto en el que se dio su texto constitucional, del cual precisamente devino este órgano concentrado de control de constitucionalidad, y con ello, la emisión de sus sentencias; así, la carta vigente que rige la república federal de Alemania es del año 1949, la cual había surgido como consecuencia de la caída del imperio alemán, después de la segunda guerra mundial.

Así, respecto a ese periodo de transición, en cuanto al tema que es materia de realización de la presente tesis, hay una sentencia interesante, que nos permitirá comprender la labor interpretativa de los magistrados del Tribunal Constitucional para emitir sentencias de esa naturaleza, estamos haciendo referencia a la sentencia 2 BvL 11/59, emitida por la segunda sala, el 17 de mayo de 1960, sobre “Voluntad confirmatoria del legislador: normas preconstitucionales”, la cual establece que:

Una norma emitida con anterioridad a la Constitución puede ser atribuida a la voluntad del legislador

postconstitucional sólo cuando del contenido de la ley misma se puede inferir objetivamente una voluntad ratificadora o –en caso de reformas de la ley– de la estrecha relación material entre la norma que no se ha modificado y la ya modificada (Voluntad confirmatoria del legislador, 1960)

De esta forma, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal Alemán, las normas que hayan sido emitidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1949, que también son denominadas pre constitucionales, pueden ser adoptadas como constitucionales, siempre y cuando de su texto literal se pueda advertir una similitud en su contenido material con respecto a la nueva ley, esto es que, a pesar de que la norma haya sido emitida con anterioridad al año 1949, y su texto literal no sea totalmente constitucional, se le puede dar un sentido constitucional acorde con la voluntad del legislador constituyente.

Así, de acuerdo a la consideración de muchos autores, el Tribunal Constitucional le crea un significado a la Ley, para que sea compatible en su totalidad con la Constitución vigente, ya que de la lectura literal de dicha ley no se podría advertir ese sentido, siempre y cuando se pueda advertir una similitud material, esto es, por ejemplo, el contenido de derechos fundamentales que se puedan entender en su sentido sustantivo (Schwabe, 2009, p. 36).

Respecto a esta consideración, es preciso señalar que se manifiestan dos posiciones que pretenden legitimar un modo de interpretación, las objetiva y subjetiva, la primera que está abocada a señalar que el contenido de la norma se desprende del contenido

del texto normativo, y la segunda, de la voluntad histórica del legislador, de las cuales, por ser más concreta, la objetiva es más aceptada a nivel de jurisprudencia y doctrina (Schwabe, 2009, p. 36).

Así pues, de lo antes señalado, creemos importante su precisión debido a que la labor interpretativa que van a realizar los magistrados del Tribunal Constitucional para emitir una sentencia interpretativa o manipulativa de una norma, se deben decidir por un criterio, si el de su texto normativo o la voluntad histórica del legislador.

Ahora bien, la pregunta es, si el análisis del Tribunal Constitucional se abocará en el texto normativo de la disposición sometida al proceso de control de constitucionalidad, cuál sería la razón de su análisis, puesto que, de su sólo texto se podría advertir la constitucionalidad o no de dicha ley, lo que no es del todo cierto, pues las disposiciones normativas, al tener un carácter abstracto, no siempre tienen un sentido totalmente claro, necesitan una precisión a través de la interpretación que pueda realizar el máximo interprete constitucional, peor aún, puede resultar el caso de que algún extremo del texto constitucional puede resultar inconstitucional, por ello, en ejercicio de su autonomía como órgano jerárquicamente superior, puede darle sentido a la disposición normativa.

En esa línea, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia BVerfGE de fecha 21 de mayo de 1952, estableció que

para la interpretación de una disposición normativa resulta trascendental el análisis de la voluntad del legislador que se encuentra expresada en el texto escrito de la norma, del cual se desprende su significado, asimismo, también considera importante el estudio de la voluntad histórica del legislador, vale decir, el contexto en el que se dio para analizar el fin que se pretendía alcanzar.

No obstante, la valoración de este método subjetivo está limitado a que se realice, como se detalla en la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1959 *“cuando se confirma la exactitud de una interpretación emitida con base en los principios dados, o se presentan dudas que no puedan ser resueltas por las vías dadas”* (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1959), vale decir, se conoce con precisión el sustento jurídico y la finalidad de la ley, que se pueda corroborar con instrumentos históricos como actas de sesiones, grabaciones audiovisuales, etc., y siempre y cuando que, del sólo análisis del texto escrito de la norma, no se pueda concluir lo que se pretende.

Por otro lado, también se considera que la voluntad del legislador se encuentra objetivada en el propio texto de la Ley, vale decir, aun cuando se considere que la voluntad del legislador es importante, esta será interpretada del texto gramatical (Schwabe, 2009, . 37), lo que nos parece más prudente, pues para que el Tribunal Constitucional pueda atribuir un significado a una Ley, para que no se desnaturalice la labor que realiza y no se usurpe la función de

legislador, dicha decisión, en la tarea de encontrar la voluntad del legislador, se debe sustentar también de manera objetiva en el texto gramatical de la disposición normativa, de lo contrario, se desnaturalizaría o se perdería toda esencia y razón de ser de la norma.

En efecto, consideramos que ambas posiciones no son desechables, puesto que la objetividad se puede obtener de la posición de la misma naturaleza, y por otro, muchas leyes tienen su razón de ser, la *ratio legis*, misma que es importantísima que la podamos descifrar para poder comprender los valores que contiene una Ley, lo que definitivamente no se podría alcanzar si no se complementa con el análisis de la voluntad histórica del legislador, quien ha tenido en su pensamiento el objeto de la Ley.

En igual sentido, tenemos la sentencia BVerfGE 8, 28, la cual ha señalado que al juez no le está permitido dar a una ley –cuyo tenor y sentido resultan evidentes– un significado diferente mediante una interpretación “conforme con la Constitución”.

Así, si bien a través de la interpretación de las sentencias antes señaladas, hemos referido que el Tribunal Constitucional en ejercicio de su autonomía puede darle sentido a las normas pre constitucionales que de su texto literal no se advierte una conformidad total con la Constitución, hay que precisar que esta labor encuentra sus límites en la propia Constitución y los principios que la subyacen, de esta forma, si bien el Tribunal Constitucional es un órgano autónomo, tampoco puede ir en contra del principio

de separación y división de separación de funciones, del cual surge la competencias específicas para cada órgano e institución.

De este modo, aun cuando el Tribunal Constitucional sea un ente autónomo y jerárquicamente superior, no puede evadir las competencias del poder legislativo, que tiene como principal función, legislar disposiciones normativas, de ahí se dice que, el Tribunal Constitucional no puede cambiar el sentido de las normas cuando del propio texto gramatical de la disposición normativa se puede advertir el significado de dicha disposición.

En ese tenor, el propio Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del 7 de mayo de 1953 –BVerfGE 2, 66 [282]– ha señalado que en los supuestos que exista duda en la interpretación que devine del propio texto normativo, se tiene que realizar una interpretación conforme a la Constitución y los valores y principios que subyacen a dicho texto constitucional, sin que se desnaturalice el objeto o finalidad de la Ley.

Lo que sustenta lo desarrollado respecto a la regulación normativa que vincula la potestad de emitir sentencias interpretativas o manipulativas por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán, pues, si bien no existe regulación expresa que atribuya esa posibilidad en específico y que dicha facultad deviene de su reconocimiento como órgano autónomo y superior, este encuentra sus límites en la propia constitución, de realizar la interpretación conforme el contenido de la Constitución, no se puede extender más allá.

2.3.1. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA AUSTRIACA

Como hemos señalado en el desarrollo de la normatividad vinculante respecto al Tribunal Constitucional Federal Austriaco, la regulación de este tiene una influencia Kelseniana, y con ello, no hay mucho margen de discreción para que los magistrados del órgano concentrado de control de constitucionalidad puedan emitir sentencia interpretativas o manipulativas.

Así, las decisiones del Tribunal Constitucional en la que declara la inconstitucionalidad de una disposición normativa tienen *efecto ex nunc* o pro-futuro, no tiene efectos retroactivos, pero sí vigencia inmediata después de su publicación (Nogueira Alcalá, 2004, p. 133).

2.3.2. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

De acuerdo con Ezquiaga Ganuzas (2008), en el derecho italiano ha sido donde se ha estudiado de manera más compleja el caso de las sentencias interpretativas, puesto que, se tiene una forma de control más rigurosa, así, la primera sentencia de esta naturaleza que se dictó fue precisamente con desarrollo de esta naturaleza, la sentencia STC 26/1961.

Esta sentencia, versa sobre un análisis que había realizado el propio Tribunal Constitucional en la providencia STC 8/1956, en la cual había declarado como inconstitucional una interpretación que

venían realizando los jueces ordinarios, no obstante, debido a que en la providencia STC 8/1956 se había desestimado la pretensión, los jueces ordinarios la seguían implicando.

De ese problema nacen las sentencias interpretativas, las cuales, de acuerdo con Escobar Martínez (2006), surgieron para solucionar el problema de la vinculación de las decisiones de la Corte Constitucional italiana, vale decir, para que las interpretaciones que previamente haya realizado la Corte Constitucional, principalmente en las que señala que los textos son inconstitucionales, sean respetadas los jueces ordinarios.

Así, el autor antes citado señala que dicha labor de la Corte Constitucional se realiza en virtud del artículo 136 del texto constitucional italiano, por el cual, la Corte Constitucional italiana va a declarar una parte de la norma como constitucionalmente ilegítima, esto es, aislar la parte que a su parecer resulta inconstitucional y, como consecuencia, delimitar su contenido para su posterior aplicación, manteniendo los efectos de la parte no cuestionada.

Al respecto, Hernandez Valle (2017) señala que esta labor interpretativa de la Corte Constitucional italiana se da principalmente no cuando una norma impugnada contradice directamente la Constitución, sino, cuando su texto normativo resulta confuso, y con ello, da lugar a interpretaciones diferentes, de las cuales, algunos pueden resultar inconstitucionales o, de

manera en específica, ir en contra de los valores o principios inherentes a dicha norma.

En se mismo orden de ideas, Melero Millán (2018), señala que la Corte Constitucional italiana ha empleado a las sentencias interpretativas “para declarar ilegítima una de las interpretaciones que se podían deducir en una disposición, teniendo el juez libertad para caminar por las restantes” (p. 37).

Por ello, la Corte Constitucional Federal, en ejercicio de sus atribuciones como órgano autónomo, auto atribuyéndose la facultad específica, establece el sentido correcto de la disposición normativa, rescatando y resaltando los valores jurídicos que sustentan la finalidad de dicha disposición normativa cuestionada.

2.3.3. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

De acuerdo con Melero Millán (2018), desde 1980 hasta 2018, se han dictado 107 sentencias interpretativas, de las cuales, en un mayor porcentaje, han sido promovidas por las comunidades autónomas (CCAA), las cuales, por su autonomía y los propios fines que buscan, se ven afectadas en cuanto a sus derechos y convicciones, mismos que no pueden ser afectados jurídicamente de manera distinta a lo que ellos han decidido.

Ahora bien, otro dato importante a señalar en este punto, es la frecuencia con la que se emite, parámetro que si bien es cierto puede variar conforme los contextos coyunturales, debido a que, como hemos visto en el análisis de la regulación normativa, no hay

regulación expresa en el texto constitucional o la ley orgánica del Tribunal Constitucional que regule la emisión de sentencias interpretativas de este órgano concentrado, por eso, muchas veces el carácter discrecional de los magistrados del Tribunal Constitucional resulta determinante para la emisión de estas sentencias.

Así, de las sentencias interpretativas que se han emitido entre 1980 y 2011, el 52 % se emitieron entre 1980 y 1992, época en la que estas sentencias fueron más reiterativas, puesto que, en promedio, se había emitido una sentencia interpretativa cada dos meses y 20 días (Bercholc, 2017, p. 42), lo que resulta bastante llamativo, pues nos da a entender que el legislador español no sería lo suficientemente claro, o peor aún, que el Tribunal Constitucional se estaba entrometiendo en la función de legislador, que no es su función.

Una muestra de lo antes indicado es la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2012, de 28 de junio de 2010, la cual tenía como tema de análisis el Estatuto de Cataluña, cuyo contenido resultaba inconstitucional, no obstante, mantenía la independencia de Cataluña, así pues, con la finalidad de salvar dicho estatuto, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia en la que declaró inconstitucionales a 14 artículos, se sometió a interpretación a otros 27, y se mantuvo el resto del Estatuto, claro está, manteniéndose la esencia de dicho estatuto, que es la independencia, pues no eliminó el término "Nación".

De dicho estatuto, en el análisis de su texto gramatical, es evidente que se advertía su inconstitucionalidad, no obstante, debido a que políticamente el sometimiento de Cataluña a España resultaba bastante peligroso para la estabilidad, pues históricamente se habían considerado como una nación independiente, el Tribunal Constitucional decidió interpretar dicho estatuto a favor de su autonomía.

2.3.4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SU AUTOLIMITACIÓN EN CUANTO A LA EMISIÓN DE SENTENCIAS MANIPULATIVAS

Como en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, en el ordenamiento jurídico peruano en general no se establece de manera taxativa acerca de la posibilidad de emitir sentencias interpretativas o manipulativas por el Tribunal Constitucional, así, como hemos venido señalando en párrafos anteriores, esta facultad nace de los caracteres generales que la propia Constitución le otorga al Tribunal Constitucional, de órgano autónomo y jerárquicamente superior.

Por ello, no se determinó una fecha en específico desde la cual se iba a empezar a emitir jurisprudencia constitucional relacionada con esta labor de nuestro órgano concentrado de control de constitucionalidad, sino que, esta surgiría de la propia necesidad que emerja, claro está, teniendo los antecedentes del derecho comparado.

Así, en el Derecho peruano, la primera vez que se recurrió a las sentencias interpretativas fue en el caso “Marcelino Tineo Silva y otros”, en el año 2003, recaído en el expediente N° 010-2002-AI/TC, en el cual, un grupo de ciudadanos habían planteado una acción de inconstitucionalidad en contra una serie de Decretos Leyes y sus normas complementarias y conexas.

En dichas sentencias se trataron temas sustanciales de las sentencias interpretativas, así, el Tribunal Constitucional partió señalando el objeto de este tipo de sentencias, señalando que se emiten con la finalidad de “evitar crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico” (Marcelo Tineo Silva y más de 5, 000 ciudadanos, 2003, FJ 29).

De lo antes citado, podemos advertir que el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta los antecedentes del derecho constitucional europeo decidió hacer uso de la facultad que se interpreta de su autonomía de “guardián de la Constitución” para no declarar la inconstitucionalidad total de las normas impugnadas, pues a su consideración, causaría un grande perjuicio al sistema normativo peruano dejando vacíos y lagunas.

Así, del mismo hecho que no hay regulación específica para esta actividad, se deriva el problema de que no hay límites concretos para dicho ejercicio, por lo que el Tribunal Constitucional hace el mismo razonamiento para fijarse dichos límites, mencionado que no declarará como inconstitucional una disposición legal siempre y

cuando se interprete conforme a la Constitución (Marcelo Tineo Silva y más de 5, 000 ciudadanos, 2003, FJ 29)

Interpretación que resulta natural, pues el Tribunal Constitucional al ser el garante constitucional, es quien está obligado a garantizar que se cumpla con la constitucionalidad, único límite a su ejercicio de control de constitucionalidad, y con ello, también a la hora de la emisión de sentencias interpretativas.

En ese orden de ideas, en la misma sentencia antes citada, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución” (Marcelo Tineo Silva y más de 5, 000 ciudadanos, 2003, FJ 35), lo que se condice con el límite que habíamos señalado anteriormente, pues por una lado se auto delegan la facultad en para evitar las lagunas y vacíos normativos, por otro, se autolimitan con establecimiento de que la interpretación no puede sobrepasar la voluntad del legisador constituyente, pues en ambos casos, se trataría de tutelar el principio de primacía constitucional.

Ahora bien, respecto a los límites del Tribunal Constitucional en la emisión de sentencias interpretativas, hay una sentencia que nos ayudará a comprenderlos a mayor detalle, N.º 0004-2004-CC/TC, publicado el 07 de febrero de 2005, la cual señala que las sentencias interpretativas se dividirían en dos, ablativa y reconstructiva, la primera está abocada a reducir los alcances

normativos de la disposición, y la reconstructiva, en consignar y/o agregar un alcance ley. La operación reconstructiva consiste en consignar el alcance normativo. (Poder Judicial vs Poder Ejecutivo, 2005, FJ 3.3.)

2.4.2. TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La tipología de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional es diversa, pero depende principalmente de las funciones otorgadas por la propia constitución y por su ley orgánica; no obstante, tal y como ha sido desarrollado con anticipación, los tribunales europeos, como parte de su labor interpretativa, ha sobrepasado los límites de las denominadas sentencias ordinarias para emitir otro tipo de sentencias cuyo contenido no se desprende de la sola lectura del texto constitucional, pero que han sido justificadas en virtud de la oportunidad con la que deben ser atendidos los conflictos constitucionales y la propia necesidad de vigencia inmediata de las normas constitucionales; así, las sentencias emitidas por este órgano pueden clasificarse de la siguiente manera:

A. SENTENCIAS ORDINARIAS

Las sentencias constitucionales ordinarias se desprenden de las propias facultades de interpretación constitucional contempladas en el texto constitucional, y se reducen simplemente a

comprobar que las actuaciones de los ciudadanos, los funcionarios, así como las propias leyes, se encuentran conformes con las normas constitucionales; de esta manera, estas sentencias se centran en el control de los actos de afectan directamente un derecho constitucional, así como, de las leyes que no se desarrollan en cumplimiento de los principios constitucionales (Landa Arroyo, 2007, p. 177).

De esta manera, la labor que ordinariamente cumple el juez constitucional, dentro de estos el Tribunal Constitucional, redunda en la tutela de los derechos fundamentales tanto como en el cumplimiento de las funciones orgánicas de la constitución; de esta manera, se convierte en un contralor de las actuaciones desplegadas en pro del cumplimiento de las normas constitucionales y de su sanción en caso de que exista incumplimiento.

B. SENTENCIAS ESTIMATIVAS

Estas sentencias se encuentran centradas en el contexto de los procesos de inconstitucionalidad habilitados dentro de la jurisdicción constitucional como desprendimiento de la garantía constitucional de la acción de inconstitucionalidad.

Bajo este tenor, son estimativas las sentencias que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad de una ley, motivo por el cual, la ley impugnada es considerada nula, por tanto, inválida y puede ser esputada del sistema normativo; es

decir, este tipo de sentencias se valen del principio de supremacía constitucional para expulsar cualquier ley que sea contraria a la constitución. Las sentencias estimativas pueden ser: de simple anulación, interpretativas propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas) (Landa Arroyo, 2007, pp. 18-179).

a. LAS SENTENCIAS DE SIMPLE ANULACIÓN

Como su nombre lo sugiere, este tipo de sentencias expresan la labor contralora del Tribunal Constitucional y, tal y como le faculta el texto constitucional y su ley orgánica, se encargan de anular o declarar inválida una ley que es contraria a la constitución; configurándose así la labor de legislador negativo de este órgano.

b. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS PROPIAMENTE DICHAS

En este caso, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional no pretenden expulsar la ley del ordenamiento jurídico, sino que, la conservan con excepción del sentido interpretativo que resulta contrario a la Constitución.

Es decir que, al Tribunal no le basta con la interpretación literal o semántica de la disposición normativa, sino que hurga en las diferentes normas que pueden desprenderse de la disposición, en virtud de los principios de interpretación

constitucional; rescatando los sentidos o contenidos que se encuentran conformes con la constitución y expulsando los que no lo están.

**c. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS -
MANIPULATIVAS (NORMATIVAS)**

En este caso, el Tribunal Constitucional pretende fungir como legislador positivo, es decir, crea sentidos o contenidos para las leyes a partir de la aplicación de un principio constitucional; precisamente, este tipo de sentencias se encuentran en entredicho debido a la delgada línea que crea entre la labor contralora del Tribunal Constitucional y la función legislativa reservada para otros organismos constitucionales.

C. SENTENCIAS DES ESTIMATIVAS

Son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional; además el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo.

D. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Desde hace algunos años diversos tribunales constitucionales europeos empezaron a expedir un nuevo tipo de sentencias al evaluar la constitucionalidad de las leyes, que difieren de la mera declaración estimatoria o desestimatoria de la demanda. Se trata de las denominadas “sentencias interpretativas” o “sentencias manipulativas”, que, a partir de la interpretación, buscan encontrar formas de adecuación de las normas a la Constitución o de derogarse un sentido normativo y de aplicación que las haga compatible con ésta, a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad, que implicaría su derogación. Es así que, nuestro ordenamiento jurídico, el tribunal constitucional no es ajeno a la emisión de dicha tipología de sentencias, pues las viene utilizando en algunas ocasiones.

Las sentencias interpretativas suponen realizar esfuerzos de interpretación y adaptación de la norma legal acusada de inconstitucional para buscar hacer compatible con la Constitución. “salvando” así la vigencia de la ley, pero también su subordinación y conformidad con el texto constitucional, teniendo como finalidad inmediata restablecer el orden constitucional vulnerado a través de la transformación del significado de la ley. En ocasiones esta transformación puede llevarse a cabo mediante una reducción del alcance normativo de la disposición legal impugnada, bien declarando la nulidad de

una o varias palabras, sin las cuales cambia radicalmente el contenido normativo del enunciado legal, bien eliminando una de las normas que expresamente se derivan de la disposición impugnada.

Sin embargo, la adecuación a la Constitución del precepto legal no puede llevarse a cabo a través de una simple actividad, sino por el contrario mediante una actividad reconstructiva, o lo que es igual mediante un enriquecimiento del alcance normativo que presenta la disposición recurrida (Eguiguren Praeli F., 2013, p. 16).

Las sentencias interpretativas o llamadas atípicas actualmente son utilizadas por los Tribunales Constitucionales, bajo el argumento que, salvando la constitucionalidad de un precepto legal impugnado, se evitan los vacíos legales que se generaran en el ordenamiento cuando se expulse del fuero normativo de un Estado el precepto legal impugnado como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad.

Es así como el Tribunal Constitucional actúa no solo como intérprete de la Constitución sino, adicionalmente, como intérprete de la ley, a través de lo cual termina “dando origen” a normas de carácter general.

El Primer caso donde el Tribunal Constitucional Peruano fundamenta la utilización de una sentencia de tipo interpretativo tuvo lugar en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos referidos al análisis de

diversas normas de la legislación antiterrorista. En esta sentencia el tribunal empieza expresando el fundamento de la utilización de este tipo de sentencia en el caso y el significado de la misma, señalando:

27. El Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución del Estado, tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ya sea por vicios de forma o fondo; además, el artículo 35° de la Ley N.º 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los jueces, pues estos, de conformidad con la primera disposición general de la ley acotada, "(...) interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resultan de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". 28. Aun cuando en "cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes" de sentencias (...), tradicionalmente, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias "estimatorias" o "desestimatorias"; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias. (Caso Marcelino Tineo Silva, 2002, pp. 23-24).

La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación ablativa o de exégesis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando" del proceso interpretativo alguna frase o hasta laguna norma cuya significación colisiona con la Constitución; para tal efecto, se declara la nulidad de las "expresiones

impertinentes”; lo que genera aun cambio del contenido preceptivo de la ley. Por su parte 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 (Landa Arroyo, 2007, p. 181).

a. SENTENCIAS ADITIVAS

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

En este contexto procede “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo plenamente constitucional. En puridad se expiden para completar leyes cuya redacción roñica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar (Eto Cruz 2013, p. 347).

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que, el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo,

permitiendo su aplicación a supuesto inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que, al extenderse los alcances de la norma a supuestos o 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.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, sistemática o de la interpretación analógica.

El Tribunal Constitucional Peruano, en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, en el fundamento 30, se pronuncia respecto a este tipo de sentencias:

Por el contrario, mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido. (Caso Marcelino Tineo Silva, 2002, p. 23)

b. SENTENCIAS REDUCTORAS

Son aquellas que señalan que una parte (frase, palabra, línea, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En este contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada (Eto Cruz, 2013, p. 347).

En este sentido, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada con relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente, o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley, o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora, restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos

o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

c. SENTENCIAS SUSTITUTIVAS

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de la ley y, simultáneamente incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, supone una modificación o alteración de una parte literal de la ley (Eto Cruz, 2013, p. 347).

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra cosa que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada – afectada de inconstitucionalidad – con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la inconstitucionalidad parcial.

Asimismo, el Tribunal Constitucional Peruano, en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, en el fundamento 31, se pronuncia respecto a este tipo de sentencias:

A diferencia de estas, las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la "reconstruye", a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. Tales decisiones –las aditivas y las sustitutivas–, en realidad, no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico "escribiendo" y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo. (Caso Marcelino Tineo Silva, 2002, p. 24)

d. SENTENCIAS EXHORTATIVAS

Son aquellas donde el órgano de control de inconstitucionalidad 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 Legislativo para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principio o valores constitucionales.

Como puede observarse, si en sede constitucional se considera ipso facto que una determinada disposición legal es contraria a la constitución, en vez de declararse su invalidez inconstitucional, se confiere al legislador un plazo

determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del sello. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vocatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada. Es así que, la exhortación puede concluir por algunas de las vías siguientes: a) Expedición de la ley sustitutiva y reformadora de la norma declarada incompatible con la Constitución, y b) Expedición de una segunda sentencia.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el Tribunal constitucional en múltiples procesos constitucionales emite sentencias exhortativas que, a diferencia de las anteriores descritas, no tiene efectos vinculantes. Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias, estrictu sensu que, partiendo de su función armonizadora ante los conflictos se plantean al legislador para que en el ejercicio de su discrecionalidad política en el marco de la constitución pueda corregir mejorar aspectos de la normatividad jurídica. En tales sentencias opera el principio de persuasión y se utilizan cuando, al examinarse los alcances de un proceso constitucional, si bien no se detecta la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, se encuentra una legislación

defectuosa que de algún modo conspira contra la adecuada marcha del sistema constitucional.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Peruano, en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, en el fundamento 32, se pronuncia respecto a este tipo de sentencias:

Finalmente, también existen las sentencias exhortativas, que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado). (Caso Marcelino Tineo Silva, 2002, p. 23)

Esta tipología de sentencias constitucionales refiere el Tribunal Constitucional en el expediente precitado (Fundamento 33):

En cualquiera de los casos, detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, sin embargo, transcurrido un plazo de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados. (Caso Marcelino Tineo Silva, 2002, p. 23)

Como se puede apreciar, esta tipología de sentencias interpretativas o manipulativas permite al tribunal constitucional “crear” o agregar un contenido normativo y un sentido de interpretación que no aparecen propiamente del texto de la disposición constitucional, sino que es establecido por este órgano jurisdiccional para que dicha disposición legal se compatible con la Constitución y pueda mantener vigencia. Por este accionar el Tribunal constitucional deja de ser un “Legislador negativo”, actuando como una suerte de “creador” de normas legales.

E. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS: ADITIVAS, REDUCTORAS Y SUSTITUTIVAS

Los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo, auto restringiéndose en su labor de legisladores negativos, han desarrollado una función cercana a lo que puede caracterizarse como la típica de un legislador positivo, originando tensiones y recelos con otros órganos constitucionales.

En el ejercicio de esta función, si bien el Tribunal no crea normas generales, como lo hace el Poder Legislativo, sin embargo, desecha, convalida o innova contenidos interpretativos de la ley, a través de las llamadas sentencias interpretativas, transforma el sentido de un precepto a través de las sentencias manipulativas, o bien ejerce labores para legislativas, como sucede en el caso de las sentencias aditivas.

F. JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El Tribunal Constitucional Peruano en más de una de sus sentencias interpretativas, ha señalado hasta tres criterios que justifican su emisión, siendo una de las justificaciones primordiales la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal, en tanto que, al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos.

Es necesario a su vez justificar el razonamiento que sirve de sustento para dictar dichas sentencias, haciendo una distinción entre la disposición o precepto constitucional y la norma, que sería el contenido o sentido que se desprende de la misma, permitiendo la interpretación de la disposición más de un sentido normativo, que será determinado y escogido por el intérprete.

En este sentido, el tribunal constitucional, ha señalado en el fundamento 34 de la sentencia recaída en el EXP. N.º 010-2002-AI/TC (caso Marcelino Tineo Silva):

La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias. En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir: a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras

que integran un determinado precepto legal (disposición); y b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma). (Caso Marcelino Tineo Silva, 2002, p. 24)

Asimismo, el análisis deberá necesariamente realizarse en el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, es decir, con la perspectiva analítica del derecho en acción, vivo, y la aplicación específica de la norma.

El Tribunal Constitucional, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radican en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional. Además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

La recolección y ubicación de las sentencias interpretativas se realizó a través del buscador de jurisprudencia de la página oficial del Tribunal Constitucional Peruano (<http://www.tc.gob.pe/tc>) así como de las sentencias desarrolladas por el jurista Gerardo Eto Cruz, en su libro “La Sentencia Constitucional en el Perú” del año 2010; de manera que ha sido posible identificar los procesos en los que se ha emitido sentencias interpretativas, específicamente de tipo reductoras, aditivas y sustitutivas dentro del período de tiempo que interesa a nuestra investigación, esto es desde el año 2004 al 2012.

En este sentido, se analizó las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, que tiene como unidades de análisis, para demostrar el contenido de las sentencias interpretativas y el fallo que se emitió en éstas, donde se deja notar la adición o exclusión de términos, frases y otros, modificando la norma jurídica cuestionada.

3.1.1. PROCEDIMIENTO DE UBICACIÓN Y RECOLECCIÓN DE EXPEDIENTES EN LA PÁGINA OFICIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El procedimiento de recolección propiamente dicho de los expedientes constitucionales no ha sido posible debido a que en

la página virtual del Tribunal Constitucional, se cuelga únicamente las sentencias que se emiten en dichos expedientes, que ha decir de nuestro, es el núcleo de la investigación, en los periodos que corresponde a fin de separar las que son interpretativas propiamente dichas y las de tipo aditivas, sustitutivas y reductoras, dentro del periodo establecido que interesa para la presente investigación y la cantidad estará basada en la muestra: 50% del total de sentencias interpretativas de tipo: reductoras, aditivas y sustitutivas, expedidas por el Tribunal Constitucional Peruano, entre los años 2004 al 2012. Precizando que, las sentencias que se van a detallar a continuación serán divididas por año (periodo 2004-2012), y se citarán los tres tipos de sentencias por año, de ser el caso, y respecto a los fallos, se consignará lo resuelto únicamente lo pertinente al tipo de sentencia que se emita; siendo así a continuación se detallan:

A. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS REDUCTORAS (AÑO 2004)

EXPEDIENTE : EXP. N.º 0017-2003-AI/TC

DEMANDANTE : Defensoría del Pueblo

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 4, 5, incisos b), c), d), e) y h); y 8, 10 y 11 de la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749.

FALLO: 16/03/2004

A. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda; en consecuencia:

a) Inconstitucionales los incisos c), d) y e) del artículo 5, modificados por el Decreto Legislativo N.º 749, y el artículo 11 de la Ley N.º 24150.

b) Inconstitucional la frase “político” del artículo 4 de la Ley N.º 24150; de modo que dicho artículo 4 se mantendrá con el siguiente texto:

“El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Militar que está a cargo de un Oficial de Alto Rango designado por el presidente de la República, a propuesta del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, quien desempeña las funciones inherentes al cargo que establece la presente ley en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con las directivas y planes de emergencia aprobados por el presidente de la República”.

c) Inconstitucional la frase “asegurar” del inciso b) del artículo 5 de la Ley N.º 24150, modificado por el Decreto Legislativo N.º 749, subsistiendo dicho inciso de la siguiente manera:

“b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para la participación de los sectores público y privado, ubicados en las zonas de emergencia, en la ejecución de los planes y directivas aprobados por el Ejecutivo, a fin de lograr la Pacificación Nacional y la erradicación de la delincuencia terrorista y el narcotráfico”.

d) Inconstitucional la frase “(...) y la acción de gobierno y control político administrativo” del artículo 8 de la Ley N.º 24150, el cual se mantiene con el siguiente enunciado lingüístico:

“Art. 8. En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que suma el Comando Político Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial. Todas ellas para asegurar el normal desarrollo de las actividades de la población y de apoyo de las operaciones militares”.

e) Inconstitucional el párrafo “Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentran prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código” del artículo 10 de la referida Ley N.º 24150. En consecuencia, dicho artículo 10 subsiste con el siguiente texto:

“Art. 10. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

Tabla n.º 1: Análisis EXP. N.º 0017-2003-AI/TC

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO EXCLUIDO
Artículo 4 de la Ley N.º 24150: “El control del orden interno en las zonas de emergencia es	“El control del orden interno en las zonas de emergencia es asumido por un Comando Militar	La frase “político”

asumido por un *Comando Político Militar* que está a cargo de un Oficial de Alto Rango (...).”

que está a cargo de un Oficial de Alto Rango (...).”

Artículo 5 inciso b) de la Ley N.º 24150:

b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para **asegurar** la participación de los sectores público y privado (...).”

“b. Asumir la iniciativa de las acciones de coordinación para la participación de los sectores público y privado (...).”

La frase

“asegurar”

Artículo 8 de la Ley N.º 24150:

“En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que asuma el Comando Político Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial; y la acción de gobierno y control político administrativo (...).”

“Art. 8. En el estado de sitio, el oficial de las Fuerzas Armadas que suma el Comando Político Militar adoptará, en el ámbito de su jurisdicción, las medidas siguientes: la ejecución de las actividades de movilización; la ejecución de las actividades de Defensa Civil; la seguridad territorial (...).”

La frase “(...) y la acción de gobierno y control político administrativo”

Artículo 10 de la Ley N.º 24150:

“Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentren prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado código. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

“Art. 10. Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio”.

El párrafo “Los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales, así como todos aquellos que estén sujetos al Código de Justicia Militar que se encuentran prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción, quedan sujetos a la aplicación del mencionado Código”.

EXPEDIENTE : Exp. N° 015-2001-AI/TC, Exp. N° 016-2001-AI/TC, Exp. N° 004-2002-AI/TC (ACUMULADOS)

DEMANDANTE : Colegio De Abogados De Ica, Defensoría Del Pueblo.

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3 y 5 del Decreto de Urgencia 055-2001, que establece el procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado y contra la Ley N.° 27684.

FALLO: 29/01/2004.

- a. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley N.° 26756, en la parte que contiene el adverbio “Sólo”, quedando subsistente dicho artículo 2 con la siguiente redacción: “Son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley”.
- b. Declarar la inconstitucionalidad de la expresión “única y exclusivamente” del artículo 42° de la Ley N.° 27584, modificado por el artículo 1 de la Ley N.° 27684, quedando subsistente dicho precepto legal con la siguiente redacción: “Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan: (...)”.

Tabla 2: Análisis Exp. N° 015-2001-AI/TC, Exp. N° 016-2001-AI/TC, Exp. N° 004-2002-AI/TC (ACUMULADOS)

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO EXCLUIDO
Artículo 2 de la Ley N.° 26756: “Sólo son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley”.	“Son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley”.	El adverbio “Sólo”
Artículo 42 de la Ley N.° 27584, modificado por el artículo 1° de la	“Las sentencias en calidad de cosa juzgada que	La expresión

Ley N.º 27684: b. "las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero serán atendidas única y exclusivamente por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda (...)"	ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda (...). “única y exclusivamente”
--	---

B. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS ADITIVAS (AÑO 2005)

EXPEDIENTE : EXP. N° 0044-2004-AI/TC

DEMANDANTE: Yonhy Lescano Ancieta, en representación de 34 congresistas.

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley N° 1801 (Ley del Himno Nacional).

FALLO: 18/05/2005.

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos; en consecuencia, inconstitucional la omisión en el artículo 4 de la Ley N.º 1801, debiéndose adicionar la quinta estrofa de la versión original del Himno Nacional debida a la autoría de don José de la Torre Ugarte, conforme al fundamento N.º 21 de la presente Sentencia.

Tabla 3: Análisis Exp. N° 0044-2004-AI/TC

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO ADICIONADO
Artículo 4 de la Ley N.º 1801: Letra del Himno Nacional. (Contiene la letra del Himno Nacional, modifica el texto original escrito por José de la Torre Ugarte puesto que, por un lado, incluye una estrofa apócrifa que no fue escrita por el mencionado autor, y por otro, suprime la quinta estrofa de la letra original del Himno Nacional).	Inconstitucional la omisión en el artículo 4 de la Ley N.º 1801, debiéndose adicionar la quinta estrofa de la versión original del Himno Nacional debida a la autoría de don José de la Torre Ugarte.	Adicionar la quinta estrofa de la versión original del Himno Nacional debida a la autoría de don José de la Torre Ugarte.

C. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS REDUCTORAS (AÑO 2005)

EXPEDIENTE: EXP. N° 0050-2004-AI/0051-2004-AI/04-2005-AI/07-2005- AI/09-2005-AI (ACUMULADOS)

DEMANDANTE: Por el Colegio de Abogados de Cusco; por el Colegio de Abogados del Callao; por más de cinco mil ciudadanos.

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 de reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 y la Ley N° 28449, que regula la aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

FALLO: 03/06/2005.

1. Declarar FUNDADAS EN PARTE las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley N° 28449. En consecuencia, DECLÁRESE LA INCONSTITUCIONALIDAD:

A) Del conector conjuntivo ‘y’ del inciso c del artículo 32 del Decreto Ley N° 20530 modificado por la Ley N° 28449, de forma tal que deba interpretarse que las referencias que la norma hace a la carencia de rentas o ingresos superiores a la pensión o la ausencia de amparo por algún sistema de seguridad social, como condición para el otorgamiento de una pensión de viudez al hombre, sean consideradas como criterios de evaluación que deben ser aplicados independientemente y en cada caso concreto, realizando una interpretación siempre en beneficio del pensionista y no de modo peyorativo o con el objeto de privarle de una pensión legítima, según los *fundamentos 147 y 148*.

B) De la frase ‘hasta que cumplan los veintiún (21) años’ del literal a) del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530, según el *fundamento 153*, quedando, de conformidad con la Constitución, el siguiente texto:

“**Artículo 34.-** Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos:

A. Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior.

Tabla 4: Análisis EXP. N° 0050-2004-AI/0051-2004-AI/04-2005- AI/07-2005-AI/09-2005-AI (ACUMULADOS)

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO EXCLUIDO
<p>Inciso c) del artículo 34 del Decreto Ley N° 20530 modificado por la Ley N° 28449: “Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social.”</p>	<p>“Se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión no esté amparado por algún sistema de seguridad social.”</p>	<p>El conector conjuntivo ‘y’</p>
<p>Artículo 30° de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos: a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior, hasta que cumplan los veintiún (21) años”.</p>	<p>Solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos: a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior (...).”</p>	<p>la frase ‘hasta que cumplan los veintiún (21) años’</p>

D. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS REDUCTORAS (AÑO 2006)

EXPEDIENTE: EXP. N° 0004-2006-PI/TC.

DEMANDANTE: FISCAL DE LA NACIÓN.

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos I y XII del Título Preliminar, artículos 1, 5, 8, 9, 10.1, 10.2, 14, 15.3, 15.4, 15.5, 16.1, 17.5, 23, 24.2, 28, 31, 36.1, 49.1, 49.2, 53, 54, 55, 56, 80, 81.1, 82.1, Primera, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias, Cuarta y Quinta Disposiciones Transitorias de

la Ley 28665.

FALLO: 29/03/2006.

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos, en consecuencia, inconstitucionales las disposiciones de la Ley N° 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, que a continuación se mencionan:

a) Inconstitucional el extremo del artículo 8° que establece lo siguiente: “las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica”; quedando redactado del siguiente modo: “La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

A. Inconstitucional, en parte, el artículo 30° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Cuarta Disposición Modificatoria y Derogatoria de la Ley N.º 28665, en el extremo que establece: “cuya conformación y Presidencia, se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial”, quedando redactado del siguiente modo: “El trabajo jurisdiccional en materia Penal Militar Policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial”.

Tabla 5: Análisis EXP. N° 0004-2006-PI/TC.

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO EXCLUIDO
Artículo 8 de la Ley N° 28665: “La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial y las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica. ”	“La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Penal Militar Policial, sujeta a la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial.”	“ las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica. ”
Artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “El trabajo jurisdiccional en materia penal militar policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cuya conformación y Presidencia se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. ”	““El trabajo jurisdiccional en materia Penal Militar Policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial.”	“ cuya conformación y Presidencia se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. ”

E. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS SUSTITUTIVAS (AÑO 2008)

EXPEDIENTE: EXP. N° 00023-2007-PI/TC

DEMANDANTE: La Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú y más de cinco mil ciudadanos.

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 y 11 del Decreto de Urgencia 033-2005 que aprueba el marco del programa de homologación de los docentes de las universidades públicas, y los artículos 11 y 12 del Decreto de Urgencia 002-2006 que autoriza modificaciones al Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2006 - Ley N° 28652 y dicta disposiciones relativas a la ejecución presupuestaria y otras medidas.

FALLO: 26/08/2008.

1) Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia:

d. Inconstitucional el artículo 3 del Decreto de Urgencia 033-2005, en la parte en que el Poder Ejecutivo se excede en sus competencias establecidas en el artículo 118.19 de la Constitución, debiendo entenderse que el referido artículo sólo contiene las disposiciones a que se refiere el fundamento 70 de esta sentencia.

e. Inconstitucional los incisos 2) y 3) del artículo 9 del Decreto de Urgencia N° 033-2005; así como por conexión, el artículo 2.2 de la Ley N° 29137.

Tabla 6: Análisis EXP. N° 00023-2007-PI/TC

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO SUSTITUIDO
Artículo 3 del Decreto de Urgencia 033-2005: Cuadro de Equiparación y escala de ingresos homologados.	En la parte en que el Poder Ejecutivo se excede en sus competencias establecidas en el artículo 118.19 de la Constitución, debiendo entenderse que el referido artículo sólo contiene las disposiciones a que se refiere el fundamento 70 de esta sentencia.	El el referido artículo sólo contiene las disposiciones a que se refiere el fundamento 70 de esta sentencia.

F. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS ADITIVAS (AÑO 2009)

EXPEDIENTE: EXP. N° 00014-2007-PI/TC

DEMANDANTE: Por más del 25% del número legal de congresistas, representados por don Yonhy Lescano Ancieta.

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.

FALLO: 04/05/2009.

A. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:

a. Inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones. En tal sentido, a partir de lo establecido por el artículo 65 de la Constitución, y de conformidad con lo establecido en el fundamento 20 *supra*, intérpretese que constituye causal de desafiliación del SPrP y de consecuente derecho de retorno al SpuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.

Tabla 7: Análisis EXP. N° 00014-2007-PI/TC

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO ADICIONADO
Ley N° 28991: Inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones	Intérpretese que constituye causal de desafiliación del SPrP y de consecuente derecho de retorno al SpuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración Pública.	Incluir: a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones.

G. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS REDUCTORA (AÑO 2011)

EXPEDIENTE: EXP. N° 0024-2010-PI/TC

DEMANDANTE: Por el 25% del número legal de congresistas.

HECHO LESIVO: demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1097.

FALLO: 21/03/2011.

1. Declarar **FUNDADA, en parte,** la demanda de inconstitucionalidad, y, en consecuencia, inconstitucionales las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo N° 1097:

a) Artículo 3.2, literal a)

b) La frase “que en el caso del personal militar y policial será el instituto armado o policial al que pertenece” del artículo 3.2, literal b).

Tabla 8: Análisis EXP. N° 0024-2010-PI/TC

NORMA IMPUGNADA	NORMA INTERPRETADA	TERMINO EXCLUIDO
Artículo 3.2, literal b) del Decreto Legislativo N° 1097: (...) El juez penal puede ordenar mandato de comparencia, bajo el cuidado y vigilancia de una persona o institución, que en el caso del personal militar y policial será el instituto armado o policial al que el procesado pertenece; o, podrá disponer mandato de comparencia simple.	(...) El juez penal puede ordenar mandato de comparencia, bajo el cuidado y vigilancia de una persona o institución, o podrá disponer mandato de comparencia simple.	La frase “ que en el caso del personal militar y policial será el instituto armado o policial al que pertenece ”.

3.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Como se puede apreciar, esta tipología de sentencias interpretativas, llamadas también manipulativas o atípicas: aditivas, reductoras y sustitutivas, permiten al tribunal constitucional “crear” o agregar un contenido normativo y un sentido de interpretación que no aparecen propiamente del texto de la disposición constitucional, sino que es establecido por este órgano jurisdiccional, cuya justificación es que dicha

disposición legal sea compatible con la Constitución y pueda mantener vigencia. Por este accionar el Tribunal constitucional deja de ser un “Legislador negativo”, actuando como una suerte de “creador” de normas legales, atribución que le está reservada al Poder Legislativo, en mérito al Principio de División de Poderes que rige un Estado Constitucional de Derecho.

En los cuadros descritos, se tiene a la “norma impugnada” comparándola con la “norma interpretada” y el “término excluido, adicionado o sustituido” según corresponda, siendo que en caso de las sentencias aditivas, el órgano de control considera necesario “ampliar” o “extender” el contenido normativo de la norma impugnada, permitiendo su aplicación a supuesto inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas, y como consecuencia de ello se modifica la norma impugnada “adicionado” un contenido que si bien surge de la interpretación extensiva, sistemática o de la interpretación analógica, también es cierto que el mismo hecho de adicionar un término, frase a una norma corresponde crear una nueva norma.

Respecto a las sentencias reductoras se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación con algunos de los supuestos contemplados genéricamente, o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley, o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos; dejándose notar claramente la modificación de la norma original. Del

mismo modo ocurre con las sentencias sustitutivas, cuya actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada con el objeto de proceder a su inmediata integración.

El Tribunal Constitucional, en el ejercicio de su labor interpretativa, si bien señala no crear normas generales, como lo hace el Poder Legislativo, sin embargo desecha, convalida o innova contenidos interpretativos de la ley, a través de las llamadas sentencias interpretativas, transformando el sentido de un precepto a través de las sentencias manipulativas, o bien ejerce labores para legislativas, como sucede en el caso de las sentencias aditivas, desnaturalizando con ello su labor interpretativa, la misma que no está orientada a crear o modificar normas sino otorgar un sentido conforme a la Constitución, pues dicha función está reservada al Poder Legislativo y si bien no prohibida pero tampoco reconocida constitucionalmente para el Tribunal Constitucional, quien como máximo intérprete de la Constitución no puede desobedecer lo en ella regulado. Ello en tanto, que al Congreso le asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93 de la Constitución), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51 de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar “con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45° de la Constitución), exigen sí, que la sentencia constitucional, no sólo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su

integración con la Constitución, de modo tal que, por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la expulsión de la ley del ordenamiento; no obstante mediante la interpretación no pueden modificar normas adicionando, reduciendo o sustituyendo frases o términos, pues dicha labor interpretativa está orientada a dar sentido a la norma impugnada, conforme lo viene haciendo con la emisión de sentencias interpretativas propiamente dichas o las sentencias interpretativas exhortativas.

Por otro lado, y como lo han sostenido parte de la doctrina, no es que se pretenda “recortar” atribuciones al Tribunal Constitucional, en tanto que, no se le puede “quitar” funciones que no se le han sido conferidas bajo ningún amparo legal, tampoco se puede desnaturalizar a la interpretación para amparar funciones no conferidas, ya que la interpretación conforme a los preceptos doctrinarios, dentro de sus fines no se encuentra modificar normas; lo que incluso resultaría un exceso no propio de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, conforme lo señala Víctor García Toma al indicar que “En un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, es el legislador quien establece que normas presiden un sistema político; el Juez ordinario está sujeto al principio de legalidad y el Juez constitucional solo declarará inconstitucional una ley cuando ésta contraría los principios y valores constitucionales. En este tipo de Estado, debe existir una separación entre las cuestiones políticas y las cuestiones de constitucionalidad. El Juez constitucional no puede sustituir al Parlamento que goza de libertad política; la función del Juez constitucional no radica en establecer la mejor ley sino tan solo en

eliminar aquellas que resulten incompatibles con la Constitución; es decir, el Tribunal Constitucional no debe intervenir en la dirección política de un país” (García Toma, 2015, p. 53).

Habiendo identificado la existencia de sentencias relevantes, ya sea aditivas, reductoras o sustitutivas, en donde se evidencia la desnaturalización de la función esencial del Tribunal Constitucional, que no es otra cosa que velar por el irrestricto cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución, en concordancia con el respeto de los derechos fundamentales; puesto que conforme ha quedado acreditado las sentencias reductoras, que son las que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte en que ...” o “en cuanto ...” prevé o incluye “algo” contrario a la Norma Fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional “por exceso”.

Por otro lado, las sentencias aditivas, que indican que un artículo es inconstitucional “en cuanto no prevé...”, o “no incluye...”, o “excluye...” algo que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. Se trata en este caso se una inconstitucionalidad “por defecto”, pero que tampoco implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto.

Las sentencias sustitutivas, cuyo fallo afirma que el precepto es inconstitucional “en cuanto prevé...” o señala “algo”, en lugar de otra cosa que debería prever para ser constitucional.

Ello nos permite realizar una comparación en virtud del cual, los fundamentos jurídicos doctrinarios expuestos en el marco teórico, donde se resalta no solo la función interpretativa del Tribunal Constitucional, en

el sentido de que este órgano entendido como el supremo intérprete de la Constitución, es también intérprete constitucional de la ley; no obstante ello, a veces valiéndose de esa función inherente y el poder autónomo que goza, hace uso de mecanismo formales (tipología de sentencias) para lesionar los propios preceptos constitucionales, puesto que se ha encontrado sentencias cuyo fallo es formalmente de desestimación pura, pero cuyos efectos sobre el contenido normativo del precepto son realmente interpretativos o manipulativos. Lo expuesto sirve para poder predecir la clase de sentencia que emitirá sin duda con un efecto negativo de la verdadera esencia de la norma suprema.

Sustenta nuestra hipótesis lo expuesto por Luis López, quien indica que existe “la necesidad no sólo de que los jueces interpreten y apliquen la leyes de conformidad con la interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional en sus resoluciones (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional); sino también que las sentencias del Tribunal, que adquieran la calidad de cosa juzgada, constituyan precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando, para ello, el extremo de su efecto normativo (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)” (López Guerra, 2001, p. 158), se entiende que el efecto normativo que se establezca en la sentencias, debe tener por finalidad conexa lograr la protección de los preceptos inherentes de la Constitución, a fin de proteger los fundamentos básicos y esenciales de esta última.

Sobre el particular, Peter Haberle sustenta que “la doctrina suele realizar, de modo general, una doble clasificación de las sentencias del Tribunal.

Una primera clasificación distingue entre sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente declarativa, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella. Las sentencias de principio, por el contrario, y sobre la base de la distinción entre norma y disposición, integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colman los vacíos normativos y forjan verdaderos precedentes vinculantes” (Haberle, 1997, p. 163). A criterio del investigador, consideramos que si bien el Tribunal Constitucional, busca entender y establecer el contenido constitucional de los derechos y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, a efectos de emitir precedentes vinculantes, ello no debe ser un medio para ir más allá de las funciones establecidas en la Constitución, llegando en algunos casos a asumir funciones propias e inherentes de otros poderes del Estado, como es el caso de emitir y/o derogar normas.

Adoptamos y compartimos el criterio establecido por la doctrina al indicar que “el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias, las cuales se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifica porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y,

además, porque contribuye a que los ciudadanos conozcan y ejerzan mejor sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución” (Prieto Sanchis, 2003, p. 217).

No obstante, hemos podido advertir que el Tribunal Constitucional excede esa función orientadora e interpretativa para emitir sentencias que, en su criterio, buscan la protección de la Constitución, convirtiéndose por ende en un Derecho Jurisprudencial en lugar de Doctrina Jurisprudencial. Por lo que, “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. Este tipo de sentencias propicia el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los vacíos normativos emanados de un simple fallo estimatorio” (Bocanegra Sierra, 1982, p. 58); dicha tipología no debe afectar las funciones esenciales y preceptos que rigen la constitución en un Estado Democrático de Derecho.

En ese orden de ideas, se comprueba que “las sentencias aditivas son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese supuesto, procede a añadir algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional” (Pérez Tremps, 2005, p. 59); conviene analizar si esa función de añadir afecta y/o perjudica los derechos de las personas, en nuestra opinión el Tribunal Constitucional únicamente deberá hacer uso de esta tipología cuando exista una necesidad urgente de protección a las personas y cuando la transgresión del derecho ha sido

debidamente probado, de lo contrario estaríamos desnaturalizando la función de este órgano constitucional y usurpando funciones propias del poder legislativo.

En tanto, en el caso de las sentencias sustitutivas existe una clara desnaturalización de las funciones del Tribunal Constitucional, puesto 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. Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico” (Aguirre Roca, 1982, p. 807). En este tipo de sentencias la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional se canaliza con las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el Poder Legislativo, con la presunta finalidad de impedir efectos políticos, económicos, sociales y culturales; sin que exista una mayor motivación o justificación el Tribunal Constitucional dispone una nueva regulación o una modificación literal de la ley, tal y como ha quedado establecido en las STC. Exp. N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC (Caso de la Ley de Reforma Constitucional del Régimen Pensionario de la 20530).

Siguiendo dicho contexto, se tiene que el Tribunal Constitucional emite sentencias atípicas en las que se vale del uso de modernos métodos de argumentación e interpretación para generar una tipología de sentencias que muchas veces desnaturalización la función de este órgano autónomo

y lesionan los principios constitucionales es así que “no debe perderse de vista que la diversa tipología de las sentencias constitucionales es también producto del status y la naturaleza compleja del Tribunal Constitucional (órgano constitucional, jurisdiccional y político), que va más allá, en definitiva, de su simple consideración como legislador negativo. Dentro de esta concepción compleja, no hay lugar para un tribunal que sólo se limite a una función automática de definir la compatibilidad lógica entre dos normas, expulsando sin más del ordenamiento aquellas que son contrarias a la Constitución.

Ello porque la Constitución no sólo incorpora disposiciones, sino también valores superiores (democracia, justicia, igualdad, pluralismo, tolerancia, entre otros) y dinamiza los principios expresa o tácitamente previstos en las Constituciones (principio de interdicción de la arbitrariedad o principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, entre otros)” (Nogueira Alcalá, 2004, p. 101).

Lo expuesto sirve, para indicar que los jueces no deben dejar de lado el Principio de Conservación de la Ley, en virtud del cual se exige al juez optar, hasta donde sea razonablemente posible, por la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar un determinado valor o principio constitucional o un específico derecho fundamental, de allí que la tipología de las sentencias solo será justificada en la medida que el Tribunal Constitucional garantice el debido respeto de los derechos fundamentales.

En fin, lo que se busca evitar, es un enfrentamiento de la justicia constitucional y el poder legislativo, puesto que cada uno tiene su ámbito

de competencia, debiendo de precisar el alcance y contenido de la interpretación, al respecto se adopta la posición de Wittgenstein, quien afirma que “interpretar es la actividad o el proceso de sustituir una formulación de la regla por otra como algo distinguible de comprender o captar el contenido de una regla. Es decir, el juez o intérprete debe estar en condiciones de captar el contenido de una regla o especificar sus instancias de uso, pero si no le fuere posible, debe hallarle el verdadero contenido y dimensión y escoger entre las diferentes posibilidades” (Wittgenstein, 1999, p. 162).

La competencia del juez no sería la de crear normas; esto es obviamente tarea del legislador. Pero entonces ¿por qué el juez constitucional peruano en ocasiones lo hace o pretende hacer? Consideramos que esto puede obedecer a la ausencia de normas claras y expresas (en virtud de la generalidad de las normas constitucionales) que prevean todos los aspectos posibles, que faciliten al operador judicial el pleno establecimiento de la solución de un caso difícil, no obstante, ello no es su función, por lo que de ser el caso el cambio organización y/o estructural se debe realizar a nivel del poder legislativo, más no en el Tribunal Constitucional.

Es decir, el Tribunal Constitucional debe perseguir como principal función la de interpretar las normas, más no la de invención o generar nuevas normas a partir de agregar o suprimir premisas fácticas normativas, bajo la justificación de la protección de la norma suprema, de lo contrario estaríamos ante una usurpación de funciones, generando así que las funciones de Tribunal Constitucional, se vean desnaturalizadas, pues si

bien se desprende del pensamiento de Guastini, que la labor interpretativa no es solo otorgar un sentido a la ley, sino que implica identificar todos sus elementos y supuestos en los que podría aplicarse; pero mas no, a través de la interpretación modificar nomas.

3.3. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.3.1. FALTA DE AUTONOMÍA ENTRE LA AUTONOMÍA FUNCIONAL DE LOS ORGANISMOS DEL PODER CONSTITUIDO Y SU JERARQUIZACIÓN COMO FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO DEL PODER EN LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

En este primer punto y, en función a lo estudiado dentro del marco teórico de la investigación, cabe realizar algunas puntualizaciones respecto de la forma de Estado que nos encontramos viviendo, sus orígenes, así como, el fundamento y pertinencia de los principios que sustentan su estructura de gobierno.

Así, es menester recordar que la panacea representada por el Estado liberal, aunque haya mantenido su estructura básica hasta la actualidad, sustancialmente, dogmáticamente, materialmente ha sido objeto de evolución como lo ha sido la sociedad misma, así como el propio derecho.

Si bien es cierto, seguimos refiriéndonos a la democracia, concepto muy anterior al propio Estado de estructura liberal, aquella democracia del siglo XVIII no puede ni debe ser entendida en los

mismo términos que la democracia del siglo XXI; aquella era meramente representativa, se agotaba en el momento constituyente excepcional, mientras que esta es participativa, se funda en la idea de un constituyente permanente; aquella decidía en función a las mayorías, mientras que esta decide en función al bienestar común, sea que este se encuentre en las necesidades de grupos mayoritarios o minoritarios; aquella creaba y toleraba la distinción de los marginados, mientras que esta es inclusiva.

En lo que atañe a los valores que dieron sustento al Estado Liberal, no se han modificado respecto del Estado Constitucional, seguimos confiando en la importancia del principio-derecho a la libertad como uno de los referentes para la comprensión de los demás derechos fundamentales, esto debido a que no puede existir reconocimiento y ejercicio de derecho fundamental alguno que no sea dotado de contenido y ejercido con el basamento de la libertad; la diferencia material radica en que el halo de la libertad ha crecido y se ha instaurado como bandera no solamente de las mayorías acomodadas o de oligarquías, sino, de cualquier ciudadano a quien se le asegura su tutela bajo cualquier circunstancia.

Al respecto, debe quedar claro que al señalar la diferencia material entre la comprensión del siglo XVIII y el siglo XXI del principio-derecho a la libertad, la referencia alcanza únicamente a las sociedades de herencia europea occidental, no así, a otras sociedades que, lamentablemente han tomado caminos de desarrollo diferenciados y en las que todavía cuesta trazar el

alcance de la libertad como garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales.

Luego, dentro de la propia evolución de las sociedades herederas de la evolución europea, a pesar de que el principio-derecho a la libertad se encuentra hasta hoy vigente, no debemos olvidar que la libertad enarbolada post revolución francesa fue principalmente declarativa y totalmente elitista, basada en las concepciones de una sociedad estratificada, en el reniego del antiguo régimen y su gobierno monárquico pero pensada principalmente en el beneficio y bienestar de la burguesía, aún con muchos límites, mismos que van siendo abandonados en la sociedad actual, pero que requieren de mucha más atención de parte del propio constituyente permanente para ser eliminados.

En este punto, es menester señalar que, a pesar de que en el naciente Estado Liberal se erigieron tres principios, materialmente se prefirió al principio de libertad, aún con las limitaciones señaladas y, en este sentido, los contenidos del principio a la igualdad o a la fraternidad, se presentaban bajo circunstancias sociales totalmente distintas y se justificaban bajo aplicaciones que hoy serían comprendidas como diametralmente lesivas y contrarias al propio contenido de la igualdad y la fraternidad.

Estos principios no podrían ser entendidos fuera de los avatares históricos ocurridos tanto en Francia como en el resto de Europa durante los siglos XIX y XX y, tal vez sean dichos sucesos los que limitaron durante un largo periodo la configuración en la realidad de

la igualdad y la fraternidad; recuérdese que durante el nacimiento de la fórmula libertad, igualdad y fraternidad, seguía manteniéndose la esclavitud y, si bien fue aboliéndose desde 1792, este proceso no terminó de completarse sino hasta varios lustros después.

Lo mismo respecto del derecho a la igualdad que era comprendido de conformidad con los estratos sociales de la época y que en este extremo afectaba a los hombres de menor estrato social, pero que, en otros sentidos afectaba a poblaciones o sectores de la población marginados, tal como ocurrió con las mujeres y su derecho a la educación o su derecho al voto, o, en el caso de las colonias, con las poblaciones indígenas o tribales; entre muchos otros ejemplos relativos al derecho-principio comentado, enlazado con otros como la propia libertad, e incluso, la todavía no considerada dignidad humana.

Ni qué decir de la intervención del principio de fraternidad o solidaridad en el reconocimiento o ejecución del contenido de las libertades fundamentales; dicho principio fue postergado hasta la post guerra mundial en que comenzó a ser invocado para asegurar una tutela universal de los derechos humanos, el reconocimiento de los derechos de los grupos minoritarios, la generalización de la tutela efectiva de los derechos fundamentales con independencia de lo que quieran las mayorías o, en todo caso, optimizando la vigencia de los derechos de las personas, aun cuando las mayorías

no acepten o comprendan la necesidad de tutela material de otras formas de pensamiento y vida.

La original invocación a la libertad, igualdad y fraternidad que guiaron la Revolución Francesa, entonces, contaba con una intención muy distinta a la que los mismos principios guardan en la actualidad; lo mismo que los principios propios de la organización estatal también contaban con una concepción más acorde con la época y las necesidades de la sociedad emergente; tal y como ocurrió con el planteamiento de la separación de poderes conocida desde la antigüedad griega y remozada por Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*.

La doctrina de la separación de poderes, fue un planteamiento necesario en el contexto de una Francia revolucionaria, debido a que precisamente lo que buscaban tanto los pensadores ilustrados como los propios ejecutores de la revolución, era acabar con el denominado *ancien regime*; es decir, con el modo de Estado Absolutista que no se diferenciaba o separaba de su forma de gobierno monárquica y en el cual, el ejercicio del poder soberano no le era atribuido al pueblo, sino al príncipe con una justificación divina o por la supremacía en fuerza que este ostentaba.

Este Estado se consideró absolutista, en primer término, porque no se realizaba diferencia entre los conceptos de Estado y gobierno, que ahora sabemos no son lo mismo, puesto que el estado es el fenómeno convertido en institución que se ha producido por el ejercicio del poder constituyente a cargo del pueblo política y

jurídicamente organizado, a diferencia del gobierno que es una porción del Estado, encargado de ejercer un poder delegado o constituido y que, por tanto, tiene la obligación de servicio respecto del Estado.

Sin embargo, en la época absolutista, el término Estado y el término gobierno se consideraban sinónimos, debido a que tanto el poder soberano como el ejercicio del mismo le eran irrogados al monarca, en tal sentido, no se presentaba limitación alguna al poder mismo, así como a su ejercicio y, por tanto, este se ejercía abusivamente; así, el gobernante, soberano o monarca, podía emitir decretos en favor de unos y en detrimento de otros, así como aplicarlos de manera igualmente arbitraria y sancionar a quien quisiese con el mismo grado de arbitrariedad.

Vale decir, el monarca ejercía lo que podría ser entendido como una facultad legislativa vía decretos, una facultad ejecutiva vía disposiciones y una jurisdiccional mediante sentencias; mismas que, a la época, fueron comprendidas como poderes que, dentro de la propuesta de Montesquieu, deberían obtenerse de la escisión del poder en tres sub-poderes denominados legislativo, ejecutivo y judicial.

La separación del poder, planteamiento ideológico y teórico, de naturaleza abstracto, que sirvió de base a la naciente república francesa, así como a otras formas de organización de gobierno, como ocurrió con la monarquía parlamentaria de Inglaterra y el presidencialismo estadounidense; tomó ciertas particularidades de

conformidad con las necesidades y realidades de los países que la asumieron, pero, tenían en común la preocupación por la limitación del abuso del poder en el que habían incurrido de muchas formas los monarcas y al que estaban propensos los nuevos gobiernos, sea cual fuere su forma de organización.

Sin embargo, lo cierto es que el poder es único e indivisible, surgido de un único soberano y mantenido en todo momento por este, incluso durante el ejercicio del poder delegado a los representantes designados en virtud de la democracia; no es posible materialmente hablando diferenciar entre un poder legislativo, ejecutivo y judicial; a lo sumo, se puede indicar que existe una distribución de funciones propias del poder soberano, tal como la función legislativa, la función ejecutiva y la función jurisdiccional; sin embargo, al respecto existen tres situaciones derivadas que puntualizar.

En primer lugar, que las funciones pueden ser denominadas de cualquier manera, no necesariamente legislativa, ejecutiva y judicial, puesto que, lo que debe reconocerse es su sustancia, su contenido; mismo que podría ser objeto de una denominación con mayor exactitud, como lo ensayó Loewenstein en su Teoría de la Constitución, cuando habló de la decisión política fundamental – que no necesariamente se expresa en leyes como actos del parlamento o del legislativo, sino a manera de normas emitidas por todos los organismos y órganos con potestad normativa, incluyendo sobre todo al propio constituyente) –.

Luego, se refirió a la ejecución de la decisión política fundamental – que tampoco le está reservada a un solo organismo u órgano del constituido, sino que puede ser ejercida por diversos órganos ejecutivos, incluyendo a las organizaciones de la sociedad civil que pertenecen al Estado, pero no al gobierno –.

Y finalmente, se refirió al control de la decisión política fundamental – que bien podría ser ejercida por órganos jurisdiccionales, aunque también por tribunales administrativos, árbitros, asambleas de comunidades campesinas, entre muchos otros órganos del gobierno u organizaciones del Estado que cuenten con legitimidad para ello, incluidas, por ejemplo, las rondas campesinas –.

En segundo lugar, que la denominación de las funciones, sea que utilicemos la clásica denominación de función legislativa, función ejecutiva y función jurisdiccional o sea que se prefiera la denominación de decisión política fundamental, ejecución de la decisión política fundamental y control de la decisión política fundamental; no influye respecto de la denominación y la determinación del órgano u órganos que ejercerán finalmente dichas funciones; vale decir, las cortes de justicia de la república no deben ser denominadas poder judicial, puesto que la potestad jurisdiccional es ejercida no solamente por dichas cortes, sino por otros órganos u organizaciones dotadas de jurisdicción como las mencionadas ya en el párrafo precedente; asimismo, tampoco se reserva el la función ejecutiva al Presidente de la República y los ministerios, puesto que esta puede ser ejercida también por los

gobiernos regionales y los gobiernos locales y por otros organismos gubernamentales aunque no se encuentren reconocidos en el texto constitucional; lo mismo que con la función normativa que no se reduce a la función legislativa, sino que es el hiperónimo de esta, que puede ser ejercida por el Congreso de la República, pero también por el Presidente de la República, por los ministerios, por los gobiernos regionales, los gobiernos locales e, incluso, por el Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, con la evolución misma de cada sociedad y las necesidades crecientes de los pobladores de un país o región determinados, las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional no son las únicas que se requieren dentro de un Estado; en el caso peruano, se requiere además de una función administrativa que es transversal a los organismos y órganos del poder constituido y que asegura el cumplimiento de las demás funciones como la ejecutiva; por otro lado, la función representativa que, dependiendo del tipo de Estado y de gobierno puede ubicarse en el Presidente de la República, en el Congreso, en ambos o en otros órganos como el gobernador regional, el consejo regional, los alcaldes o los regidores, entre otros.

Por otro lado, dichas funciones no son las únicas, sino que existen otras que determinan la existencia de órganos del poder constituido que, en principio funcionan dentro de un régimen de autonomías, pero que, según las necesidades y las prescripciones del constituyente, pueden encontrarse habilitados para controlar o

regular excepcionalmente a otros organismos autónomos constitucionales; tal es el caso de las funciones que cumplen la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, la Junta Nacional de Justicia, el Ministerio Público, los organismos electorales y de registro civil y de identidad, los organismos encargados de la protección interna y externa, los organismos encargados de la protección de los derechos fundamentales de las personas frente a las entidades públicas y actuaciones de privados que brindan servicios públicos, los organismos encargados de la ejecución descentralizada de las funciones ejecutiva, administrativa y normativa; entre otros, como ocurre con el organismos encargado del control de la constitución de las leyes y la interpretación constitucional.

Al respecto, debe mencionarse a manera de paréntesis, que debe diferenciarse entre la autonomía funcional que tiene cada uno de los organismos y órganos que ejercen las funciones propias del poder constituido y la falta de autonomía organizacional que presentan algunos de estos; sin embargo, esta es una discusión que desviaría la atención del foco que se busca atender en la presente investigación y, a pesar de mencionarse por una cuestión de responsabilidad académica, no será objeto de profundización.

Ahora, cabe puntualizar que mediante el presente extremo de discusión no se pretende desacreditar al texto constitucional, sino evidenciar que la constitución material exige una modificación en la teoría constitucional, así como en la propia redacción del

mencionado texto, dado que este no es más que una expresión formal y certera de la constitución misma, aquella que se ha ido desarrollando a la largo de la historia en un contexto de evolución constante y que exige una adecuación mediante reformas para aclarar los puntos que la realidad exige.

Ahora, conocida ya la distribución de las funciones que representan el poder constituyente ejerciendo un poder constituido, aclarado del punto de que no existe una pluralidad de poderes, sino un único e indivisible poder soberano; es posible comprender los alcances de la teoría del equilibrio del poder; no del equilibrio de los poderes, ni el equilibrio de las funciones clásicas; sino el equilibrio dentro del propio poder que se busca en todo Estado que busque cumplir y respetar la voluntad popular y asegurar el bienestar general.

La teoría del equilibrio del poder fue presentada dentro de los Estados Democráticos de Derecho, antes de que se presente la prevalencia constitucional con la que se cuenta en la actualidad, pero como parte de la preocupación por no permitir el exceso de poder y, por tanto, la superposición de ninguno de los organismos u órganos que ejercen una función pública por encima de los otros que cumplen con la misma tarea.

Los pesos y contrapesos o frenos y contrapesos que importa la teoría del equilibrio del poder, buscan determinar, separar y distribuir el poder de forma equitativa, de manera tal que, el empoderamiento de uno de los órganos que ejercen determinada función exige el mismo efecto sobre los demás órganos a quienes

se les encarga otras funciones constituidas; asimismo, el robustecimiento del contenido de una de las funciones delegadas por el constituyente, requiere el mismo efecto en las demás funciones, independientemente del organismo u órganos que las ejerzan.

Vale decir, gracias a la teoría del equilibrio del poder, se ha asumido la autonomía de las funciones constituidas, pero también el reconocimiento de que no es posible que una función sea entendida como más importante que la otra o que una función sobrepase sus límites conferidos usurpando o inmiscuyéndose en las facultades conferidas a otra de las funciones sin autorización previa del constituyente; de lo contrario, se encontraría ejerciendo también, además, una potestad constituyente que le es exclusiva al pueblo política y jurídicamente organizado.

Es cierto que muchas veces las teorías no son asumidas al interior de los Estados o que, a pesar de encontrarse asumidas, muchas veces son conocidas únicamente por algunos sectores, principalmente el sector político, el académico, el jurídico, entre otros relativos, pero no por la gran mayoría de la población, misma que es manipulable e, incluso, engañada por sus representantes políticos para, mediante reforma del texto constitucional, admitir cambios en la estructura del Estado y del gobierno que los ciudadanos y pobladores muchas veces no comprenden.

Esa cruda realidad se vive en diversos países y el Perú no es la excepción; sin embargo, es responsabilidad de los diversos

ámbitos señalados anteriormente, puntualizar, informar y difundir los dogmas básicos sobre los que se conforma el constitucionalismo actual, uno de estos, el exigido equilibrio de poder; así como, denunciar el abuso del poder delegado y la afectación de las exigencias del mencionado dogma de equilibrio de poder.

Debe adicionarse a lo dicho que, el equilibrio del poder, por su propia construcción práctica en la Inglaterra del siglo XVII, exigía además de la misma intensidad en el encargo de las funciones estatales, una flexibilización de autonomías para controlarse las unas a las otras cuando sea estrictamente necesario; como ocurrió con el control autárquico ejercido entre las distintas funciones públicas; es decir que, de presentarse abusos de poder en alguno de los órganos u organismos que ejercen una función constituida, alguna de los otros organismos pudiesen controlar y tomar las medidas pertinentes para reestablecer el equilibrio del poder.

Ahora, al respecto, existen dos situaciones más que puntualizar; la primera, que ninguna función se puede ubicar como suprema, aun cuando esté referida a asuntos supremos como la interpretación de las normas constitucionales.

3.3.2. LA INDEBIDA PRIMACÍA EN LA JERARQUÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DEBIERA SER HORIZONTAL RESPECTO DE LA JERARQUÍA DE LOS DEMÁS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, PUESTO QUE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL NO IMPLICA SUPREMACÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En primer término, de manera previa a cualquier discusión respecto de los propios organismos constituidos, llamados también organismos constitucionales u organismos constitucionales autónomos; es preciso puntualizar el origen del fenómeno estatal como basamento para la organización gubernamental, así como su relación con el poder soberano, aquel del cual surge toda la posibilidad para tal organización.

Claro está que, como se ha explicado en el marco teórico, los basamentos de la organización estatal han sido inicialmente ideológicos y posteriormente teóricos, pero ha de puntualizarse que, a pesar de que forman parte de los planteamientos teóricos, la referencia a la población, el territorio, el poder y la cultura como elementos que componen el Estado, cuenta con una constatación de tipo material, real, fáctica; vuelta a admitir desde el siglo XVIII hasta la actualidad.

En principio, entonces, debe iniciarse con la comprensión de la soberanía que le da fundamento a la organización estatal y en la cual radica cualquier poder constituyente en el contexto de un estado de tipo liberal y, por tanto, determina las potestades y

organización de cualquier poder constituido que ejerce sus funciones de conformidad con el encargo que el constituyente le realiza.

Dicho concepto no ha sido estático a lo largo de la evolución de la teoría del estado y, en la actualidad es objeto de discusión respecto de su vigencia o validez como sustancia que precede al Estado; pues bien, la presentación original que hizo del mismo Jean Bodin se formuló ya dentro del pensamiento que prefería a la república por encima de la monarquía, a pesar de que fue presentado en el siglo XVI que es muy anterior a la eliminación del antiguo régimen absolutista y monárquico.

Para este primer planteamiento, la soberanía debía ser entendida como el poder rector de una organización republicana; así, la república fue entendida como un recto gobierno de muchas familias teniendo como base para el mismo las cosas y concepciones que les son comunes, mismas que son interpretadas desde una dimensión ética o moral, que se convierte en el fundamento de todo el desarrollo jurídico que respalda y sustenta el poder soberano, mismo que es jurídico antes que político, mismo que es natural y surge de la relación de mando-obediencia que le es inherente al ser humano pero que no es arbitraria, sino que requiere de justificación para la existencia de un ente que ordena y otro que obedece.

Ese fundamento se encuentra en la soberanía, pero una soberanía entendida bajo los cánones de la época, en que, la familia era

concebida como una asociación de personas en las que existía solo una cabeza, el padre, facultad naturalmente para mandar, y la esposa y los hijos quienes le debían obediencia; nótese que a la época la sociedad seguía siendo patriarcal y tal relación de mando – obediencia era concebida como natural; pues bien, tal expresión de la cultura de la época, influyó en Bodino para el planteamiento del concepto de soberanía como un instrumento que servía para la integración de los poderes feudales y estamentales en una unidad superior, el Estado y que, por lo tanto, requería de un titular, una persona que se comporte como soberano, sin la cual el Estado no podía ordenarse.

Es en ello que se justifica la identificación en Bodino de la soberanía en la cabeza del príncipe, porque en el pensamiento paternalista de la época, se requería de una persona encargada de mandar sobre las otras, generándose la dicotomía entre la figura del príncipe y el ciudadano entre los cuales existe una obligación mutua; en el primer caso de proveer justicia y protección y en el segundo de mantener obediencia y fe, siempre dentro de la natural relación de mando y obediencia.

Claro está que, tal sustento en la actualidad, y ya desde la imposición de la doctrina de la ilustración, es inadmisibile; esto puesto que durante la época de la ilustración se justificó a la facultad soberana ya no en la cabeza de uno solo, sino en la cabeza de todos los integrantes de la población, quienes, de manera natural hacen un uso adecuado de su poder para fomentar

la organización estatal; planteamiento que, si bien fue ideológico y teórico, con la ocurrencia de las revoluciones que embanderaban las ideas de la ilustración, se logró plasmar la fórmula de que el poder soberano es del pueblo.

Con ello se comprueba tanto desde el plano ideológico, teórico, como fáctico, que las construcciones políticas y jurídicas, dependen del discurso que se maneje en una época determinada, de la cosmovisión que mantengan los integrantes de la sociedad y, si bien es cierto que dentro de la evolución misma de la sociedad, se van ganando y generando figuras o instituciones jurídicas, políticas, económicas, entre otras; lo evidente es que el contenido de estas depende de la cultura que se mantenga en una época determinada. En cuanto a la soberanía como expresión de la relación natural de mando y obediencia y respecto del fundamento de la misma en la organización familiar, cabe señalar que, si bien durante el cambio del antiguo al nuevo régimen estatal en el siglo XVIII, se seguía creyendo que la relación de mando-obediencia es natural en el entorno de las familias, por lo que se trasladó el uso del poder del monarca a la asamblea parlamentaria, o a los presidentes o a cualquier otro órgano constituido; en la actualidad, se sabe que tal relación de mando-obediencia, no es natural, el discurso es distinto y, por tanto, no es posible justificar la existencia y ejercicio del poder soberano en dicha relación que ya no se presenta ni en el seno de las familias, ni puede seguir siendo justificada en la organización estatal y menos en la gubernamental.

Lo que se intenta explicar es que aquella relación de mando-obediencia que se entendía en el siglo XVI como natural y que se ha creído como una cuestión de fe hasta hace muy poco, todavía hasta inicios del siglo XXI y persiste en algunas legislaciones como es el caso del libro de familia del Código Civil peruano, vista en la sociedad actual, a partir de la realidad misma, no se presenta más. En el caso de las familias, en principio, estas ya no se limitan únicamente a la reunión del padre y la madre para concebir, sino que pueden estar compuestas de múltiples formas y, en cuanto a la relación que existe entre sus miembros, ya no se encuentra estructurada por el mando y la obediencia, sino por la colaboración mutua de aquellos, quienes dentro de sus posibilidades y teniendo en cuenta sus características particulares generan una organización basada en el respeto, en la unión y en la búsqueda de un fin común, de un proyecto de vida en conjunto; no más es el escenario para imposición de uno o unos sobre otros.

El ejemplo y el parangón de las familias con la sociedad, es solo un extremo del cómo la sociedad ha cambiado y ha evolucionado desde la edad antigua hasta la actualidad; es perfectamente conocido que desde aquellas épocas existía el concepto de democracia, pero a pesar de ello, dicha institución jurídico-política no mantiene el mismo contenido, ya que en Grecia podía ser entendida como democracia directa o poder directo del pueblo; mientras que en la roma republicana se entendió como democracia representativa que luego fue abolida por el imperio y careció de

contenido; al igual que en la naciente edad media de la poliarquía en que el poder y la imposición del señor feudal la mantuvieron como un concepto hueco que, durante la segunda edad media de la monarquía se convirtió en un concepto negativo por considerarse arbitrario e irreflexivo, necesitado de la imposición de una soberanía absolutista.

Concepto que cambió radicalmente en la naciente edad contemporánea en que la oposición ante el abuso del poder absolutista del monarca, exigieron el rescate de la teoría del contrato social como justificación de la democracia, ubicaron el poder soberano en el pueblo y, con ello, se generó un nuevo tipo de democracia, la representativa, aquella que ubicaba a los encargados del poder soberano por imperio del contrato social como autoridades, con potestad suficiente para ordenar la organización de la sociedad a manera de un Estado, con un gobierno titular de un poder constituido suficiente para dotarlo de potestad ordenadora, impositiva, siempre se con ello se busque el bien común.

Ahora, tal esquema, como fue presentado, siempre mantuvo la interacción entre los tres elementos del Estado, el pueblo, su poder soberano y el territorio en el que se desenvuelve; sin embargo, tan imbuida como estaba la sociedad con las antiguas teorías de la soberanía que la ubicaban en un solo hombre o en un solo grupo, no se hizo más que trasladar el arbitrio del poder, del monarca a

los grupos representativos elegidos en virtud de la democracia representativa.

Es decir, el surgimiento del nuevo régimen en el que se erigió una forma de Estado Liberal, si bien es cierto renegó contra el poder absoluto del monarca, motivo por el cual sustentó la separación del poder en poderes; asimismo, extrajo el poder soberano de las manos del monarca, para entregárselo al pueblo que, ante la imposibilidad de tomar decisiones directamente acerca de la administración del Estado, mediante la democracia representativa le otorga tal poder a los organismos del gobierno, es decir, a los poderes del estado ejercidos por los órganos denominados poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial; sin embargo, tal estructura, si bien fue el escenario perfecto para que se desarrolle una adecuada representación de la población en función a sus intereses, terminó por ser tergiversada de muchas maneras, incluso, utilizó al Derecho para justificar los abusos de una nueva clase dominante, la burguesía; misma que posteriormente fue cediendo el paso a nuevas clases dominantes que han determinado el contenido y la forma en que se entienden las figuras jurídicas y constitucionales de cada sociedad.

De ahí que se sostiene que los elementos del Estado no son únicamente tres, pueblo, poder soberano y territorio; sino que, requieren de un cuarto elemento que siempre ha estado presente en la manera en cómo se ha comprendido el Estado y sus instituciones en los diversos tiempos y en las diversas latitudes que

se ha presentado; este cuarto elemento es la cultura; aquella condición y cualidad de las sociedades que absolutamente dinámica si se la analiza en una línea de tiempo o en un paralelo respecto de otra sociedad, pero que se mantiene estática por un periodo determinado en el que los contenidos de las instituciones estatales se reconstruye para ser admitidos y encontrarse dotados de eficacia por lo menos en un momento determinado.

Con ello, es posible comprender que para la segunda edad media, aquella que por aporte de Bodino se convirtió en absolutista, la soberanía haya tenido como único y legítimo titular al monarca; mientras que el mismo término, tras las ideas ilustradas haya sido una cualidad del pueblo, quién ostenta el poder soberano desde aquel tiempo hasta la actualidad, con la diferencia de que, dicho poder soberano post revolución francesa fue entregado por entero a los representantes y, en la actualidad, permanece permanentemente en el pueblo, mismo que tiene la potestad de participar del gobierno no solo cuando se es elegido democráticamente, sino a través de las demandas de la población, a través de su participación en los cabildos abiertos, a través de su participación en los referéndums, a través de su posibilidad de requerir la vacancia, decidir la revocatoria o exigir la remoción de los funcionarios públicos que han faltado a la delegación encomendada por ellos mismos.

De esta manera, si bien es cierto, desde el siglo XVIII se ha hablado de la existencia de un contrato social como fundamento de

la creación del Estado, ha de aclararse que dicho contrato social no implica una renuncia del poder soberano por parte del pueblo, tampoco que este pueblo haya entregado el poder soberano a sus representantes como erróneamente se cree; el presidente de la república no es un soberano, el parlamento tampoco lo es, así como no puede serlo ningún otro organismo del poder constituido; ya que el único soberano dentro de una sociedad y en función a lo que la cultura contemporánea exige, es el pueblo.

Es por ello que mal hacemos cuando denominamos autoridades a las personas que se encuentra ejerciendo alguna función pública y que ostentan un cargo público; puesto que la autoridad verdadera dentro de un Estado la tiene el pueblo, los funcionarios y servidores públicos no hacen más que ejercer un encargo de ese poder soberano; mismo que no les pertenece por mandato divino ni por mandato de otro tipo, sino por delegación del verdadero soberano; en este sentido, no son autoridades, sino únicamente encomendado, servidores.

Entonces, con la intención de consolidar las ideas vertidas anteriormente, los conceptos o concepciones políticas y jurídicas pueden permanecer estáticas por periodos largos o cortos, pero no son inmutables, sino que son objeto de una evolución dinámica constante que, por constar de pequeñas modificaciones materiales, en principio, son imperceptibles, pero paulatinamente van generando un cambio sustancial en su contenido y, por tanto, la reformulación de este.

Se dice que tal dinamicidad está compuesta por pequeñas modificaciones materiales porque los conceptos o concepciones jurídico-políticas no surgen o no deben surgir del pensamiento filosófico o teórico o ideológico, sino que surgen de las vivencias reales, de los actos y hechos suscitados dentro de una sociedad determinada, dentro de una población, en la interacción de sus integrantes, de conformidad con su moral positiva o social; es decir, de su cultura, lo que hace de este un elemento indispensable para la creación y conformación de los Estados.

Tal dinamicidad ha generado una evolución en la comprensión y los contenidos mismos no solo de la soberanía, que pasó de una sola mano, a la reunión oligárquica que se decía representante del pueblo y ahora es reclamada por el mismo pueblo a manera de democracia participativa; este contexto, justifica el cambio en la mirada de varios de los contenidos estatales y constitucionales concebidos hasta ahora como construcciones abstractas y que, en realidad, siempre han sido construcciones concretas a las que se les ha arrebatado contenido en abstracto en función a los intereses y pareceres de unos pocos.

De allí que, se haya utilizado la doctrina de la representación para sectorizar el uso y abuso del poder en unos pocos, aquellos que son elegidos por una población desprovista del conocimiento suficiente para tal actuación, la de elegir; esta realidad aciaga, es la que se presenta en países como el Perú, en el que la población elige a sus representantes sin conocer su voluntad política, dado

que muchas veces quienes postulan a un cargo público no cuentan con una carrera política pero sí con los medios suficientes para sustentar una campaña embelesadora que asegura los votos de ciudadanos incautos, con muy poca educación política y, por tanto, con muy poca cultura y consciencia política; motivo por el cual nuestros representantes son poco menos que aficionados que anteponen sus intereses personales a los colectivos.

Como consecuencia de esto, se cuenta con un congreso de la república carente de técnica jurídica para ejercer su facultad legislativa, se ha contado y cuenta con presidentes de la república incapaces de atender las necesidades de los ciudadanos, por lo menos las relacionadas con su facultad ejecutiva y, ni qué decir del ejercicio aletargado y excesivamente burocrático de la facultad administrativa; figura que se repite cuando nos referimos a los Ministros de Gobierno, a los gobernadores regionales, a los consejeros regionales, a los alcaldes y consejeros municipales; así como a cualquier otro funcionario público, incluso a los denominados magistrados del Poder Judicial acostumbrados al ejercicio mecánico y aletargado de la judicatura, que privilegian formalidades por encima de las necesidades materiales de los justiciables y que demoran en promedio una década para otorgar una justicia formal que de ninguna manera es justicia material por lo tardía que resulta.

Vale decir, la democracia representativa y las propuestas para el ejercicio de la misma, así como para el ejercicio del poder

constituido, en la actualidad, se encuentran en severa crisis y requieren de la actuación de la evolución dinámica de la sociedad en función a sus necesidades, requieren que aquellas pequeñas modificaciones materiales que se han presentado como imperceptibles se hagan evidentes y sustenten un cambio o, mejor dicho, un recordatorio de cómo es que surge el poder soberano y la finalidad por la que se ha creado un poder constituido que no ha sido para reinar con un disfraz de democracia, sino para cumplir con la encomienda de ordenar la sociedad para cumplir con la tutela de los derechos fundamentales de sus integrantes.

Dicha encomienda es ejercida por los organismos constitucionales autónomos, denominación que, en realidad no resulta adecuada, puesto que, tales organismos no son tales por el hecho de encontrarse en el documento denominado constitución al cual debe denominarse texto constitucional o constitución formal; sino que son el resultado del proceso constituyente, de la forma de organización que ha admitido el constituyente permanente conformado por la soberanía de un pueblo determinado en un territorio determinado y en función a su cultura; es decir, la constitución material.

Bajo este tenor, cada pueblo política y jurídicamente organizado en un territorio determinado y en función de su cultura es capaz de determinar los organismos que resulten eficientes para atender sus necesidades en tutela de sus derechos fundamentales, esto en ejercicio de su poder constituyente; motivo por el cual, los

organismos creados por este no son constitucionales, sino constituidos, parte de la constitución material.

En tal sentido, todas y cada una de las funciones encomendadas guardan suma importancia no porque se encuentren reguladas en un documento constitucional, sino porque constituyen un bloque del muro que permite proteger los derechos fundamentales o, en uso de una metáfora más adecuada, una pieza del vehículo que es utilizado para continuar el camino hacia el destino proyectado y deseado.

Respecto de lo dicho, entonces, no existe función delegada al constituido que sea innecesaria, porque se trata de la expresión de la necesidad de tutela de los derechos fundamentales de las personas; asimismo, no existe función delegada al constituido que sea más importante o sustancial que otra; puesto que cada una de ellas componen un elemento esencial para conseguir la finalidad del Estado, el orden social, el bienestar de los ciudadanos, la tutela de derechos fundamentales y el equilibrio del poder.

Podría decirse que, al igual que el cuerpo humano, el cuerpo estatal cuenta con un organismo constituido supremo o superior, podría señalarse que es apropiada la analogía de que el cerebro es al Tribunal Constitucional tal como los pulmones son al Congreso de la República; de lo que se podría obtener que el Tribunal Constitucional es el órgano pensante, del cual se emiten las órdenes para el resto del cuerpo estatal; empero ello no funciona así.

El Tribunal Constitucional, funcionalmente no puede cumplir la encomienda de ningún otro organismo constituido, tampoco puede ni debe anteponerse a ningún otro organismo constituido; esto debido a que su naturaleza es la misma, se trata de un organismo constituido que cumple una función específica; ahora, el cumplimiento de su función de control de la constitución o de interpretación constitucional no suponen que se encuentra dotado de mayor poder, sino que tiene el encargo de recordar a los demás organismos autónomos la supremacía constitucional, es decir, la supremacía es de la constitución, no del órgano u organismo que asegura su eficacia.

Al respecto, ocurre también que tal encomienda, controlar la constitucionalidad de las leyes e interpretar a la Constitución, cuenta con un límite, la propia constitución; lo que exige una actuación sumamente cautelosa al Tribunal Constitucional, así como sumamente respetuosa de los propios límites que la Constitución material establece.

Uno de tales límites es el otorgamiento de facultad legislativa positiva únicamente a determinados órganos en razón de su función representativa o a su especialidad; lo que no ocurre en el caso de la potestad auto permitida de legislación positiva del Tribunal Constitucional a través de las sentencias interpretativas aditivas o sustitutivas, facultad que no ha sido encomendada por el constituyente al momento de determinar la constitución formal y tampoco por el constituyente permanente que construye la

constitución material; motivo por el cual, la actuación del Tribunal sobre ese sendero no es menos que temeraria y tendiente a la tiranía.

3.3.3. LA AFECTACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS CON FUNCIÓN LEGISLATIVA CON LA EMISIÓN DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS O MANIPULATIVAS CON EFECTO ADITIVO O SUSTITUTIVO

El poder constituido está conformado por los llamados organismos constitucionales, el Tribunal Constitucional se instaura dentro de nuestro ordenamiento constitucional como un organismo autónomo con potestad de interpretación constitucional y, en este contexto de determinación del contenido de los derechos fundamentales en actuación de la moral crítica y con respeto de la moral positiva; no obstante, tal actuación también tiene relación en tanto su función se deriva de la delegación que le otorga el constituyente, el poder del pueblo, lo que nos lleva a considerar los presupuestos de la Teoría del Estado que acompañan a su función y, a partir de ello, los límites de su facultad interpretativa.

En primer lugar, es menester aclarar que la visión del constituyente como aquel poder fáctico que no ha sido otorgado ni reglado por norma jurídica alguna que toma la decisión política fundamental originaria para constituir un sistema de defensa de los derechos de las personas a través de la elección de principios supremos del ordenamiento y la forma del Estado.

En este sentido, es la voluntad del constituyente la que ha logrado identificar los valores jurídicos que han de ser protegidos en la sociedad, los principios de los que hemos de valernos para tal protección y los organismos de Estado que conforman el gobierno, facultados para asegurar tal tutela; claro está que, no se trata únicamente de una responsabilidad gubernamental, pero sí de la construcción de una estructura y sistema eficientes para ello.

Dentro de tal sistema y estructura de gobierno, se encuentra el Tribunal Constitucional concebido desde los albores del Estado Liberal como el guardián de la Constitución que consiga otorgarle la cualidad de norma jurídica vinculante (Sieyès, 2007) y en tanto guardián, puede ser comprendido como “órgano dotado de la función específica de resolver reclamaciones contra los incumplimientos de la Constitución” (Tajadura Tejada, 2013, p. 219), pero que, dado el artículo 1 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se instituye como el “órgano supremo de interpretación” de la constitución.

Esta última tarea, es la que le ha posibilitado desplegar su tarea de sumo intérprete también del contenido de los derechos fundamentales que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del texto constitucional, no se restringen a aquellos taxativamente establecidos en el artículo 2, no en el resto de la parte dogmática. Encargando así a un organismo la importantísima tarea de establecer contenidos que no debieren ser únicamente

abstractos ni subjetivos, sino que deben regirse por la dinámica de recojo de la moral positiva para construir una moral crítica.

Es decir, el Tribunal Constitucional no se encuentra facultado para crear contenidos constitucionales en base a su albedrío o teniendo en cuenta meras abstracciones o importaciones de figuras extranjeras; sino que, tiene la obligación de conocer las intenciones del constituyente para poder establecer los contenidos que el pueblo como soberano requiere como parte de su organización; de otra manera, no sería un intérprete de la constitución, sino un creador de la misma, lo que resulta inadmisibles en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En toda la mecánica mencionada respecto de la evolución de los textos constitucionales peruanos, pueden identificarse diversos fallos que alejan la norma constitucional del sentir y necesidades reales de la población, que ha fomentado la resolución de los conflictos de interés constitucional, por el órgano de control de la constitucionalidad (Vives Andrade, 2018, p. 980) peruano, con la utilización de teorías o principios importados, pero no con la verificación real de las necesidades de la población peruana; vale decir, una justicia constitucional teórica, puesto que se basa en construcciones teóricas doctrinarias extranjeras y normas inspiradas en estas que no tendrían nada de malo si es que se las contrastara con la realidad peruana.

Con lo que se secunda las afirmaciones sobre la desgracia del Perú que ha sido “víctima de apetitos incontrolados de poder” y que

“requiere ordenar, sin dilación su organización como Estado, la cual es indispensable para que su pueblo pueda acceder a un destino fecundo y venturoso” (Alva Morandini, 2018, p. 1077), orden que, no puede surgir de las ideas de nuevos ilustrados solamente, sino de la participación activa de la propia población peruana, a través del ejercicio de una forma eficiente de democracia participativa, pero, principalmente, a través de la comprensión, por parte de los organismos constituidos que la Constitución no consiste en el documento escrito que contiene una serie de artículos, sino en las vivencias mismas de la sociedad que deben ser recogidas por un constituyente originario y excepcional, pero sobre todo, por aquellos funcionarios y magistrados legitimados para reconocer y resolver materias constitucionales.

En ese sentido, el constituyente puede ser excepcional, pero también permanente; excepcional en tanto se pretenda fundar un nuevo texto que se desprenda de la reacción de la población peruana en su totalidad, pero permanente en tanto las decisiones políticas fundamentales de los integrantes del Estado y, por tanto, de la población, ejercen, fundan, reconocen, justifican, componen, derechos diariamente; esto expresa el carácter evolutivo de la sociedad, pero obliga también al carácter evolutivo del Derecho Constitucional.

Esto no significa que la democracia se oponga al constitucionalismo, sino que, debe lograrse la manera de equilibrar sus postulados para conseguir que esta Constitución – ahora

material – siga siendo el límite del poder político y, a la vez, dicha Constitución sea originada por el ejercicio de un poder político, pero no excepcional, sino permanente, extraído de las vivencias de la población, por las discusiones de un Congreso Constituyente, de una Corte Suprema, de un Tribunal Constitucional, de un Tratado Internacional, o de cualquier otro mecanismo que respete los intereses de la población para el establecimiento de la norma suprema y fundamental.

Tómese en cuenta que, la democracia, a pesar de que no pueda ejercerse más directamente por la totalidad de la población, no puede restringirse a la mera representación, y que el ejercicio constituyente no necesariamente tiene su base en la visión electoral del principio mayoritario, pero tampoco en la decisión, arbitraria o no, de pequeños grupos de poder.

Con ello, para que el Tribunal Constitucional no se convierta en un pequeño grupo de poder que responda a intereses propios o de terceros aristócratas con potencial económico, debe ser consciente de su límite en la interpretación constitucional, que no es más que eso, que no puede pretender convertirse en creador de valores fundamentales o legales, primero, porque no ha sido elegido democráticamente y no se trata de un órgano con función representativa y, segundo, porque cuenta con los límites impuestos no solo por la constitución formal, sino y sobre todo, por la constitución material, viva que, en tanto con expresa taxativamente su ampliación de facultades, estas deberán seguir siendo limitadas

al mero control de la constitucionalidad de las leyes y a la interpretación de la constitución.

Así, lo antes referido resulta de gran trascendencia para el análisis del alcance de la labor interpretativa del Tribunal, pues son el tipo de sentencias sobre las cuales van a desarrollar la labor en análisis, en sentido, a nuestro parecer, consideramos que las sentencias ablativas resultan menos complicadas para el Tribunal Constitucional, pues el extremo de su inconstitucionalidad se aplicará del análisis de su propio texto gramatical, lo contiene la propia disposición normativa.

Distinto es el caso del tipo de sentencia interpretativas del tipo reconstructivas, las cuales, necesariamente involucra de que el Tribunal le agregue un significado que muchas veces no se encuentra dentro del texto de la disposición, pues como hemos señalado líneas arriba, para este fin se utilizan distintos criterios, algunos más objetivos que otros, por ello se tiene que tener especial cuidado para no desnaturalizar la disposición, ni la labor del propio Tribunal Constitucional.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha mencionado de que si bien es cierto a través de las sentencias interpretativas se busca hacer prevalecer el principio de conservación de la Ley, no obstante, esta labor debe ser ejercida hasta donde sea razonable, vale decir, el Tribunal Constitucional, no por ser el órgano autónomo concentrado de control de constitucionalidad va a desnaturalizar

totalmente el sentido de las disposiciones normativas, así estaría contradiciendo la competencia del legislador.

En sentido, aun cuando a través de estas interpretaciones se busque la permanencia de las normas y se busque crear un ambiente de seguridad jurídica, en la medida, la interpretación de los magistrados constitucionales para emitir las sentencias interpretativas o manipulativas se tiene que limitar a la razonabilidad surgida del propio texto normativo, que es el criterio más objetivo, de ahí se debe comprender la norma, inferir la razón de la Ley y, claro está, teniendo siempre en cuenta una interpretación conforme a la Constitución y los principios y valores jurídicos que la subyacen.

CONCLUSIONES

1. Se ha contrastado la hipótesis planteada acerca de la imposibilidad que tiene el Tribunal de sobrepasar los límites impuestos por el propio constituyente tanto en la constitución formal como en la constitución material; así como, a causa del respeto estricto del principio del equilibrio del poder que implica autonomía funcional rígida.
2. La auto habilitación del Tribunal Constitucional para emitir sentencias interpretativas o manipulativas con efecto aditivo o sustitutivo vulnera el principio de equilibrio del poder, que sugiere una autonomía original de los organismos del poder constituido, limitada únicamente por la necesidad de establecer pesos y contrapesos en los casos expresamente considerados necesarios por el constituyente.
3. La jerarquía del Tribunal Constitucional no es mayor que la jerarquía de los demás organismos constitucionales autónomos, puesto que la supremacía le corresponde a la constitución formal y material, mismas que se establecen como un límite a la actuación Tribunal Constitucional y no pueden ser tomadas como fundamento para justificar su tiranía.
4. No puede existir jerarquización de los organismos del poder constituido puesto que cada una de las funciones que se les han encomendado son el producto de la soberanía popular que se constituye en su límite y exige el respeto del principio de equilibrio del poder en la organización del Estado Constitucional.

5. Únicamente puede admitirse la emisión de sentencias interpretativas o manipulativas que definan los contenidos legales que se encuentran acordes con la constitución material y formal; no así, sentencias interpretativas con efecto aditivo o sustitutivo debido a que afectan las competencias del organismo constitucional autónomos con función legislativa – Poder legislativo.

RECOMENDACIONES

1. Al órgano u organismo que ejerce la función de representación, ligada con la función legislativa – Poder legislativo, a fin de que emita sendas exigencias al Tribunal Constitucional recordándoles los límites que constitucionalmente se le han fijado y evite sobrepasarlos con la emisión de sentencias interpretativas aditivas o sustitutivas.
2. Al Tribunal Constitucional con la finalidad de que se muestre respetuoso y prudente respecto de los límites y alcances de su potestad de interpretación de la constitución; misma que debe ser ejercida de conformidad con el principio de equilibrio de poder y con las prescripciones mismas de la Constitución.

LISTA DE REFERENCIAS

- Acuña Chávez, A. (2014). *Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: PUCP.
- Aldana Rojas, J., & Guarín Ramírez, É. A. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Vlcl / Vol. 11, N.º 1*, 59-82.
- Aldana Rojas, J., & Guarín Ramírez, É. A. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Vlcl / Vol. 11, N.º 1*, 59-82.
- Aristóteles. (2021). *Ética a Nicómaco*. En C. Akram, *Colección de Oro. Aristóteles. Obras inmortales* (págs. 292-553). Barcelona: Plutón Ediciones X, S.L.
- Aristóteles. (2021). *Política*. En C. Akram, *Colección de Oro. Aristóteles. Obras inmortales* (págs. 556-789). Barcelona: Ediciones Plutón X, S.L.
- Barberis, M. (2015). ¿Existe el Neoconstitucionalismo? En J. L. Fabra Zamora, & L. García Jaramillo, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (págs. 455-478). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bardazano, G. (2015). *La relación entre derecho y moral en el positivismo jurídico de Joseph Raz*. Montevideo: Universidad de la República de Uruguay.

- Bechara Llanos, A. Z. (2011). Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales en Robert Alexy. *Saber, Ciencia y Libertad*, 63-76.
- Bernal Pulido, C. (2015). Derechos Fundamentales. En J. L. Fabra Zamora, & V. Rodríguez Blanco, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen II* (págs. 1571-1594). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Berríos Llanco, E. (2017). *Teoría de la Constitución*. Lima: Universidad de San Martín de Porres y EUCIM.
- Carpio Marcos, E. (2017). *Sieyes, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales*. Lima: UIGV.
- Carpizo, J. (2009). El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 21-67.
- Carzolio, M. I., Pereyra, O. V., & Bubello, J. P. (2017). *El Antiguo Régimen: Sociedad, política, religión y cultura en la Edad Moderna*. La Plata: EDULP. (Libros de cátedra. Sociales).
- Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional peruano 3 de enero de 2003).
- Coleman, J. (1982). Negative and Positive Positivism. *The Journal of Legal Studies*, 139-164.
- Coleman, J. (2001). *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico. *Isonomía*, 89-112.

- Díaz Revorio, F. (2001). *Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, Especial de las Sentencias aditivas*. Valladolid: Lex Nova.
- Eguiguren Praeli, F. J. (2008). Las sentencias interpretativas o "manipulativas" y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano. En A. Zaldívar Lelo de Larrea, & E. Ferrer Mac-Gregor, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (págs. 321-345). México: Marcial Pons.
- Etcheverry, J. B. (2012). El ocaso de positivismo jurídico incluyente. *Persona y Derecho/vol.67*, 411-447.
- Eto Cruz, G. (1 de octubre de 2020). *lpderecho.pe*. Obtenido de El primer centenario de los Tribunales Constitucionales en el mundo: <https://lpderecho.pe/primer-centenario-tribunales-constitucionales-mundo/>
- Fernández Segado, F. (s.f.). El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: cronica de un fracaso anunciado. *Pensamiento constitucional*, 401-443.
- Flórez, G. C. (2015). De la sociedad feudal a la genesis del Estado Moderno en Europa Occidental. *Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales*, 113-122.
- García - Pelayo, M. (2014). El "status" del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15-37.
- García Figueroa, A. J. (1998). *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid:

CEPC.

- García Figueroa, A. J. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Palacios, O. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Managua : UNAN-León .
- Groppi, T. (2002). ¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? *Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 69-83.
- Guastini, R. (2006). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación. *Análisis Filosófico XXVI*, 277-293.
- Guastini, R. (2011). A proposito del neoconstitucionalismo. *Gaceta Constitucional*, 231-240.
- Heller, H. (2017). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hernández Valle, R. (2017). La Corte Constitucional Italiana. *Revista Judicial. Costa Rica. N° 120*, 27-42.
- Hobbes, T. (2018). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landa Arroyo, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra.
- Landa Arroyo, C. (2015). Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. *ius et veritas* 32, 249-262.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

- López Guerra, L. (1981). *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Maiz, R. (1991). Estado Constitucional y Gobierno Representativo en E. J. Sieyès. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 72, 45-88.
- Máiz, R. (2007). *Nación y revolución: la teoría política de Emanuel Sieyès*. Madrid: Tecnos.
- Medina Núñez, I. (05 de septiembre de 2022). *Los autores en Filosofía Política*. Obtenido de En el libro de Strauss y Cropsey: Historia de la Filosofía Política:
<https://www.angelfire.com/folk/latinamerica/CienciaPolitica/Autores.html>
- Monroy Cabra, M. G. (2004). Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 15-37.
- Montesquieu. (2018). *El espíritu de las leyes*. México: Partido de la Revolución Democrática.
- Núñez Leiva, I. (2015). Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 187-202.
- Oelsner, K. E. (2021). *Un relato de la vida de Sieyès. Miembro de la Primera Asamblea Nacional y de la Convención*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Pizzorusso, A. (1979). *Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Platón. (2019). *La República o el Estado*. Madrid: Mestas Ediciones, S.L.

- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 339-356.
- Prieto Sanchís, L. (2007A). *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2007B). El constitucionalismo de los derechos. En M. Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo* (págs. 213-236). México: Trotta-UNAM.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Robles Moreno, C. (25 de enero de 2014). *Blog de Martha Pebe*. Obtenido de Los Límites al Tribunal Constitucional y peruano:
<http://blog.pucp.edu.p/item/19858/los-limites-al-tribunal-constitucional-peruano>
- Rosas Alcántara, J. (2015). *El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus conceptos claves. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica S.A .
- Rousseau, J.-J. (2012). *El Contrato Social*. Madrid - México - Buenos Aires - San Juan - Santiago - Miami: Edaf.
- Rubio Llorente, F. (1979). La Constitución como fuente del Derecho. En D. G. Estado, *La Constitución española y las fuentes del Derecho* (págs. 49-74). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Ruiz Miguel, A. (1997). Derecho y punto de vista moral. *Anuario de Filosofía del Derecho XIV*, 571-597.
- Sanz Díaz, B. (2011). *Historia del Pensamiento Político Moderno*. Valencia: Universitat de València.

- Sieyès, E.-J. (2019). *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Biblioteca Omegalfa.
- Tafur Marquez, M. O. (2019). *Límites a las competencias del Tribunal Constitucional como organismo controlador del orden constitucional*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Tajadura Tejada, J. (2014). El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès. Un precedente de la Justicia Constitucional en Europa. *Revista peruana de Derecho Constitucional*, 217-251.
- Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. (7 de septiembre de 2022). *Introducción a la investigación*. Obtenido de Unidad 2. La investigación científica:
https://virtual.uptc.edu.co/ova/cursos/introInv/Unidad_2/pdf.pdf
- Vecina Sifuentes, J. (1993). Las "sentencias aditivas" del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador. *Justicia*, 482.
- Vita, L. (2017). ¿Quién debe ser el guardian de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932. *Lecciones y Ensayos*, Nro. 99, 131-166.
- Voluntad confirmatoria del legislador, 2 BvL 11/59, 11/60 (Tribunal Constitucional Feral de Alemania mayo de 17 de 1960).
- Waluchow, W. (2000). Authority and the Practical Difference Thesis: A Defence of Inclusive Legal Positivism. *Legal Theory*, 6, 45-81.
- Waluchow, W. J. (2003). *Inclusive Legal Positivism*. New Yorck: Clarendon Press Oxford.
- Waluchow, W. J. (2007). *Positivism Jurídico Incluyente*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Zagrebelsky, G. (2008). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.