

Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró improcedente la demanda contra la Constitución de 1993

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS*

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas

I. ANTECEDENTES

La Constitución de 1993 se origina en un golpe de Estado y fue creada con el objetivo central de institucionalizar el proceso autoritario en marcha. Es un texto espurio, que por su origen no debe mantenerse en su integridad. Si bien hay aspectos positivos, también existen zonas de penumbra: desequilibrios en las competencias de los órganos del Estado, deficiente tratamiento del Derecho de los Tratados, excesos en el régimen económico y deficiencias en las formas en que se relacionan los poderes del Estado¹.

Por eso, desde que se constituyó en noviembre del 2000, el Gobierno Transitorio de Valentín Paniagua tuvo entre sus principales objetivos sentar las bases para la reforma constitucional, por lo que se creó la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional², a fin de proponer las normas constitucionales que podrían ser reformadas y el procedimiento para llevar a cabo estos cambios.

Finalizado su trabajo, la Comisión propuso tres alternativas para la reforma constitucional:

* Con la colaboración de Cecilia Beltrán Varillas, adjunto de docencia en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y asistente de investigación de la Comisión Andina de Juristas.

1. Ver: Bernaldes Ballesteros, Enrique (con la Colaboración de Raúl Mendoza Cánepa). Para que la Constitución Viva. Lima: Editorial San Marcos, 2004. p. 93-99.
2. Esta comisión se creó mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS del 26 de mayo del 2001. Estuvo constituida por especialistas y expertos de reconocida trayectoria profesional y académica.

i) Que el Congreso de la República, de ser posible en el mes de agosto de 2001, declare la nulidad de la Constitución de 1993 y la vigencia de la Carta de 1979.

ii) Utilizar los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total, que sea aprobada en dos sucesivas legislaturas ordinarias o en una, y que tenga su ulterior ratificación en un referéndum.

iii) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si se aprueba una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

El Congreso, que había recibido estas propuestas, decidió que se procediera a la reforma total de la Constitución de 1993, para lo cual se aprobó la Ley 27600³, que establece en su artículo 2 que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de 1979; el texto aprobado sería sometido a referéndum.

Los cuestionamientos a este proceso no se hicieron esperar, tal es así que el Colegio de Abogados del Cusco presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 27600. A juicio de los demandantes, el Congreso se estaba arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de reforma total, pretendía estatuirse una nueva Constitución. Asimismo, señalaron que la actual Carta Política no había conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado.

En su sentencia, el Tribunal consideró que con la aprobación de la Ley 27600 el Congreso recogía el clamor de la población por desvincularse de la Constitución de 1993 debido a su origen espurio y trataba de iniciar el proceso de apartamiento de la actual Carta Política, por lo que esta norma incluye el término «reforma total» de la Constitución de 1993. En consecuencia declaró infundada la demanda⁴.

Después de esta sentencia, el Congreso continuó el debate en el pleno sobre la reforma constitucional hasta el 23 de abril del 2003, fecha en la cual

3. Esta norma fue publicada en el diario oficial «El Peruano» el 16 de diciembre del 2001.

4. Sentencia del expediente 014-2002-AI/TC, publicada el 25 de enero de 2003.

se presentó una cuestión previa por el congresista Hildebranto Tapia en el sentido de suspender el debate constitucional hasta el 5 de mayo del 2003, la que finalmente fue aprobada⁵.

Es en ese contexto que más de cinco mil ciudadanos presentaron un demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993, que los demandantes denominan «documento de 1993», sustentándose en los siguientes argumentos:

- La Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, pues fue elaborada por el denominado Congreso Constituyente Democrático, elegido en un proceso sin transparencia, y manipulado por el gobierno de facto, con el objeto de lograr la legitimación del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y revestirse de legalidad; y además, porque fue ratificado en un referéndum de dudoso resultado.

- La Constitución de 1993, además de carecer de legitimidad de origen, no fue legitimada en su ejercicio, ya que no tuvo vigencia real, ni tenía voluntad de Constitución, ni sirvió para distribuir el poder o limitar su ejercicio, y tampoco garantizó el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre esta demanda, analizó la legitimidad y validez de la Constitución de 1993, para concluir que no existe un parámetro de control de su constitucionalidad, y que tampoco es una norma susceptible de control constitucional⁶. A pesar de declarar improcedente la demanda contra la Constitución de 1993 consideramos importante referirnos a algunos aspectos de esta sentencia.

II. ASPECTOS PROCESALES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La Constitución como objeto de control constitucional

De acuerdo al artículo 200 inciso 4 de la Constitución, la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. Sobre este tema se puede revisar: Ojo ciudadano en el Congreso. Lima: Consorcio Sociedad Democrática, 2003. N° 2, p. 64-66.

6. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, publicada el 19 de diciembre del 2003.

Sobre este tema, cabe preguntarnos si estas normas son las únicas que pueden ser cuestionadas en un proceso de inconstitucionalidad, y si no es así, es decir si sólo es una lista enunciativa, realizarnos otra pregunta: sí se puede cuestionar la Constitución a través de un proceso de inconstitucionalidad.

Respecto al primer punto, el Tribunal ha señalado que las normas comprendidas en el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución «sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad»⁷. En razón de ello, el Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de normas que no se encuentran expresamente señalados en este artículo constitucional, como los decretos leyes y las leyes de reforma constitucional.

- En relación a los Decretos Leyes, el Tribunal ha señalado que estos constituyen «un fenómeno *sui géneris*, ya que son producto de la violación de las normas sobre producción jurídica señalada en la Constitución; y mantienen relación con la vida jurídica sólo por (la teoría de la continuidad)», asimismo, «deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras normas del mismo valor y rango; y por ende, sujetos al control de la constitucionalidad»⁸. En ese sentido, el Tribunal es competente para conocer demandas de inconstitucionalidad contra decretos leyes, en su condición de órgano de control constitucional.

- En relación a las leyes de reforma constitucional, el Tribunal ha señalado que «si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado»⁹. Esta interpretación permite que el Tribunal pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 27600, que determina el proceso a seguir para la reforma de la Constitución de 1993.

Si bien el Tribunal ha interpretado que puede conocer demandas de inconstitucionalidad contra normas no previstas en el artículo 200 inciso 4 de

7. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero del 2003, fundamento 21.
8. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 19.
9. Sentencia del expediente 014-2002-AI/TC, fundamento 35.

la Constitución, por ser ésta una lista enunciativa, es preciso analizar si puede conocer una demanda contra el propio texto constitucional. Al parecer, desde el momento en que se declara admisible la demanda presentada por más de cinco mil ciudadanos, el Tribunal se considera competente para conocer este caso.

El Tribunal se encarga de resolver esta pregunta cuando cuestiona que la demanda se presente contra el «documento de 1993», término que pretende desconocer el carácter normativo del texto constitucional. El Tribunal aclara que «los documentos por muy generales que puedan ser sus disposiciones, y el grado de aceptación o no que puedan tener, no son susceptibles de ser impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad. Mediante este proceso sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, esto es, fuentes formales del derecho»¹⁰. En consecuencia, si se trata de un documento la demanda no prosperaría.

Es por ello que los demandantes, durante la audiencia pública de este proceso, alegaron que se trataba de un documento con fuerza de ley con el objeto que el Tribunal pueda pronunciarse sobre su constitucionalidad. El Tribunal, sin embargo, advierte que de aceptarse este argumento, es decir, considerar a la Constitución de 1993 como una norma objeto de control constitucional, se producirían las siguientes paradojas:

- «- Declarar la inconstitucionalidad del texto que crea y establece las pautas fundamentales para la estructura, organización y funcionamiento del Estado peruano.
- Declarar la inconstitucionalidad del texto que regula el proceso de inconstitucionalidad.
- Evaluar la constitucionalidad del denominado «documento» a partir de un parámetro o criterio no objetivable.
- Según sea el caso: a) que el objeto de control, es decir, el «documento de 1993» y el parámetro de ese control, terminen identificándose; b) que el Tribunal Constitucional juzgue la validez del «documento de 1993» conforme a la Constitución de 1979, que no sólo no está vigente, sino que incluso no preveía a este Tribunal Constitucional de la manera en que actualmente se encuentra establecido y operando»¹¹.

Por lo mencionado líneas arriba el Tribunal declaró improcedente la demanda, sin embargo, en un voto singular de la sentencia existe un pronuncia-

10. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 25.

11. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 26.

miento a favor de la nulidad de todo lo actuado, incluyendo el auto admisorio y que se disponga el archivamiento de la causa. Se trata de la opinión del Magistrado Aguirre Roca, en el cual señala que el artículo 200 inciso 4 de la Constitución sólo permite el trámite «vía acción de inconstitucionalidad, de las demandas que impugnen normas *que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*; y siendo evidente que la misma Constitución de 1993 no es una norma que se contravenga a sí misma, ni en la forma ni en el fondo, es obvio que ella no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad ante un Tribunal nacida de ella y reglamentado ilimitado por ella misma, como lo es éste».

De lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que no era posible jurídicamente presentar una demanda de inconstitucionalidad contra el texto de la Constitución de 1993, pues no es una norma que pueda ser objeto de control constitucional, y porque no existe un parámetro para evaluar su constitucionalidad.

Sin embargo, este caso nos demuestra las dificultades de aplicar mecanismos para cuestionar jurídicamente una Constitución que carece de legitimidad de origen, pues «el proceso para elegir a los miembros del denominado Congreso Constituyente Democrático, los debates en su seno y hasta el propio referéndum, carecieron de las libertades y garantías mínimas para dotar de legitimidad de origen a la Constitución de 1993»¹². En tal sentido, si bien no se puede cuestionar jurídicamente el texto constitucional aprobado se podría pensar en la posibilidad de establecer mecanismos de control de constitucionalidad del proceso de reforma constitucional. Sin embargo, en el caso peruano, como menciona HUERTA «si se llevase a cabo un procedimiento de reforma constitucional sin respetarse el procedimiento previsto en el artículo 206° de la Constitución, no habría posibilidad de cuestionar el referido proyecto»¹³.

En el derecho comparado, como en las constituciones de Bolivia¹⁴, Chile¹⁵ y Colombia¹⁶, se admite la posibilidad que los Tribunales Constitucionales

12. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 8.

13. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. El Tribunal Constitucional del Perú (apuntes para una reforma de sus competencias), página 212. En: Las Tareas de la Transición Democrática. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2001. p. 185 - 216.

14. Según el artículo 120 inciso 10 de la Constitución de Bolivia, corresponde al Tribunal Constitucional conocer y resolver «las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución».

15. Según el artículo 82 inciso 2 de la Constitución de Chile, corresponde al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional.

16. Según el artículo 241 inciso 1 de la Constitución de Colombia, corresponde a la Corte Constitucional «decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan

puedan revisar previamente, al menos por el procedimiento, los proyectos de reforma constitucional.

Esta alternativa que nos ofrece el derecho comparado puede ser una garantía para que se pueda revisar el procedimiento de reforma constitucional cuando no se cumplan con los requisitos formales previstos en el ordenamiento jurídico, aunque ello implicaría que se establezca excepcionalmente para estos casos el control previo de constitucionalidad, que a juicio del Tribunal *no tiene cabida en nuestro medio*¹⁷, salvo que se establezca una reforma constitucional parcial sobre este tema.

2. Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional

Uno de los petitorios de la demanda contra la Constitución de 1993 consistía en declarar su nulidad con la finalidad que se ordene la vigencia de la Constitución de 1979. Esto nos lleva al tema de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

Es por ello que nos permitimos recordar dos aspectos sobre los efectos de las sentencias que declaran inconstitucional una norma: a) los efectos a futuro de las sentencias de inconstitucionalidad, y b) sus implicancias respecto a las normas que hubiera derogado la norma declarada inconstitucional.

La Constitución de 1993 señala en su artículo 204 que «no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal». Asimismo, el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que estas sentencias producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

En consecuencia, las sentencias del Tribunal no tienen efectos retroactivos sino hacia el futuro (*ex nunc*). Sin embargo, LANDA nos recuerda que se puede plantear excepcionalmente la retroactividad de las sentencias del Tribunal¹⁸. Así, el artículo 103 de la Constitución establece la retroactividad benigna en materia penal, en consecuencia se podría plantear que si la sentencia del Tribunal resulta ser más favorable al reo ésta se podría aplicar retroactivamente.

los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación».

17. Sentencia del expediente 0021-2003-AI/TC, publicada el 26 de junio del 2004, fundamento 4.
18. LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra, 2003, Segunda edición, p. 174- 176.

De otro lado, el Tribunal también podría declarar que su sentencia tiene efectos retroactivos en el supuesto de que sea declarada inconstitucional una norma que afecte los derechos de los trabajadores considerados irrenunciables.

Asimismo, se puede señalar que en materia tributaria los efectos de las sentencias del Tribunal tienen efectos retroactivos. Según el último párrafo del artículo 74 de la Constitución «no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación del principio de reserva de ley, de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona». En consecuencia, si el Tribunal declara inconstitucional una norma tributaria por afectar los principios mencionados, sus efectos tendrían que ser retroactivos. Esto asimismo se establece en el primer párrafo del artículo 40 de la ley orgánica del Tribunal, según el cual «las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución».

A pesar de las excepciones que se puedan establecer a los efectos de las sentencias que declaran inconstitucional una norma, ello no puede implicar, en el caso hipotético que se hubiese declarado inconstitucional la Carta de 1993, que la Constitución de 1979 recobre vigencia, pues además hay que tener en cuenta que el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que «por la declaración de inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado».

De otro lado, hay que señalar que si bien el Tribunal ha aceptado que se pueda aplicar ultraactivamente el artículo 307 de la constitución de 1979, de ello no se puede desprender la vigencia de todo el anterior texto constitucional. El Tribunal ha señalado que no puede confundirse «la aplicación ultraactiva de una determinada disposición constitucional, que es una cuestión que tiene que ver con su aplicabilidad, con el reconocimiento de la vigencia de la Constitución de 1979 (...)»¹⁹.

Incluso esto último es debatible, pues si bien la Constitución de 1979 establecía en su artículo 307 que no perdía su vigencia por actos que contravengan a este texto, debemos considerar que con el referéndum realizado el 31 de octubre de 1993 se aprobó una nueva constitución que establece los principios y derechos aplicables a todas las personas, y cuyas normas son de

19. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 19.

cumplimiento obligatorio hacia todos los órganos del Estado. Debemos entender que fue este referéndum el que otorgó legitimidad a la Constitución de 1993, al ser la expresión del poder constituyente. A pesar de que se pueda cuestionar dicho proceso la respuesta mayoritaria fue a favor de su aprobación²⁰.

Asimismo, el artículo 103 de la Constitución de 1993 establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo. En consecuencia, en la Constitución que nos rige, el principio de irretroactividad es el que debe ser aplicable, salvo excepciones previstas en la Primera Disposición Final y Transitoria, que reconoce la teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones.

En ese sentido, concordamos con WIELAND cuando señala que «la Constitución de 1993, actualmente en vigor, no fue el producto de una revisión ni total ni parcial de la Constitución de 1979 sino, más bien, de un proceso constituyente caracterizado por tres momentos: la elección del Congreso Constituyente Democrático, la redacción y aprobación del proyecto de Constitución en el seno de dicho Congreso, y la ratificación final por el pueblo mediante referéndum. Por consiguiente, no existe vínculo formal alguno entre ambas normas fundamentales y *el artículo 307º de la Carta de 1979 carece de valor jurídico para fundamentar la supuesta «inconstitucionalidad» de la Constitución actual*»²¹. —subrayado nuestro—

Finalmente, la Decimosexta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 aclara la duda sobre la vigencia de la Constitución anterior al señalar que «promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979».

III. EXHORTACIONES INSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la sentencia sobre la Constitución de 1993, el Tribunal se pronuncia sobre aspectos que constituyen una interesante posición institucional respecto a determinados temas.

20. Los resultados del referéndum sobre la aprobación de la Constitución de 1993, según cifras oficiales del Jurado Nacional de Elecciones, fueron los siguientes: Sí: 3, 895, 763 y No: 3, 548, 334. Estas cifras fueron publicados en el diario oficial «El Peruano» el 26 de agosto de 1994.

21. WIELAND CONROY, Hubert. La Constitución de 1993 ante el Tribunal Constitucional: Las paradojas de la admisibilidad de una demanda improcedente (abril del 2004), publicado en el sitio web de la Comisión Andina de Juristas (sección jurisprudencia constitucional).

Para justificar su actuación, el Tribunal considera que en los procesos de inconstitucionalidad «no sólo ejerce una función de valoración, es decir, de análisis de compatibilidad entre dos normas de distinta jerarquía (Constitución y norma de rango legal), sino también una función ordenadora y pacificadora, esto es, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias»²².

1. Aplicación del artículo 307 de la Constitución de 1979 contra los golpistas del 5 de abril de 1992

Debemos recordar que el 5 de abril de 1992, el Presidente Alberto Fujimori anunció al país la instauración de un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. En su Mensaje a la Nación, el Presidente autoconvertido en mandatario de facto, formuló duros ataques contra las instituciones democráticas, centrando sus críticas en el Parlamento, el Poder Judicial y los partidos políticos, a los que acusó de manera directa como partícipes de una conjura en contra de su gobierno.

Entre las medidas adoptadas el Presidente Fujimori anunció la disolución del Congreso de la República, la reorganización del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura; la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales y la intervención de la Contraloría General de la República. Dispuso, asimismo, la suspensión temporal de los artículos constitucionales que se oponían a los objetivos de la medida²³.

En la sentencia que estamos analizando el Tribunal se pronunció sobre la aplicación del artículo 307 de la Constitución de 1979, el cual establecía sanciones que pueden ser aplicables a las personas que perpetraron el golpe del 5 de abril de 1992. De acuerdo a esta disposición:

«Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

22. Sentencia del expediente 0021-2003-AI/TC, fundamento 2.

23. Ver al respecto: BERNALES BALLESTEROS, Enrique (con la colaboración de Alberto Otárola). *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. Lima: Constitución y Sociedad, 1999. p. 83- 91.

Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se les haya causado».

Sobre este tema, el Tribunal considera que «si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307 de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país»²⁴.

Respecto a lo mencionado por el Tribunal cabe preguntarse si ello tiene algún efecto vinculante. El artículo 35 de su Ley Orgánica señala que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos. Sin embargo, no queda claro si toda la sentencia del Tribunal es vinculante o sólo su parte resolutive en la que se pronuncia sobre si una norma es compatible con la Constitución.

En el derecho comparado, como en el caso de Colombia, se establece que sólo la parte resolutive de la sentencia tiene carácter vinculante. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia (Ley 270 de 1996) señala en el artículo 48 lo siguiente:

«Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, y sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, *sólo serán*

24. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 18. El Tribunal también se ha pronunciado sobre este tema en las siguientes decisiones: Sentencia del expediente 010-2001-AI/TC, fundamento 3 y en la sentencia del expediente 014- 2002- AI/TC, fundamento 52.

de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general». -subrayado nuestro-.

Si bien la ley Orgánica del Tribunal Constitucional no tiene una disposición similar a la ley colombiana, se puede concluir que lo vinculante de las sentencias del Tribunal es la parte resolutive de sus decisiones, pues cuando el Tribunal ha querido que sus fundamentos tengan carácter vinculante los incorpora en la parte resolutive de su sentencia.

En consecuencia, en la sentencia que analizamos el Tribunal sólo emite un pronunciamiento sobre la aplicación del artículo 307 de la Constitución de 1979, que si bien podrá considerarse que carece de fuerza jurídica obligatoria, podría ser tomada en consideración por el Congreso o el Ministerio Público.

2. Sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional

Tradicionalmente, las sentencias de los Tribunales Constitucionales sobre demandas de inconstitucionalidad sólo se pronunciaban sobre la compatibilidad de la norma impugnada con el texto constitucional. Actualmente, diversos Tribunales están optando por otro tipo de sentencias, denominadas interpretativas, en las cuales se dictan pautas de cómo interpretar una norma para que ésta sea compatible con la Constitución sin expulsarla del ordenamiento jurídico.

La justificación de utilizar este tipo de sentencias radica en que los Tribunales pretenden evitar vacíos y lagunas al declarar inconstitucional una norma. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el uso de ese tipo de sentencias radica en el principio de la 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(...)»²⁵.

En ese sentido, el rol tradicional del Tribunal Constitucional de ser sólo legislador negativo ha variado, siendo importante que en el uso de este nuevo tipo de decisiones no se produzca alguna intromisión en las atribuciones del Poder Legislativo.

El Tribunal Constitucional peruano actualmente está emitiendo sentencias interpretativas, una de las cuales es conocida como exhortativa y se aplica cuando resulta perjudicial declarar inconstitucional una norma, por lo que

25. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 35.

sólo se le declara incompatible con la Constitución y se exhorta al Congreso para que realice las modificaciones señaladas por este órgano²⁶.

En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, estas sentencias exhortativas «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)»²⁷.

El Tribunal Constitucional ha adoptado diversas sentencias exhortativas en procesos de inconstitucionalidad, a modo de ejemplo podemos citar la decisión de este órgano sobre la norma que establecía la pena de cadena perpetua, en la cual señaló que «sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias»²⁸. En tal sentido, el Tribunal exhortó al Congreso de la República a dictar en un plazo razonable una norma sobre la cadena perpetua que fije parámetros de esta pena a fin de que no sea atemporal. Como sabemos, después de esta decisión se expidió el Decreto Legislativo 921, el cual estableció un procedimiento de revisión de la pena cuando el condenado haya cumplido 35 años de prisión²⁹.

Debemos advertir que el Tribunal está haciendo un uso frecuente de las sentencias exhortativas no necesariamente para declarar incompatible una norma con la Constitución sino para que el legislador regule determinadas normas, que incluso no habían sido cuestionadas originariamente en la de-

26. Respecto a las sentencias interpretativas se pueden revisar: DÍAZ REVORIO, F. Javier. *La Interpretación Constitucional de la Ley* (las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional). Lima: Palestra, 2003, 445 p.; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional*. En *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA editores, 2002; y HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*. En: *Revista Jurídica del Perú. Normas Legales*, 2003. N° 52, p. 35- 61.

27. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 32.

28. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 137.

29. Una crítica a las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional se puede revisar en el siguiente texto: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?*. En: *Revista Jurídica del Perú. Normas Legales*, 2004. N° 55, p.79- 88.

manda de inconstitucionalidad, o para que adopte determinadas medidas, como se puede apreciar en los siguientes casos:

- En la sentencia de inconstitucionalidad sobre el artículo 89 inciso j del Reglamento del Congreso de la República, el Tribunal exhortó a este órgano para que reglamente el número de votos para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral. En tal sentido, exhortó a este poder «a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, (...) debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso»³⁰. Como podemos apreciar, en este caso, el Tribunal no realiza un análisis sobre la compatibilidad de una norma con la Constitución, ya que no existe una disposición que regule el número de votos para declarar la incapacidad moral del Presidente de la República, lo que hace es exhortar al Congreso para que legisle sobre este tema a efectos de evitar aplicaciones irrazonables de este artículo constitucional.

- En la sentencia de inconstitucionalidad sobre normas que establecen el procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado, el Tribunal recomendó la creación de un registro de la deuda pública interna, así como la adopción de otras medidas que permitan contar con una política estatal destinada al pago de la deuda interna. Para este órgano constitucional resulta «imperativo e inexcusable que se abra un registro de tal deuda, en el que conste el origen, la preferencia legal para la amortización y el pago, así como todos los otros datos que permitan conocer con claridad las obligaciones asumidas por el Tesoro Público»³¹. El Tribunal, sin necesidad de señalar que una norma sea incompatible con la Constitución, realiza recomendaciones para que el Estado adopte una política sobre el pago de la deuda interna.

Ambos casos nos demuestran que el Tribunal está exhortando al Congreso o al Ejecutivo para que adopte determinadas medidas sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de alguna norma, ampliándose los alcances de las sentencias exhortativas.

En la sentencia sobre la demanda contra la Constitución de 1993, el Tribunal exhortó al Congreso para que adopte alguna de las tres propuestas

30. Sentencia del expediente 006-2003-AI/TC, publicada el 5 de diciembre del 2003, fundamento 26.

31. Sentencia de los expedientes 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, publicada el 1 de febrero del 2004, fundamento 67.

de la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional para resolver la abrogación de la Constitución de 1979, y señaló que «el hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, sin embargo, no resuelve el problema de fondo que, a nuestro modo de ver, consistiría en los justos reparos morales que el oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es, pues, inevitable que en el corto plazo y desde una perspectiva estrictamente política, se resuelva su destino, bajo riesgo de seguirse socavando nuestra aún precaria institucionalidad».

En este sentido, el Tribunal invoca al Congreso «para que adopte las medidas políticas y legislativas concretas tendientes a lograr dicho fin, y lo exhorta para que, con anterioridad al vencimiento del mandato representativo de los actuales congresistas, opte por alguna de las posiciones planteadas o la que, en ejercicio de sus atribuciones, considere conveniente al interés de la Nación».

En esta sentencia, nuestro Tribunal no está declarando incompatible una norma con la Constitución a efectos de interpretarla para no expulsarla del ordenamiento jurídico, como es el fin de las sentencias exhortativas, pues lo que hace es exhortar al Poder Legislativo para que adopte una medida de carácter política, consistente en resolver la legitimidad de la Constitución de 1993 a efectos de asegurar la transición democrática del país.

Nos preguntamos si el Congreso debería seguir las pautas de esta sentencia, puesto que de su contenido no se desprende algún mandato imperativo al legislador, salvo una recomendación de parte de un organismo constitucional considerado el supremo intérprete de la Constitución.

V. REFLEXIONES FINALES

La presentación de una demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993 no hace más que manifestar los cuestionamientos a su origen, modelo y contenido. Es por ello que es vital avanzar en una reforma constitucional que supere las graves deficiencias y limitaciones de la Constitución de 1993.

En el Mensaje a la Nación último del Presidente de la República, Alejandro Toledo, se insta a retomar la discusión sobre la vía para llevar a cabo esta ansiada reforma constitucional para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática del Perú. Para ello planteó tres alternativas: a) la reforma de la Constitución por el actual Congreso en las dos próximas legislaturas, conforme lo previsto en su artículo 206º, b) entregar competencias constituyentes por espacio de seis meses al próximo Parlamento, el mismo que iniciará sus funciones en julio del 2006; y c) convocatoria a una Asamblea Constituyente.

A nuestro parecer, de estas tres alternativas la viable por razones jurídicas y políticas es la reforma de la Constitución por el actual Congreso: el debate se retomaría a partir de lo avanzado hasta antes de la suspensión, es menos costoso en términos temporales y económicos y concluir la reforma a través de los canales del artículo 206 de la Constitución asegura una menor incertidumbre, favoreciendo un ambiente de estabilidad tanto en lo político como en lo económico.

En ese sentido, algunos temas a ser considerados de discusión prioritaria en el marco del proceso de reforma serían los siguientes: separación constitucional de las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, prohibición absoluta de la reelección presidencial, Congreso bicameral con funciones diferenciadas y establecimiento del dominio de la ley por la Constitución para la competencia legislativa del Parlamento, Congreso elegido en segunda vuelta electoral, eliminación del voto preferencial, establecimiento de elecciones primarias en los partidos políticos y limitación de la reelección parlamentaria a dos periodos, ya sean consecutivos o alternos, la renovación del Congreso por tercios o por mitades, entre otras reformas.

Es preciso advertir que si bien queda clara la urgente necesidad de proceder a culminar el proceso de reforma constitucional para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, no es menos cierto que la gran mayoría de los ciudadanos no percibe la reforma constitucional como una necesidad, y por tanto, como algo imprescindible para el futuro del país. Lamentablemente, y así parecen demostrarlo todas las encuestas de opinión, la reforma constitucional no es un tema crucial para el gran público.

En este escenario, urge que la clase política, especialmente aquella que responde a las agrupaciones políticas con representación parlamentaria, emprenda una campaña de persuasión orientada hacia la ciudadanía con el fin de convencerla de la legitimidad e importancia de proceder a una reforma constitucional que fortalezca la democracia y sienta bases más sólidas para el gobierno que se elija en el 2006, cualquiera que este sea.

Lima, agosto del 2004.