



Universidad
Norbert Wiener

Powered by **Arizona State University**®

CONFERENCIA MAGISTRAL

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
Y EL ROL DE LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES**

Ponencia presentada en el aniversario de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la
Universidad Norbert Wiener (agosto, 2023)

Dr. César Ochoa Cardich
Magistrado del Tribunal Constitucional

EDITORES: Delia Muñoz Muñoz y Jaime Agustín Sánchez Ortega

Facultad de
Derecho y Ciencia Política

Octubre de 2023

Fondo Editorial
Universidad Norbert Wiener

Conferencia magistral

El control de constitucionalidad y el rol de los tribunales constitucionales

Ponencia presentada en el aniversario de la Facultad de Derecho
y Ciencia Política de la Universidad Norbert Wiener (agosto, 2023)

Dr. César Ochoa Cardich
Magistrado del Tribunal Constitucional

Delia Muñoz Muñoz y Jaime Agustín Sánchez Ortega (eds.)



Universidad
Norbert Wiener
Powered by Arizona State University



Conferencia magistral

El control de constitucionalidad y el rol de los tribunales constitucionales

© Editores: Delia Muñoz Muñoz y Jaime Agustín Sánchez Ortega
facultad.derecho@uwiener.edu.pe

© Universidad Privada Norbert Wiener S. A.
Jr. Larrabure y Unanue 110, Urb. Santa Beatriz. Lima, Perú
(01) 706 5555
www.uwiener.edu.pe
fondoeditorial@uwiener.edu.pe

Primera edición digital: octubre de 2023
Depósito Legal N.º: 2023-10333
ISBN: 978-612-49230-5-0
DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.vri-cdcp.0015>

Edición general: Fondo Editorial de la Universidad Privada Norbert Wiener
Diseño de portada: Universidad Privada Norbert Wiener
Cuidado de textos y diagramación de interiores: Juan Carlos Bondy

Citar como:

Muñoz, D. y Sánchez, J. (Eds.). (2023). Conferencia magistral. El control de constitucionalidad y el rol de los tribunales constitucionales. Fondo Editorial de la Universidad Privada Norbert Wiener. <https://doi.org/10.37768/unw.vri-cdcp.0015>

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro sin autorización expresa de la Universidad Privada Norbert Wiener S. A.

Índice

Presentación	6
Sistema estadounidense de jurisdicción constitucional difusa	9
Sistema de control concentrado de constitucionalidad	12
Sistema peruano de control dual de la constitucionalidad	13
La interpretación de la Constitución y las sentencias interpretativas	15
Colofón	17
Referencias bibliográficas	18

Mi agradecimiento a las autoridades de la Universidad Norbert Wiener por haberme convocado a este acto académico, en especial a mi amiga la destacada jurista Delia Muñoz Muñoz, decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política.

DR. CÉSAR OCHOA CARDICH

Presentación

Tener una larga amistad personal con el hoy magistrado constitucional César Ochoa Cardich es un privilegio, sobre todo cuando a ella se une el factor intelectual. El reto intelectual abre la ruta para el debate, el intercambio de ideas teóricas, la reflexión, y de este modo crece el respeto por el amigo en una dimensión diferente, a la par que se disfruta de las largas charlas para sustentar las opiniones jurídicas.

Este largo proceso amical tuvo un hito con la conferencia magistral sobre el control de constitucionalidad y el rol de los tribunales constitucionales, que expuso ante alumnos y abogados graduados de la Escuela de Derecho “Javier Pérez de Cuéllar” de la Universidad Norbert Wiener.

El mensaje esgrimido fue no solo jurídico, sino que mostró el proceso analítico que debe realizar un magistrado constitucional para tomar decisiones ante las complicadas pretensiones que plantean los justiciables y que deben ser resueltas con total responsabilidad, por ser una decisión de cierre.

Así, el abordaje central sobre la interpretación de la Constitución y las sentencias interpretativas nos recuerda que la actividad esencial es la presunción de constitucionalidad de la norma, lo que exige analizar antes de expulsarla del orden jurídico y, si es posible, interpretarla de acuerdo con los preceptos constitucionales.

De esta forma, se evita el vacío normativo que produce la declaratoria de inconstitucionalidad, y se pasa a exponer con gran maestría el polémico proceso de interpretación, que permite contar con sentencias que pueden modular o regenerar la norma.

Los invito a disfrutar de la gran disquisición teórica del magistrado César Ochoa Cardich, a quien expreso mi profundo agradecimiento por compartir con nuestra comunidad académica.

DELIA MUÑOZ MUÑOZ
Decana de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política

El control de constitucionalidad y el rol de los tribunales constitucionales

*Ponencia presentada en el aniversario
de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Norbert Wiener*

DR. CÉSAR OCHOA CARDICH
Magistrado del Tribunal Constitucional

Mi agradecimiento a las autoridades de la Universidad Privada Norbert Wiener por haberme convocado a este acto académico, en especial a mi amiga la destacada jurista Delia Muñoz Muñoz, decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, quien me requirió esta ponencia que he desarrollado en cuatro puntos:

- Sistema estadounidense de jurisdicción constitucional difusa
- Sistema de control concentrado de constitucionalidad
- Sistema peruano de control dual de la constitucionalidad
- La interpretación constitucional y las sentencias interpretativas

Sistema estadounidense de jurisdicción constitucional difusa

Es producto de la creación jurisprudencial de la Corte Suprema de Estados Unidos. El juez declara la inaplicación de la norma en el caso concreto. No se deroga las normas inconstitucionales.

Antecedentes: Caso Bonham (1610)

Sus antecedentes se remontan en el derecho anglosajón en el denominado Caso Bonham en Inglaterra del siglo XVII (1610). El doctor Bonham impugnó la obligación de la colegiatura para ejercer la medicina que imponía el Real Colegio de Médicos de Londres. Esta institución gozaba de facultades regulatorias, sancionadoras y

hasta judiciales. Primero se le impuso una multa, pero como siguió ejerciendo la medicina se le impuso otra multa. Bonham continuó en su conducta y se ordenó su arresto, con base en las facultades otorgadas por el rey y confirmadas por ley del Parlamento.

Bonham promovió una acción judicial ante un tribunal presidido por Sir Edward Coke. Así, el juez Coke declaró que el Real Colegio de Médicos violaba el *common law*. Con esta decisión se cuestionaba la supremacía del Parlamento. El juez Coke, considerando que el Real Colegio Médico de Londres se beneficiaba con la imposición de la multa, la anuló, de acuerdo con el principio del *common law* que afirmaba que *nadie puede ser juez y parte en la misma causa* (Landa, 2006, pp. 468-469).

Para Coke, esta concesión del rey a favor del Real Colegio Médico era un monopolio regio (Rey Martínez, 2007, p. 177). Hoy en el Perú sería quizá una barrera burocrática de acceso al mercado.

Caso Marbury vs. Madison (1803)

El antecedente es el conflicto político entre el saliente presidente Adams (federalista) y el entrante Jefferson (antifederalista). Antes de la transferencia del mando nominó a John Marshall como presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos.

En ese lapso, el Congreso de mayoría federalista aprobó una ley que creaba nuevas cortes judiciales y otra que autorizaba el nombramiento masivo de jueces de paz en el distrito de Columbia.

Cuando Jefferson asumió la presidencia quedaban algunos nombramientos judiciales por notificar, entre ellos el del juez Marbury.

El nuevo presidente Jefferson ordenó a su secretario de Estado, James Madison, detener la notificación de los nombramientos pendientes. Frente a ello, Marbury interpuso un *writ of mandamus* ante la Corte Suprema, con la pretensión de que se ordene hacer efectivo su nombramiento. El *writ of mandamus* es un antecedente a nuestra acción de cumplimiento.

La controversia fue resuelta en instancia originaria por la Corte Suprema asignada por la Ley Judicial de 1789, que regulaba la organización del Poder Judicial de Estados Unidos. Algo similar a nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, surgió el Caso Marbury vs. Madison (Bianchi, 2002, pp. 72-90).

El presidente de la Corte, John Marshall, analizó la competencia del órgano judicial para conocer la controversia. Y se remitió al artículo III, sección 2, de la Constitución de Estados Unidos, referido a la organización del Poder Judicial y que fija las competencias tasadas de la Corte Suprema.

De este modo, Marshall determinó que la ley que asigna competencia para resolver esta controversia infringía la Constitución. La jurisdicción originaria de la Corte es asignada por la Constitución y no podía ser ampliada por la ley. Prefirió la Constitución a la ley. Concluyó que si hay un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en caso:

El poder de interpretar la ley [...] necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución.

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

Marshall descubrió el control de constitucionalidad por los jueces. No está escrito en la Constitución de Filadelfia. Fue una sentencia verdaderamente innovativa, basada en ciertos principios que no están expresamente declarados en el texto de la Constitución.

Es el conocido por nosotros como *control difuso*, esto es, que puede ser practicado por todos los jueces y cortes. Este descubrimiento generó que los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos se conviertan en intérpretes supremos de la Constitución. Así, el juez Charles E. Hugues afirmó la doctrina de la supremacía judicial cuando declaró en 1908:

Nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es (Hugues, citado por Alonso García, 1984, p. 10).

Años después, en 1953, Robert Jackson, juez de la Corte Suprema, como respuesta a quienes afirmaban que los jueces supremos se consideraban infalibles, sostuvo en el Caso Brown vs. Allen:

No tenemos la última palabra porque somos infalibles. Somos infalibles porque tenemos la última palabra.

En ese sentido, la Corte Suprema goza del monopolio de la última palabra en la interpretación del significado de la Constitución. Los jueces y tribunales tienen la obligación de seguir su línea jurisprudencial no porque por definición sean correctas, sino a pesar de que sean incorrectas (Alexander y Schauer, 1997, p. 1377). Pero no hay una última palabra perpetua. Los jueces se jubilan, se mueren o pueden cambiar de posición jurisprudencial: las cortes cambian lo mismo que la vida (Padover, 1963, p. 87).

Sistema de control concentrado de constitucionalidad

Hans Kelsen, fundador de la escuela vienesa y autor de la célebre teoría pura del derecho, consideraba que la norma positiva no se basa en valores. Separó con una línea divisoria la moral del derecho. Así, el objeto del derecho es su valor formal. Desarrolla la doctrina positivista de la jerarquía normativa con la pirámide en cuyo vértice se ubica la Constitución. Es el creador de la idea de los tribunales constitucionales que se plasmó en la Constitución austriaca de 1920.

Kelsen no consideraba que cualquier juez debe ejercer el control de constitucionalidad. El juez debía ser especializado en interpretación constitucional. Los jueces ordinarios no están preparados para realizar interpretación constitucional. Discrepaba con el control difuso de constitucionalidad. Para Kelsen, el modelo de control de constitucionalidad debía estar previsto en la Constitución. Defendió su tesis de que el Tribunal Constitucional era el guardián de la Constitución (Kelsen, 1995). Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad debían ser *erga omnes*. Como todos sabemos, Kelsen consideraba al Tribunal Constitucional como un legislador negativo. No era elegido por el pueblo. Rompía con el esquema de división de poderes de Montesquieu, quien sostenía que el juez era la *boca de la ley*. Por eso el Tribunal Constitucional no es un Senado, como algunos erróneamente sostienen en el Perú.

Según Kelsen, lo importante era expulsar del ordenamiento la norma inconstitucional. Así goza con el poder de anular una ley que a su juicio es equivalente a dictar una norma general (Kelsen, 1994, pp. 17-43).

Siguiendo la doctrina (Nogueira, 2006, pp. 78 y ss.), caracterizamos al control concentrado de constitucionalidad de las leyes por los siguientes elementos definitorios:

- Es un tribunal especial extrapoder situado fuera del Poder Judicial. No integra su estructura. Es un organismo constitucionalmente autónomo.
- Desarrolla jurisdicción constitucional en forma concentrada. Tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad (artículo 202, inciso 1, de la Constitución). No controla si una ley es antitécnica o no. Como sostenía Antonin Scalia, juez supremo de Estados Unidos, una ley puede ser un disparate económico y no ser inconstitucional.
- Es de carácter abstracto y general, por ser un control normativo.
- Ejercido en vía de acción. No hay control ex officio. Mucha gente ignora esto. Una vez escuché a un exministro de Economía y Finanzas criticando al Tribunal Constitucional por dejar pasar muchas leyes antitécnicas. Ignoraba que solo conoce casos por la vía del recurso de agravio constitucional.
- El fallo tiene efectos de cosa juzgada y *erga omnes*.
- Efectos *ex nunc*. Esto es, anulación hacia el futuro para respetar la seguridad jurídica.

Sistema peruano de control dual de la constitucionalidad

Se llama así porque integra ambos sistemas, tanto el control difuso como el concentrado. Podríamos denominarlo también como un sistema mixto o una mistura constitucional, aun cuando García Belaunde sostiene que es más técnico que se le califique de sistema dual (García Belaunde, 2003, p. 270). Esta dualidad se consagró en el Perú a partir de la Constitución de 1979, con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, y se mantiene vigente con la Constitución de 1993. En el Perú el control difuso estaba previsto en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936: cuando existe incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera.

Su historia no es heroica en el Perú. Así, la Corte Suprema en 1955, al resolver el *habeas corpus* del expresidente Bustamante y Rivero, eludió su deber de protección de los derechos constitucionales, al sostener increíblemente que esta

atribución era aplicable solo en procesos civiles y no en los procesos constitucionales (Cairo, 2004, p. 91).

Actualmente, el artículo 138 de la Constitución de 1993 prevé el control difuso de constitucionalidad de los jueces, cuya regulación está prevista por el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De este modo, el modelo difuso peruano supone la obligación de los jueces de elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en cada oportunidad en que inapliquen con efectos particulares o en un caso concreto una norma por inconstitucional.

A su vez, el artículo VII del Nuevo Código Procesal Constitucional prevé:

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

La Constitución de 1993 mantuvo un modelo dual de jurisdicción constitucional. Estableció el Tribunal Constitucional, que fue regulado por la Ley 26435, Ley Orgánica de enero de 1995. Previó que para determinar la inconstitucionalidad de una norma jurídica se requería el voto de seis de los siete magistrados que lo integraban. Por tanto, era suficiente con dos votos contrarios a la inconstitucionalidad, que actuaban como veto frente a los cinco votos afirmativos.

Actualmente, el artículo 107 del Nuevo Código Procesal Constitucional prevé que la declaración de inconstitucionalidad requiere de cinco votos conformes, lo que constituye una valla alta para el control de la constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional peruano es definido como “el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad” en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, es el intérprete final y órgano de cierre. No es el único intérprete: también lo son el legislador, los jueces y los académicos. Pero es el supremo para garantizar la coherencia interpretativa del sistema jurídico.

El artículo 202 de la Constitución prevé las competencias del Tribunal Constitucional:

- (i) Conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad contra preceptos con rango de ley: tratados, leyes, decretos legislativos, decretos

de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

- (ii) Conocer en última y definitiva instancia las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento.
- (iii) Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

La legitimación activa para interponer la acción de inconstitucionalidad corresponde al presidente de la República, al fiscal de la nación, al defensor del pueblo, al 25 % del número legal de congresistas, a 5000 ciudadanos, tratándose de preceptos de rango legal, y al 1 % de ciudadanos de la localidad, cuando se impugnan ordenanzas municipales, siempre que dicho porcentaje no exceda las 5000 firmas.

Asimismo, se habilita para impugnar a los gobernadores regionales, los alcaldes de los municipios provinciales y los colegios profesionales en materia de su especialidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional ocasiona efectos *erga omnes* y *ex nunc*, y debe publicarse en el diario oficial; la extinción de la norma legal debe producirse desde el día siguiente de su publicación.

La interpretación de la Constitución y las sentencias interpretativas

El control constructivo de constitucionalidad consiste en que el operador jurídico module o se recicle la norma infraconstitucional con la Constitución, como señala Sagüés (2011, p. 145). Se deriva de la doctrina de la *interpretación conforme con la Constitución*, principio al que debe agregarse la regla sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes (Ferrer Mac-Gregor y Fix Zamudio, 2009, pp. 31 y ss.).

De este modo, no se debe derogar o anular norma alguna si es posible interpretarla conforme a la Constitución (Díaz Revorio, 2003, pp. 11 y ss.).

Es poco frecuente que una norma admita una única interpretación. Se afirma que la interpretación consiste en: (i) extraer el significado del precepto constitucional; (ii) convertir en principios jurídicos los valores enunciados en la norma

o establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurren en el caso concreto de aplicación (Aragón, 1986, p. 127).

Con esa finalidad, contamos con un menú de herramientas de interpretación:

Literal o gramatical.

Histórica u originalista: desentraña la intención de sus redactores.

Finalista o teleológica: desentraña los fines de la norma.

Sistemática: interpreta la Constitución en su conjunto. Una cláusula de la Constitución se interpreta en relación con otras. En la doctrina alemana se desarrolló como la unidad de la Constitución y concordancia práctica (Hesse, 2012).

Evolutiva o innovativa: alude en Estados Unidos a la doctrina de la Living Constitution (Constitución viviente).

En las sentencias de anulación el juzgador constitucional resuelve, de manera pura y simple, dejar sin efecto toda o una parte de la ley viciada de inconstitucionalidad.

Siguiendo al neoconstitucionalismo, se ha extendido la técnica de las sentencias interpretativas para mantener los preceptos constitucionales impugnados dentro del marco constitucional. Así, en las sentencias interpretativas propiamente dichas, lo que se declara inconstitucional es aquella interpretación que no sea conforme con la Constitución. Dicho con otras palabras, el juez no adiciona ni suprime nada, sino que, dentro de varios sentidos normativos en una disposición, selecciona el sentido normativo de acuerdo con la Constitución, pero aplicando el principio *pro homine* o *pro persona*.

Es importante destacar que la declaración de inconstitucionalidad genera un vacío normativo en la legislación. Por ello, los tribunales constitucionales procuran un control constructivo de constitucionalidad, o *interpretación conforme*, para salvar la constitucionalidad mediante las sentencias interpretativas mutativas o manipulativas.

Son mutaciones para conseguir la finalidad de modular la norma con la Constitución. De esta manera, el operador queda habilitado para realizar cambios regenerando la norma sin contradecirla. No deja de ser un tema polémico. Es el debate entre la llamada Constitución viviente frente a la idea de una Constitución testamento, en la cual hay que acudir a la voluntad original de los constituyentes.

Se deja el texto de la norma vigente, pero se modifica no solo su significado, sino su contenido normativo. Así, han sido reconocidas y clasificadas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia comparada¹.

En la sentencia manipulativa aditiva le agrega o añade algo al precepto para conservar su constitucionalidad. En la sentencia manipulativa reductora se advierte que parte de un texto cuestionado es inconstitucional. Así, la inconstitucionalidad se revertirá recortando su contenido normativo para que sea conforme a la Constitución. En la sentencia manipulativa mixta, mediante una declaración parcial de inconstitucionalidad, se retira y, a su vez, se agrega un contenido normativo, de manera simultánea.

Por eso, a nuestro criterio, la interpretación constitucional, más que una ciencia o una técnica, es un arte.

El Tribunal Constitucional del Perú ha utilizado el método de las sentencias interpretativas manipulativas en ciertas ocasiones. Una de las más relevantes fue una pronunciada en 2003, en una sentencia recaída sobre la legislación antiterrorista del gobierno de Fujimori, que adaptó tipos penales para que sean conformes con la Constitución².

Colofón

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) declaró: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.

Actualmente, se puede afirmar que toda sociedad en la cual no hay control de constitucionalidad no tiene Constitución. Sería solo poesía jurídica.

¹ Caso Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para 2005, STC Exp. 00004-2004-CC/TC, fundamento 3.

² Caso Marcelino Tineo y más de 5000 ciudadanos, STC Exp. 010-2002-AI/TC.

Referencias bibliográficas

- Alexander, L. y Schauer, F. (1997). On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1359-1387.
- Alonso García, E. (1984). La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales.
- Aragón, M. (1986). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6(17), 85-136.
- Bianchi, A. (2002). *Control de constitucionalidad*. Tomo I. Abaco.
- Cairo, O. (2004). *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Palestra.
- Díaz Revorio, F. (2003). *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Palestra.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Fix Zamudio, H. (2009). *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- García Belaunde, D. (2003). Nota sobre el control de la constitucionalidad en el Perú: Antecedentes y desarrollo (1823-1979). *Ius et Praxis*, 34, 259-273.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Kelsen, H. (1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Ius et Veritas*, 5(9), Lima, 17-43.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos.
- Landa, C. (2006). *Constitución y fuentes del Derecho*. Palestra.
- Nogueira, H. (2006). *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Palestra.
- Padover, S. K. (1963). *The Living U. S. Constitution*. The New American Library.
- Rey Martínez, F. (2007). Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 163-181.
- Sagüés, N. (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. *Parlamento y Constitución, Anuario*, 14, 143-152.



Universidad
Norbert Wiener

Powered by **Arizona State University**®



LICENCIADA
por **SUNEDU**

Octubre de 2023