



EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL LEGISLA A TRAVÉS DE LAS *SENTENCIAS* *NORMATIVAS*?

Carlo Magno Salcedo Cuadros^()*

I. INTRODUCCIÓN

De entre las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional hay algunas que han sido motivo de controversia entre el referido tribunal y otros órganos del Estado, especialmente el Poder Legislativo. Se trata de un conjunto de sentencias a través de las cuales el organismo jurisdiccional constitucional ha establecido normas jurídicas o mandatos generales de obligatorio cumplimiento, como medida adicional o alternativa a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, con el objeto de evitar que el vacío jurídico originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada, genere una afectación mayor al ordenamiento constitucional.

El Tribunal Constitucional se refiere al conjunto de estas sentencias como *sentencias interpretativas-*

manipulativas o *normativas*. Edgar Carpio, por su parte, se refiere al género *sentencias manipulativas*, dentro de las que agrupa a las *sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas, de mera incompatibilidad y exhortativas*. Por nuestra parte, preferimos agrupar a estos diversos tipos, únicamente, bajo la denominación *sentencias normativas⁽¹⁾*.

Mientras que el Tribunal Constitucional sustenta la legitimidad que en su condición de máximo interprete de la Constitución tiene para expedir *sentencias normativas*; algunas voces del Poder Legislativo han considerado que el referido organismo jurisdiccional se excede en sus atribuciones al expedir este tipo de sentencias, asumiendo las funciones de un órgano legislativo y desnaturalizando su naturaleza jurisdiccional, ya

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidato al Magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM.

(1) En el punto II.3. de este informe fundamentamos la pertinencia de esta denominación. De ahora en adelante, por tanto, la utilizaremos como el concepto genérico que agrupa a diversos tipos de sentencias, como las interpretativas, las aditivas, las sustitutivas o las exhortativas, las cuales comparten una naturaleza normativa, de la que carece la jurisdicción ordinaria.

que al expedirlas el tribunal estaría legislando sin tener el mandato constitucional o legal para hacerlo.

El objeto de estos apuntes es reflexionar sobre la mencionada controversia, para lo cual, en primer término, resulta necesario delimitar lo que entendemos por *sentencias normativas* y conocer su tipología. Luego, corresponde determinar cuál es el poder que detenta el Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento constitucional, para lo cual se debe contextualizar el rol que le corresponde desempeñar dentro de un Estado Constitucional de Derecho, regido por el principio de la *división funcional del poder del Estado*, que implica la existencia de los frenos y contrapesos –los famosos *checks and balances* a que se refirieron los federalistas entre los órganos detentadores del poder del Estado; y cual es su relación con esos otros órganos, en especial con el Poder Legislativo. Luego, se analizará si la emisión de sentencias normativas por parte del Tribunal Constitucional está comprendida dentro del ámbito de su poder frente al órgano legislativo o si, por el contrario, al hacerlo se constituye en *legislador positivo*, arrogándose con ello el poder del Parlamento.

II. PROPUESTAS DE CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD “ATÍPICAS”. LAS *SENTENCIAS NORMATIVAS*

En principio, la pretensión contenida en una demanda de inconstitucionalidad puede tener dos destinos: ser estimada (declarada fundada) o desestimada (declarada infundada). La sentencia estimatoria tendrá por efecto “derogar” la norma declarada inconstitucional. La sentencia desestimatoria “confirmará” la constitucionalidad de la norma, desde cuyo momento no se la podrá inaplicar.

De allí viene la clasificación de las sentencias de inconstitucionalidad en *estimatorias* y *desestimatorias*, según el fallo declare fundada o infundada la pretensión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, junto a esas sentencias “típicas”, la jurisdicción constitucional, en diversas partes del mundo, fue incorporando nuevas modalidades de sentencias que no encajan dentro de la división convencional entre sentencias estimatorias y desestimatorias.

A través de estas “sentencias atípicas”, los órganos encargados de la jurisdicción constitucional no se limitan a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sometidas a su juicio constitucional, sino establecen lineamientos, disposiciones o sentidos interpretativos de obligatorio cumplimiento, con el objeto de evitar que el vacío jurídico originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada genere una afectación mayor al orden constitucional.

Varios han sido los intentos de clasificar a esas sentencias atípicas. Seguidamente reseñaremos algunos y, luego, expondremos nuestra propuesta de clasificación.

1. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las sentencias “manipulativas-interpretativas” o “normativas”

A través de la sentencia expedida en el Exp. N° 010-2002-AI, seguidos por Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880⁽²⁾, así como contra sus normas complementarias y conexas, el Tribunal Constitucional, por vez primera, dejó sentada su posición en relación con los tipos de sentencias que puede emitir.

(2) Normas legales de naturaleza penal relacionadas con la lucha antisubversiva, por lo que se les denominó “legislación antiterrorista”. A través de la sentencia expedida en el Exp. N° 010-2002-AI, algunas de las normas confortantes de dicha legislación fueron consideradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, por considerárselas violatorias de derechos fundamentales consagrados por la Constitución y por tratados internacionales de los cuales el Perú es signatario. Sin embargo, la sentencia fue desestimatoria ya que el fallo declaró infundada la demanda, estableciendo, en cambio, que los criterios de dicho colegiado, contenidos en diversos fundamentos jurídicos de la sentencia, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

En el numeral 33 de los fundamentos de la referida sentencia, se menciona que esta es una “sentencia estipulativa”, puesto que expone los conceptos, alcances y efectos de ella, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos. En tal sentido, entre los numerales 28 a 35 de los fundamentos, el organismo jurisdiccional constitucional realiza una explicación sobre el carácter y la tipología de sus sentencias, en los términos reseñados seguidamente.

Tras aludir a la clasificación tradicional que divide a las sentencias en *estimatorias* o *desestimatorias*, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, el Tribunal Constitucional señala que el dinámico contexto social del país lo ha obligado, como a su turno ocurrió con otros tribunales constitucionales (Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que en cierta medida se apartan de esa distinción clásica, innovando así la tipología de sus sentencias, siendo este el caso de las denominadas *sentencias interpretativas*, *aditivas*, *sustitutivas* y *exhortativas*.

A través de las **sentencias interpretativas** los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico y, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley. Ahora bien –siempre según el Tribunal Constitucional–, las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, *estimatorias* y *desestimatorias*. Mediante las **sentencias interpretativas desestimatorias** se dispone que una figura legal no sea inconstitucional si puede ser interpretada conforme a la Constitución. Ello supone que la disposición tenga al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales sea conforme con la Constitución. En este caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme con la Constitución.

Mediante las **sentencias aditivas** se declara la inconstitucionalidad de una disposición o 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 solo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.

Mediante las **sentencias sustitutivas** se declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que prevé una determinada cosa en vez de prever otra. En tal caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual se dota a la disposición de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados.

Finalmente, mediante las **sentencias exhortativas**, al advertir una manifestación de inconstitucionalidad en determinado dispositivo legal, 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).

Todos esos tipos de sentencias se sustentan en 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. Asimismo, al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, transcurrido un plazo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados⁽³⁾.

(3) STC N° 010-2002-AI, fundamento 33.

Finalmente, el Tribunal Constitucional considera en esta sentencia que la existencia de todos estos tipos de sentencias es posible solo si se tiene en cuenta que, entre “disposición” y “norma”, existen diferencias; siendo necesario 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)⁽⁴⁾.

Posteriormente, en la sentencia expedida en el Exp. N° 004-2004-CC, seguidos por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo sobre conflicto de competencia, el Tribunal Constitucional propuso una tipología más compleja. Al respecto, el tribunal alude a una doble clasificación admitida por la doctrina: la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas.

Según la primera clasificación, las **sentencias de especie** 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. Por su parte, las **sentencias de principio** son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes⁽⁵⁾.

En la segunda clasificación, las **sentencias estimativas** son las que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez

constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. A su vez, las sentencias estimativas pueden ser *de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas)*.

En el caso de las **sentencias de simple anulación** se resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

En el caso de las **sentencias interpretativas propiamente dichas**, el Tribunal Constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

En el caso de las **sentencias interpretativas-manipulativas o sentencias normativas**⁽⁶⁾, el órgano de control constitucional detecta y

(4) STC N° 010-2002-AI, fundamento 34.

(5) STC N° 004-2004-CC, fundamento 2.

(6) El ex presidente del Tribunal Constitucional Víctor García Toma también se refiere a las sentencias “manipulativas-interpretativas” o “normativas” para aludir genéricamente a los mismos tipos de sentencia referidos en esta sentencia. [Víctor García Toma, “El Tribunal Constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas-interpretativas (normativas)”. Disponible en http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/LA_INTERPRETACION_CONSTITUCIONAL_3.pdf]

determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y 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 una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. 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.

Este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución.

Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas: las sentencias reductoras, las aditivas, las sustitutivas, las exhortativas y las estipulativas.

Las **sentencias reductoras** señalan que una parte del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, 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 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. 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.

Sobre las **sentencias aditivas**, además de lo dicho anteriormente –en la STC N° 010-2002-AI– se explicita que mediante estas se determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, ante cuya ocurrencia se procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. 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 supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

Respecto a las **sentencias sustitutivas**, se aclara respecto a lo manifestado anteriormente, que la norma incorporada en reemplazo de la parte de la ley declarada inconstitucionalidad, es decir, la “parte sustituyente”, no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico. En este caso, 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 –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración.

Sobre las **sentencias exhortativas**, en la STC N° 004-2004-CC se especifica que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión de la etapa suspensiva y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia; situación que ocurre cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.

- Expedición de una segunda sentencia; situación que se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

También se precisa que existen sentencias exhortativas que, a diferencia de las descritas, no tienen efectos vinculantes. Dichas sentencias son recomendaciones o sugerencias 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 o 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.

Mediante las **sentencias estipulativas** el Tribunal Constitucional establece, en su parte considerativa, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional.

Finalmente, en esta segunda clasificación, las **sentencias desestimativas** son las 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 (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa. En el caso de la **desestimación por rechazo simple** se resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley. En el caso de la **desestimación por sentido interpretativo** se declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la

medida que se la interpreta en el sentido que se considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental. En tal entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes (sic) de la Constitución; estableciéndose, asimismo, la obligatoriedad de interpretar dicha norma de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

De este largo catálogo de tipos de sentencias, las que nos interesan, principalmente, son las que el tribunal ha agrupado bajo la denominación *sentencias interpretativas-manipulativas* o *sentencias normativas*.

Hacemos la salvedad, sin embargo, que a nuestro juicio las denominadas sentencias estipulativas –a las que el Tribunal Constitucional ha considerado dentro del grupo de las sentencias interpretativas-manipulativas– no deberían considerarse dentro de dicho grupo. Esto porque, a diferencia del resto de tipos de sentencias de este grupo, las estipulativas tienen una un objetivo meramente conceptual, pero no implican la emisión de disposiciones o normas por parte del tribunal.

Asimismo, incluimos en nuestro análisis a las denominadas *sentencias desestimativas por sentido interpretativo*, toda vez que este tipo de sentencias –de acuerdo a la descripción realizada por el propio Tribunal Constitucional– establecen la obligatoriedad de interpretar una norma de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida por el órgano de control constitucional; es decir, emiten una “norma jurídica” o “regla de derecho” de carácter general que tendrá que ser aplicada obligatoriamente por los operadores del Derecho.

2. Las sentencias “manipulativas” o “atípicas”

Edgar Carpio, siguiendo la tradición italiana, agrupa a diversos tipos de sentencias: las *interpretativas*, las *aditivas*, las *sustitutivas*, las *de mera incompatibilidad* y las *exhortativas* –a

falta de una denominación mejor— bajo el genérico *sentencias manipulativas*⁽⁷⁾.

Carpio explica que las *sentencias interpretativas* encuentran sus gérmenes en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, específicamente en el voto del *Justices* Samuel Chase formulado en el caso *Hylton vs. United States* (resuelto por la Supreme Court en 1796), en el que este juez expresaría que “si la corte tiene tal poder (de declarar la inconstitucionalidad de una ley), soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro”⁽⁸⁾.

Posteriormente, ya afirmada la competencia judicial para el ejercicio del *judicial review of legislation*, en el caso *Darmouth Collage vs. Woodward* (1819), el presidente de la Corte Suprema norteamericana, Jhon Marshall, sostuvo que “no es sino por el debido respeto (*decent respect*) a la sabiduría, la integridad y el patriotismo del cuerpo legislativo que sancionó la ley, que hay que presumir en favor de su validez, en tanto su violación de la Constitución sea probada más allá de toda duda razonable (...) [esta Corte] ha declarado que en ningún caso dudoso declararíamos a un acto legislativo contrario a la Constitución”⁽⁹⁾.

A través de estas sentencias la Corte Suprema norteamericana y los tribunales constitucionales no declaran la inconstitucionalidad de una ley si es que entre las diversas opciones interpretativas que de esta se pueda derivar, existe cuando menos una que permita que la ley se interprete de conformidad con la Constitución.

El fundamento último de este tipo de sentencias, en los países que cuentan con una Constitución normativa, se encuentra en el *principio de constitucionalidad*, según el cual el carácter normativo de la Constitución no se hace efectivo solo anulando una ley incompatible con ella,

sino, en general, interpretando y aplicando las leyes y reglamentos, de conformidad con la Constitución, que es la norma que preside el ordenamiento jurídico. “De ahí que se considere que el empleo de las sentencias interpretativas no sea una exclusividad de los tribunales constitucionales, sino constituya también una exigencia de los jueces ordinarios”⁽¹⁰⁾.

Por otro lado, las *sentencias aditivas* tienen su origen en la reacción de la Corte Constitucional italiana frente al incumplimiento por parte del legislador de sus exhortaciones para introducir modificaciones a la legislación en los casos en que el tribunal así lo sugería.

Mediante las sentencias aditivas, “la Corte constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma implícita (esto es, un sentido interpretativo) de carácter restrictivo o negativo, y al hacerlo, crea otra norma (sentido interpretativo), de significado opuesto (extensivo o positivo), que adiciona a la disposición, de manera que después del juicio de constitucionalidad al cual está sujeto, la disposición resulta alterada tanto en su formulación lingüística como en sus significados interpretativos”⁽¹¹⁾.

Como es de suponer, la emisión de este tipo de sentencias ha sido criticada por considerarse una injerencia del órgano de control de la constitucionalidad en las funciones propias del legislador.

Una submodalidad de este tipo de sentencias son las *sentencias aditivas de principio*. En el caso de la sentencia aditiva ‘clásica’, ante una omisión en la disposición que se considera inconstitucional, la Corte colma el vacío que esta acusa, mediante una norma que integra a la disposición, de manera que una vez que la disposición sale del juicio de constitucionalidad, la integración normativa practicada en la sentencia

(7) CARPIO MARCOS, Edgar. “Sentencias manipulativas y Derecho comparado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 146, Lima: Gaceta Jurídica, enero 2006. Págs. 269-274.

(8) CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit. Pág. 270.

(9) Ídem.

(10) Ídem.

(11) *Ibidem*. Pág. 271.

es plenamente aplicable. En cambio, “en las sentencias aditivas de principio, la omisión considerada inconstitucional no viene precisada de modo particular, pues la corte considera que existe una pluralidad de formas u opciones con las cuales la laguna podría ser suplida, correspondiendo su elección, por tanto, al legislador. Sin embargo, ello no impide que la corte destaque, de manera general, un principio que el legislador deberá tener en cuenta al momento de legislativamente integrar la disposición en aquello que se ha considerado inconstitucionalmente omitido”⁽¹²⁾.

Las *sentencias sustitutivas* también son creación italiana. Mediante estas sentencias se declara que la ley no es inconstitucional en su totalidad, sino en alguna o algunas de sus formulaciones lingüísticas. Es decir, se considera que la disposición es inconstitucional en cuanto prevé una cosa determinada, debiendo haberse previsto otra cosa para que sea constitucionalmente conforme. El fallo de este tipo de sentencias tiene dos partes diferentes. “Por un lado, un contenido ablativo, es decir, anulatorio, mediante el cual se demuele una parte de la disposición; y de otro, un contenido reconstructivo, mediante el cual la disposición aparece con un contenido que la torna compatible con la Constitución”⁽¹³⁾.

Al igual que en el caso de las sentencias aditivas, la emisión de sentencias sustitutivas ha generado resistencias en cierto sector de la doctrina, que las ha considerado como una injerencia del órgano jurisdiccional constitucional en las funciones del órgano legislativo.

Las *sentencias de mera incompatibilidad* son consideradas por algunos como el principal aporte del Tribunal Constitucional Federal alemán. Mediante esta modalidad de sentencias, “el Tribunal Constitucional constata que una disposición es incompatible (...) con la Constitución, pero no declara su nulidad, de modo que pese a

aquella constatación de incompatibilidad, la disposición continúa con su vigencia, de modo que tiene que seguir siendo aplicada en cuanto ella resulte necesaria”⁽¹⁴⁾.

Según el Tribunal Constitucional Federal alemán, este tipo de sentencias debe considerarse cuando, con la declaración de nulidad, se podría crear una situación aún más lejana del orden constitucional, que con la vigencia de la reglamentación inconstitucional, o cuando el legislador tiene mayores posibilidades de eliminar la inconstitucionalidad.

Finalmente, mediante las *sentencias exhortativas* los tribunales constitucionales evitan declarar la inconstitucionalidad de una ley y, en cambio, exhortan al Poder Legislativo para que este realice las modificaciones que el Tribunal Constitucional hubiese considerado necesarias a los efectos de salvar sus objeciones de inconstitucionalidad.

Su uso en Alemania surgió vinculada a un tipo de sentencia denominado “(...) ‘todavía constitucional’ (...), mediante la cual el Tribunal [Constitucional] Federal Alemán declaraba que la disposición impugnada aún no se declaraba inconstitucional, pero que en un futuro inmediato, más o menos largo, podía serlo, si es que el legislador no cumplía con introducir las modificaciones exhortadas por este. Se trata de una declaración de constitucionalidad de una ley ‘provisoria’ o ‘temporal’, que de no mediar una reforma, puede devenir en una declaración de inconstitucionalidad ‘definitiva’”⁽¹⁵⁾.

3. Nuestra propuesta: las *sentencias normativas*

Por nuestra parte, consideramos útil la tipificación presentada por Edgar Carpio, aunque nos resistimos a la idea de aceptar sin reparos el uso del término genérico *sentencias manipulativas*, propio de la doctrina constitucional italiana.

(12) *Ibidem*. Pág. 272.

(13) *Ídem*.

(14) *Ibidem*. Pág. 273.

(15) *Ídem*.

Como lo reconoce implícitamente el propio Carpio, la denominación “manipulativas” para referirse a un tipo de sentencias tiene cierta connotación peyorativa y, de hecho, ha sido utilizado como elemento de crítica a la emisión de ese tipo de sentencias por la justicia constitucional italiana.

En efecto, Carpio considera que el rechazo a este tipo de sentencias, “so pretexto de su adjetivización como ‘manipulativas’ o, en su defecto, porque no se encuentran previstas por las leyes que regulan los efectos de las sentencias constitucionales, no pueden ser consideradas como críticas serias contra ellos, ya sea porque las clasificaciones en las ciencias no pueden estimarse como verdaderas o falsas, sino como útiles o inútiles; y, de otro lado, porque en la medida de que las sentencias manipulativas formalmente son estimatorias o desestimatorias, estas no son ajenas al ordenamiento jurídico-procesal que regula los efectos de las sentencias constitucionales”⁽¹⁶⁾.

Considerando las palabras de Carpio sobre las clasificaciones en las ciencias, considero que no es útil utilizar una denominación que contiene una carga peyorativa y que, además, no tiene la virtud de dar cuenta adecuadamente sobre el elemento que define y caracteriza a este tipo de sentencias, y que, por último, es un barbarismo.

En efecto, a diferencia de términos como *interpretativo* (que significa “pertenciente o relativo a la interpretación” o “que sirve para interpretar algo”), *aditivo* (“que puede o que debe añadirse”), *sustitutivo* (“que puede reemplazar a algo en el uso”) o *exhortativo* (sinónimo de exhortatorio, “pertenciente o relativo a la exhortación”); los vocablos “manipulativo” o “manipulatorio” no existen en nuestro idioma; son, pues, barbarismos derivados del verbo manipular.

De otro lado, el verbo manipular tiene por lo menos dos connotaciones negativas. Según una de estas consiste en “intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses

particulares”; según otra, consiste en “manejar alguien los negocios a su modo, o mezclarse en los ajenos”⁽¹⁷⁾.

Lo que caracteriza a las sentencias *interpretativas*, a las *aditivas*, a las *sustitutivas*, a las *de mera incompatibilidad*, y a las *exhortativas*, lo que define su identidad común, no es ser “manipulativas” o “manipuladoras” –que, en todo caso, debiera ser el término apropiado, ya que sí existe en nuestro idioma y significa “que manipula”–, sino el hecho que a través de estas los tribunales constitucionales del mundo, establecen normas o disposiciones de obligatorio cumplimiento, como medida adicional o alternativa a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, con el objeto de evitar que el vacío jurídico originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada, genere una afectación mayor al ordenamiento constitucional.

Lo que define a estas sentencias, entonces, es su carácter normativo; tan es así que incluso, para criticarlas, se afirma que con estas sentencias los tribunales constitucionales estarían arrogándose la potestad legislativa propia del poder legislativo y actuando como legisladores positivos. Son, pues, *sentencias normativas*, sentencias a través de las cuales los tribunales constitucionales establecen normas jurídicas o mandatos generales de obligatorio cumplimiento, convirtiéndose en una fuente de Derecho alternativa a la legislativa.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional acierta al utilizar la denominación “sentencias normativas” como alternativa a “sentencias interpretativas-manipulativas”. Sin embargo, consideramos que aquella denominación debiera utilizarse como principal o única, por ser técnicamente correcta y, por tanto, posibilitar una clasificación, a nuestro juicio, más útil.

Que los tribunales tengan, o no, el poder o la legitimidad para emitir sentencias normativas es la cuestión que empezaremos a dilucidar seguidamente.

(16) CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit. Pág. 270.

(17) Definiciones del Diccionario de la Real Academia Española.

III. EL PODER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como sabemos, los tribunales constitucionales se conformaron en Europa continental bajo la influencia de las ideas de Hans Kelsen, constituyéndose en una suerte de *legisladores negativos* encargados de derogar las leyes aprobadas por los parlamentos (los *legisladores positivos*), que a su juicio resultasen inconstitucionales.

Desde que se crearon los primeros tribunales constitucionales (el austriaco y el checoslovaco), en 1920, hasta la actualidad, estos organismos han ido evolucionando de ser organismos que respondían al modelo concentrado clásico (el modelo kelseniano o europeo, opuesto al modelo difuso de la justicia constitucional de los Estados Unidos) a ser organismos que responden a una fórmula mixta, que contiene elementos de ambos sistemas. Es así que los modernos tribunales constitucionales “han adoptado, del modelo americano, la protección de los derechos individuales en casos concretos; y del modelo kelseniano, la defensa y protección abstracta del orden constitucional”⁽¹⁸⁾. Y es esto precisamente lo que ha ocurrido en el caso del Tribunal Constitucional peruano que, por un lado, conoce en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de *hábeas corpus*, *amparo*, *hábeas data* y *acción de cumplimiento* (artículo 202, inc. 2), es decir, los procesos constitucionales destinados a la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos en casos concretos; y, por otro lado, tiene la competencia de conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad, así como los conflictos de competencia o atribuciones entre los órganos del poder del Estado, es decir, los procesos constitucionales destinados a la protección abstracta del orden constitucional.

Para efectos de este artículo, nos interesa analizar a los tribunales constitucionales, en general, y al Tribunal Constitucional peruano, en particular, en tanto ejercen el control concentrado

de la constitucionalidad de las leyes o de las normas con rango de ley, es decir, en tanto se constituyen como órganos de control de las entidades del Estado que ejercen función legislativa.

Como refiere el profesor español Luis López Guerra, en el modelo europeo-kelseniano los procedimientos de justicia constitucional aparecen sobre todo como técnicas para proteger el orden constitucional mediante la resolución de conflictos o controversias entre poderes del Estado (o partes de esos poderes). Es así que en estos procedimientos “no se discuten pretensiones individuales, no se decide sobre derechos en juego de ciudadanos concretos, sino que se decide sobre la regularidad constitucional *in abstracto* de la actuación de los poderes públicos, buscando la protección del orden constitucional, y llevando, eventualmente, a la declaración de inconstitucionalidad y eliminación del ordenamiento de aquellas normas que se consideren contrarias a ese orden. Son los poderes públicos, pues, y no el ciudadano los protagonistas del procedimiento, y esos conflictos se resuelven mediante resoluciones con fuerza *erga omnes*; resoluciones que configurarían esencialmente al Tribunal Constitucional como un legislador negativo”⁽¹⁹⁾.

Como habíamos señalado, de conformidad con los artículos 200, inciso 4, y 202, inciso 1, de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano tiene la potestad de declarar, en instancia única, la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley –leyes o reglamentos del Congreso (aprobadas por el Poder Legislativo), decretos legislativos y decretos de urgencia (aprobados por el Presidente o el Poder Ejecutivo), tratados, normas regionales de carácter general (aprobadas por los consejos regionales) u ordenanzas municipales (aprobadas por los concejos municipales)– que contravengan la Constitución por vicios de forma o de fondo.

Es decir, el Tribunal Constitucional tiene el poder de decidir si las leyes (o normas con rango de ley) son constitucionales o inconstitucionales

(18) LÓPEZ GUERRA, Luis. “Democracia y Tribunales Constitucionales”. Págs. 2-3. Disponible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a1LLG.pdf>.

(19) LÓPEZ GUERRA, Luis. *Ibid.* Pág. 3.

y, en caso de considerarlas inconstitucionales, expulsarlas del ordenamiento jurídico; y al hacerlo se constituye en un órgano que frena el poder de los órganos legislativos del Estado, cuando estos, al ejercer su función legislativa, violan la Constitución, de modo tal que se preserve la integridad del orden constitucional y prevalezca el principio de supremacía de la Constitución.

Al ejercer este poder, según lo señala el propio Tribunal Constitucional peruano, la jurisdicción constitucional se constituye “en el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a ‘la mayoría’, se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los ideales del gobierno de turno”⁽²⁰⁾.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N° 26435, los fallos de este organismo jurisdiccional 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 misma ley, 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. Lo señalado es coherente con el hecho que, de acuerdo al artículo 1 de la misma ley, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución.

En tal sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional se convierten en precedentes de obligatorio cumplimiento, de manera análoga a lo que ocurre con la jurisprudencia vinculante en países que se rigen por el sistema jurídico

anglosajón, construido sobre el *common law*, en los cuales la interpretación judicial contenida en las sentencias no solo es fuente de Derecho, sino es la principal fuente de Derecho.

Ahora bien, respecto a la función de intérprete de la Constitución atribuida a los tribunales constitucionales, cabe señalar que esta cada vez adquiere mayor importancia en el Derecho comparado. Sobre el particular, Luis López Guerra da cuenta del hecho que, al menos en aquellos países que tienen cierta estabilidad política y un clima de consenso básico entre sus partidos, como suele ser en general el caso en los países de Europa Occidental, paulatinamente ha ido disminuyendo la función de “legislador negativo” de los tribunales constitucionales al haberse convertido en innecesaria; no obstante lo cual el papel de estos tribunales es cada vez más relevante en la vida jurídica europea, debido a que estos cumplen una función (muchas veces no expresa en las Constituciones) de intérprete de la Constitución, y de orientador de los demás poderes del Estado (incluyendo desde luego al Poder Legislativo) a la hora de interpretar y aplicar el texto constitucional⁽²¹⁾. De este modo –explica López Guerra–, progresivamente se confirma que la tarea crucial que los tribunales constitucionales deben llevar a cabo es la interpretación de los preceptos constitucionales, con el objeto de suministrar a los jueces, legisladores, abogados y funcionarios criterios orientadores generales relativos, no solo al sentido de las cláusulas constitucionales, sino, aún más decisivamente, a cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes ordinarias para que esa interpretación y aplicación se adecuen a los mandatos de la Constitución⁽²²⁾⁽²³⁾.

Como consecuencia inmediata del desarrollo de la referida labor interpretativa, los tribunales constitucionales (incluyendo el Tribunal

(20) STC 030-2005-PI, fundamento 44.

(21) LÓPEZ GUERRA, Luis. “Estudio preliminar”. En: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. 2da. ed. Madrid, 2000. Pág. 24.

(22) LÓPEZ GUERRA, Luis. “Democracia y tribunales constitucionales”, ya citado. Pág. 5.

(23) Según Luis López Guerra, la labor interpretativa de los tribunales constitucionales se produce, al menos, por tres vías. La primera y más evidente corresponde a las sentencias expresamente interpretativas, en que los tribunales constitucionales, en la misma parte dispositiva de sus sentencias (fallo), establecen cual debe ser la interpretación correcta de una

Constitucional peruano) han empezado a introducir, en los sistemas jurídicos de sus respectivos países, normas jurídicas a través de resoluciones jurisdiccionales; con lo cual los sistemas jurídicos romano-germánicos, a los que pertenecen los países que cuentan con tribunales constitucionales, han empezado a incorporar elementos propios del *common law*, relativizando la supuesta radical diferencia entre ambos tipos de sistemas jurídicos.

Finalmente, debemos considerar que el poder de los tribunales constitucionales se expresa a través de sus sentencias. Ahora bien, como lo señala el profesor chileno Humberto Nogueira Alcalá, la sentencia de un Tribunal Constitucional “más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además, una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho”⁽²⁴⁾. En el mismo sentido, el catedrático español Raúl Bocanegra Sierra considera que “el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aun cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios”⁽²⁵⁾.

Teniendo en consideración los poderes del Tribunal Constitucional descritos en las líneas

precedentes, nos corresponde ahora determinar si esos poderes, en el caso peruano, lo facultan a emitir *sentencias normativas*.

IV. LEGITIMIDAD Y LÍMITES DE LAS SENTENCIAS NORMATIVAS

1. Legitimidad de las sentencias normativas

En la misma sentencia estipulativa expedida en el Exp. N° 010-2002-AI, el Tribunal Constitucional enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de las *sentencias normativas* “(...) radica 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. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático”⁽²⁶⁾.

Posteriormente, en los fundamentos 53 a 59 de la sentencia expedida en el Exp. N° 030-2005-PI, seguidos por más del 25% del número legal de congresistas, sobre demanda de inconstitucionalidad

ley para que se adecue a los mandatos constitucionales: sentencias que suponen no solo la interpretación de la ley ordinaria, sino también, evidentemente, una interpretación del sentido de los mismos mandatos constitucionales. Una segunda vía la constituyen las consideraciones interpretativas realizadas en la fundamentación de todo tipo de sentencias, dirigidas a establecer, de los posibles sentidos de un mandato constitucional, cual debe considerarse “correcto”. Finalmente, una tercera vía son las sentencias recaídas en casos de defensa de derechos individuales, en cuanto correctoras o confirmadoras de la interpretación de las leyes y de la Constitución llevada a cabo por los demás poderes públicos. [Ídem]

(24) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Ius et Praxis*, Vol.10, N° 1, Talca, 2004. Págs.113-158.

(25) BOCANEGRA SIERRA, Raúl. “El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional”. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid, 1982. Pág. 19. También citado por Humberto Nogueira Alcalá. Ob. cit.

(26) STC N° 010-2002-AI, fundamento 35.

interpuesta contra la Ley N° 28617, que modifica los artículos 20 y 87 de la Ley Orgánica de Elecciones, N° 26859, y el artículo 13, inciso a), de la Ley de Partidos Políticos, N° 28094, el Tribunal Constitucional amplió sus fundamentos sobre la legitimidad que tiene para emitir sentencias interpretativas e integrativas –por nosotros denominadas normativas–, en los siguientes términos:

- Dado que al Parlamento le asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93), el juez debe presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que solo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38, 45 y 51 de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); *ergo*, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93 de la Constitución.
- De conformidad con el artículo 45 de la Constitución, el Tribunal Constitucional debe actuar con las responsabilidades que la norma fundamental exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber –en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan– de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según el artículo 139, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
- Dado que en la generalidad de los casos las sentencias aditivas e integrativas, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribiera todo tipo de discriminación; en su artículo 200, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico); y en el artículo 51, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico.
- Las sentencias exhortativas propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, tienen sustento constitucional en el artículo 45, que exige a dicho Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones; así también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobre todo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74) y penal (artículo 103).
- Si el Tribunal Constitucional no procediera de la forma descrita y se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen tales sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos ante un tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un clima de inseguridad jurídica, perjudicial al Estado social y democrático de derecho.
- La Constitución normativa no solo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a estas a la Constitución (sentencias sustitutivas, aditivas, exhortativas); o cuando se impide que la Constitución se resienta sensiblemente por una declaración simple de

inconstitucionalidad, no teniéndose en cuenta las consecuencias que esta genera en el ordenamiento jurídico (sentencias de mera incompatibilidad).

- El reconocimiento de que al Parlamento 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 que la sentencia constitucional, no solo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su complemento, 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, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre.

A lo señalado por el Tribunal Constitucional, nos parece oportuno añadir algunos elementos que, a nuestro juicio, también contribuyen a sostener la legitimidad que el órgano de control de la constitucionalidad tiene para emitir sentencias normativas.

Conforme explica López Guerra, al declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Tribunal Constitucional no introduce su voluntad en lugar de la voluntad parlamentaria, sino, vuelve a un statu quo anterior, que puede ser reformado o reconfigurado únicamente por el legislador, siempre que se ajuste a los parámetros constitucionales o reforme estos parámetros. Sin embargo “[el] problema es más complejo en lo que se refiere a la función de introducción de criterios interpretativos de la Constitución y de las leyes, como ocurre cuando el Tribunal Constitucional introduce mandatos al legislador, o mandatos de carácter general a los órganos jurisdiccionales y administrativos. (...) ¿Hasta qué punto ello no supone un secuestro de la potestad legislativa

reservada al Parlamento, o incluso de la misma voluntad del constituyente? A diferencia de su actividad como legislador negativo, en estos casos, el Tribunal Constitucional no deja opciones al legislador para que reforme libremente el statu quo. Pero cabe también preguntarse si el moderno Derecho Constitucional deja otra opción. La concepción de la Constitución como norma vinculante, y no meramente programática implica que el cumplimiento de sus mandatos no puede dejarse a la discreción del legislador. Y sin duda, los mandatos de las modernas Constituciones suponen obligaciones de hacer, directa o indirectamente derivadas del texto constitucional. Y ello, no solo en el cada vez más amplio campo de los mandatos ‘sociales’ sino en áreas como el *due process of law*, la tutela judicial, o la realización del principio de igualdad. La inactividad del legislador no puede, desde esta perspectiva, trancar la fuerza normativa de la Constitución. Por ello, la función del Tribunal Constitucional aparece quizás forzosamente, como una función de sustitución del legislador, cuando este no lleva a cabo tareas que se derivan obligatoriamente de los mandatos constitucionales”⁽²⁷⁾.

Ante los cuestionamientos respecto a la legitimidad de los tribunales constitucionales de emitir sentencias normativas, en la práctica constitucional europea se han desarrollado diversas técnicas de ingeniería constitucional, como la designación parlamentaria de los magistrados constitucionales o la limitación temporal de su mandato, para adecuar la actuación de los tribunales constitucionales al principio democrático, lo que –a decir de López Guerra– ha repercutido en que no se hayan presentado enfrentamientos graves entre estos tribunales y otros órganos del Estado.

En efecto, “(...) a diferencia de los altos órganos de la jurisdicción ordinaria, los miembros de los Tribunales Constitucionales suelen ser, total o mayoritariamente, designados por instancias parlamentarias. Lo que a veces se denomina ‘politización’ de los Tribunales Constitucionales sería así más una ventaja que un inconveniente,

(27) LÓPEZ GUERRA, Luis. “Democracia y tribunales constitucionales”, ya citado. Págs. 7-8.

sobre todo si este origen parlamentario, que asegura una cierta conexión con la voluntad popular, va unido a requisitos de elección que impidan el monopolio del nombramiento de los miembros del tribunal por la mayoría parlamentaria del momento, así como a garantías de la independencia de los jueces constitucionales”⁽²⁸⁾.

De este modo, los tribunales constitucionales, al momento de emitir sentencias normativas, subsanando las deficiencias de la actividad legislativa de los órganos legislativos, no lo hacen apelando únicamente a su “capacidad técnica” e “imparcialidad” propia de ser órganos jurisdiccionales especializados, sino, lo hacen porque cuentan con la legitimidad democrática que les otorga el hecho de haber sido nombrados precisamente por el órgano que representa de manera más directa a la voluntad popular, el Parlamento.

De otro lado, también a diferencia de los jueces ordinarios, “(...) el mandato del juez constitucional suele ser un mandato temporalmente limitado. Ello trae como consecuencia una renovación continua y periódica de los Tribunales Constitucionales que, unida a su procedencia parlamentaria, impide que los jueces constitucionales se configuren como una casta definida profesionalmente y desvinculada de las creencias y sentimientos de la sociedad en cada momento respecto de lo que significa la democracia constitucional. Finalmente, la generalizada prohibición de reelección contribuye a que se produzca una circulación interna de jueces dentro del Tribunal Constitucional, aportando ideas y concepciones nuevas en forma regular”⁽²⁹⁾.

2. Límites de las sentencias normativas

Mediante la sentencia expedida en el Exp. N° 030-2005-PI –seguidos por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Congreso de la República, pretendiendo la inconstitucionalidad de la Ley N° 28617, que modifica los artículos 20 y 87 de

la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859), y el artículo 13, inciso a), de la Ley de Partidos Políticos (Ley N° 28094)–, el Tribunal Constitucional, considera que, aunque su labor interpretativa e integrativa se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de esta a sus límites; ya que el hecho que sea el supremo intérprete de la Constitución, en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución⁽³⁰⁾.

En efecto, la fuerza normativa de la Constitución, establecida por el artículo 51, y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos, a las que se refiere el artículo 45 de la Constitución, son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de sus sentencias interpretativas e integrativas, y son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión.

Bajo dicha premisa, el Tribunal Constitucional establece los límites al dictado de las sentencias normativas –denominadas por el tribunal “interpretativas”, o “integrativas”, o “interpretativas-manipulativas”– en los siguientes términos:

- **En ningún caso deben vulnerar el principio de separación de poderes**, previsto en el artículo 43 de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90 y 102, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas solo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.

(28) Ibidem. Pág. 8.

(29) Ibidem.

(30) STC N° 030-2005-PI, fundamento 60.

- **No cabe dictarlas cuando**, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, **exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar**. En tal caso, corresponde al Congreso de la República y no al tribunal optar por alguna de las fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad en que la ley cuestionada incurre, por lo que solo compete al tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.
- Solo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45 de la Constitución). Es decir, **solo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho**.
- **Solo son legítimas si el tribunal argumenta debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que justifiquen su dictado**. Entonces, **su uso es excepcional**, y solo tendrá lugar en aquellas ocasiones en que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.
- La emisión de estas sentencias **requiere de la mayoría calificada de votos** de los miembros del Tribunal Constitucional⁽³¹⁾.

Finalmente, el propio Tribunal Constitucional establece, en el fallo de la sentencia citada, que los referidos criterios constituyen precedentes

vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

V. ¿SOLO LA LEGISLACIÓN ES FUENTE DE DERECHO?

En palabras de Marcial Rubio, “fuente formal de Derecho es aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado”⁽³²⁾. Ahora bien, tal como señala el profesor español Angel Latorre, cada sistema jurídico tiene su propio sistema de fuentes⁽³³⁾.

Como sabemos, en los países europeo-continentales e iberoamericanos (pertenecientes a la familia de los sistemas jurídicos romano-germánicos), la principal fuente de Derecho es la ley y, solo secundariamente, la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina. En cambio, en los sistemas jurídicos anglosajones, basados en el *common law*, aunque también la ley es fuente de Derecho, tradicionalmente ha sido la jurisprudencia la principal fuente de Derecho.

Históricamente, la importancia de la jurisprudencia en el sistema jurídico anglosajón es tan grande, que la enseñanza del Derecho en sus escuelas de leyes aún se realiza, principalmente, a través del método de casos, tomando al juez como la autoridad central del sistema legal. No obstante, en los últimos tiempos viene ocurriendo una progresiva pérdida de importancia de la jurisprudencia, como fuente de Derecho, frente a la legislación, la cual, inversamente, cada vez cobra mayor relevancia en el sistema jurídico anglosajón.

Sobre este particular, el profesor norteamericano Dominick Vetri afirma –quizá algo dramáticamente– que si bien se supone que el *common law* envuelve en el fondo algunas áreas básicas

(31) STC N° 030-2005-PI, fundamento 61.

(32) RUBIO CORREO, Marcial. “El sistema jurídico (introducción al Derecho)”. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2004. Pág. 121.

(33) LATORRE, Angel. “Introducción al Derecho”. Ariel. Barcelona. Pág. 59.

de la ley hecha por los jueces; formada, controlada y desarrollada por los jueces; tal hecho “(...) seguramente fue cierto hace unos cien años, pero es este aspecto del *common law* el que ha disminuido y es más propenso a, virtualmente, desaparecer en los próximos cien años. Los reglamentos⁽³⁴⁾ son ahora la principal forma de dar leyes en los Estados Unidos. El *common law* ha sido relegado al triunvirato de los contratos, daños y perjuicios y derecho de propiedad. Según mi punto de vista creo que inclusive estos tres han sido seriamente cercenados por la codificación de tipo legislativa en los últimos 25 años. (...) Hemos ingresado a la era regulatoria, en donde existen reglamentos específicos por todos lados. (...) esta desenfrenada actividad legislativa(...), no se ha detenido en el umbral del *common law*; los reglamentos han invadido lo que podría ser considerado como las áreas fundamentales del Common Law: contratos, propiedad y daños y perjuicios. Estamos experimentando un cambio fundamental en la ley de Norteamérica. No somos más un sistema dominado por el *common law*; nos hemos convertido en un sistema en el cual los reglamentos son la fuente primordial de la ley”⁽³⁵⁾.

De otro lado, si bien es cierto en los sistemas romano-germánicos la importancia que tiene la ley como fuente formal de Derecho es fundamental –tanto que la palabra ley se usa, en una acepción amplia, como equivalente a Derecho o norma jurídica, en general–; también es cierto que, paulatinamente, se han empezado a incorporar, en tales sistemas jurídicos, elementos propios del *common law*, fenómeno que, como lo hemos señalado, se ha desarrollado, precisamente, como consecuencia inmediata de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales.

En efecto, como refiere López Guerra, “[los] Tribunales Constitucionales han dejado de ser

exclusivamente (si alguna vez lo fueron) “legisladores negativos”, para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación (...) ya que los Tribunales Constitucionales no se limitan, como los Tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad”⁽³⁶⁾.

El propio Tribunal Constitucional peruano es perfectamente consciente que sus sentencias normativas son una fuente de Derecho alternativa a la ley o a las normas con rango de ley emitidas por los órganos que constitucionalmente cuentan con potestades legislativas. En tal sentido, según el órgano de control de la constitucionalidad “(...) la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica *ex novo* dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90 y 102, inciso 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104) o decretos de urgencia (artículo 188, inciso 19). Sin embargo, *dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho [sic], pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones*. Por ello, cuando los artículos 138, 201, 202, inciso 1, y 204, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente ga rantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38 y 45 de la Constitución)”⁽³⁷⁾.

(34) Dominick Vetri utiliza el término “statutes”, en el original en inglés, término que puede traducirse por leyes, reglamentos, estatutos, decretos, etc. El traductor del artículo lo ha traducido como “reglamentos”, aunque, consideramos que deberíamos entenderlo más bien como “leyes”, es decir, como normas emitidas por un órgano legislativo del Estado.

(35) VETRI, Dominick. “La muerte del common law”. En: *Apuntes de Derecho*. Año III. N° 1. Lima, abril de 1998. Págs. 9-11.

(36) LÓPEZ GUERRA, Luis. “Democracia y tribunales constitucionales”. Ob. cit. Pág. 6.

(37) STC N° 030-2005-PI, fundamento 55.

Entonces, ¿el Tribunal Constitucional legisla a través de las *sentencias normativas*? Consideramos que no. El Tribunal Constitucional no legisla, ya que no está dentro de sus potestades hacerlo; sin embargo, su jurisprudencia, específicamente la contenida en las sentencias interpretativas, es una fuente de Derecho, sino principal, sí por lo menos complementaria o supletoria de la ley.

VI. CONCLUSIONES

Los tribunales constitucionales no legislan, pero crean normas jurídicas a través de su jurisprudencia, constituyéndose —en los países adscritos al sistema jurídico romano-germánico— en una fuente de Derecho alternativa y supletoria a las leyes o normas con rango de ley sancionadas por los órganos legislativos del Estado, que tradicionalmente ha sido la principal fuente de Derecho en tal sistema jurídico.

En estos casos, los tribunales constitucionales crean Derecho a través de diversos tipos de sentencias que pueden ser agrupadas bajo la denominación de *sentencias normativas*, siendo estas las sentencias interpretativas, las reductoras, las aditivas, las sustitutivas, las de mera incompatibilidad y las exhortativas. En efecto, el común denominador de estas sentencias es que, a través de ellas, la justicia *constitucional* crea normas jurídicas, como medida adicional o alternativa a la declaración de inconstitucionalidad de una ley o una norma con rango de ley, con el objeto de evitar que el vacío jurídico originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma en cuestión, termine generando una afectación aún mayor al ordenamiento constitucional, que la que se evitaría con la declaración de inconstitucionalidad de tal norma.

Al respecto, consideramos que los tribunales constitucionales cuentan con la legitimidad necesaria para expedir sentencias normativas, siempre que lo ejerzan dentro de ciertos límites que,

en el caso peruano, han sido establecidos por el propio Tribunal Constitucional:

- En ningún caso deben vulnerar el principio de separación de poderes, por lo que las sentencias normativas solo pueden crear normas jurídicas a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución y de las leyes dictadas por el Parlamento conforme a tales disposiciones.
- No cabe dictarlas cuando exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En tal caso, corresponde al Parlamento reparar la inconstitucionalidad en que la ley cuestionada incurre.
- Solo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho. Su uso es, pues, excepcional.
- Solo son legítimas si el tribunal argumenta debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que justifiquen su dictado.
- Requieren de la mayoría calificada de votos.

Finalmente, con la finalidad de garantizar que las sentencias normativas dictadas por el Tribunal Constitucional se realicen dentro de límites claramente establecidos, consideramos que debería reconocerse expresamente la atribución de emitir sentencias normativas por parte de este organismo jurisdiccional, tanto en la propia Constitución Política como en las leyes de desarrollo constitucional pertinentes. Asimismo, debería especificarse que la emisión de estas sentencias debe realizarse dentro de límites que también deben estar establecidos en la Constitución y en la legislación.