

# LOS VICIOS DE LA LEY\*

## THE DEFECTS OF THE LAW

Edgar Carpio Marcos\*\*  
Universidad de San Martín de Porres

---

*All legislative acts shall have continuity in time. However, sometimes these acts contain defects that cause their unconstitutionality and the subsequent expulsion from the legal order. The important question that arises is: When can a legislative act be declared unconstitutional? Which are the defects that cause the expulsion of a law from the legal system?*

*In this article, the author seeks to address these questions through a presentation of the legal defects that cause the invalidity of an act. The author pays special attention to the discussed legislative power excess defect, contrasting foreign case law with jurisprudence from the Peruvian Constitutional Court to determine if it is enough for an act to have this defect to be declared unconstitutional.*

*Key Words: Constitutional Law; Constitutional Court; legislative power excess; defects of the law; unconstitutionality.*

*Los actos legislativos deben tener continuidad en el tiempo. Sin embargo, muchas veces estos actos contienen vicios que ocasionan su inconstitucionalidad y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico. La gran pregunta que surge entonces es: ¿Cuándo un acto legislativo puede ser declarado inconstitucional? ¿Cuáles son los vicios que causan la expulsión de una ley del sistema normativo?*

*En el presente artículo, el autor busca responder estas interrogantes mediante la presentación de los vicios de la ley que ocasionan la invalidez de ésta. El autor presta especial atención al discutido vicio de exceso de poder legislativo, contrastando jurisprudencia extranjera con aquella del Tribunal Constitucional peruano para determinar si basta que una ley tenga este vicio para que pueda ser declarada inconstitucional.*

*Palabras clave: Derecho Constitucional; Tribunal Constitucional; exceso de poder legislativo; vicios de la ley; inconstitucionalidad.*

---

\* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación 10792-2015-CEDC/USMP, sobre “El proceso de inconstitucionalidad de las leyes en el Perú”. Fue presentado al V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Universidad Católica de Santa María y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, en la ciudad de Arequipa, entre el 30 de octubre y el 1 de noviembre de 2014. El autor quiere agradecer a los profesores Omar Sar Suárez y Oscar Pazo Pineda, del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, por sus comentarios y críticas a versiones preliminares de este trabajo.

\*\* Abogado. Ex Responsable Académico de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres (USMP). Ex Coordinador de la Sección de Amparos contra Resoluciones Judiciales y ex Jefe de la Comisión de Control de Constitucionalidad del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la USMP y en la Universidad San Ignacio de Loyola. Contacto: edgarcario0@gmail.com.

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar las razones o los motivos por los cuales una ley —o una norma con rango de ley— puede ser declarada inconstitucional. Aunque se evalúa específicamente la problemática asociada a las fuentes que se controlan en el proceso de inconstitucionalidad, las consideraciones que siguen aplican también a las que se juzgan en el modelo de la *judicial review*, y aún al caso de los reglamentos o normas de carácter general cuyo cuestionamiento se efectúa a través del proceso constitucional de acción popular.

Se parte del dato que una ley es susceptible de ser calificada como inconstitucional si es que en ésta anida un vicio. Un fenómeno de esta característica se presenta cada vez que, en el proceso de su producción jurídica, el órgano con competencia normativa para dictarla infringe un límite impuesto por la Constitución o el bloque de constitucionalidad. Un “vicio”, así, es el efecto de no respetarse las normas constitucionales de carácter formal, material o competencial que disciplinan su proceso de producción jurídica y, por tanto, la “razón” o el “motivo” por el cual el órgano autorizado por el sistema —Tribunal Constitucional, Poder Judicial o ambos a la vez— declaran su invalidez<sup>1</sup>.

Según cuál sea el límite infringido, los vicios de la ley pueden ser: (i) materiales; (ii) formales; y, (iii) competenciales. Sin embargo, en el Derecho y la jurisprudencia constitucionales comparados se discute si, además de dichos vicios o motivos impugnatorios de la ley, es posible comprender también al denominado “exceso de Poder Legislativo”. En este trabajo se da cuenta de su problemática y se analiza su tratamiento, aún embrionario, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

## II. VICIOS PROCEDIMENTALES O DE FORMA

Una fuente formal del Derecho con rango de ley puede ser impugnada en el proceso de inconstitucionalidad por adolecer de un vicio de esta naturaleza, cuando en el *iter* de su aprobación, sanción, promulgación y publicación no se han respetado los requisitos y el procedimiento que la Constitución establece<sup>2</sup>.

Como afirma Guastini, el vocablo “forma” condensa “[...] en sí mismo un doble significado: por un lado, significa procedimiento; por otro, denota todo aquello que resta si se hace abstracción del contenido. Se dice pues, que una ley está afectada por un vicio de forma cuando su inconstitucionalidad depende no ya de su contenido prescriptivo [...], sino del hecho que ésta no ha sido producida según el procedimiento previsto por las normas constitucionales que regulan la creación de la ley”<sup>3</sup>.

El inciso 4 del artículo 200 de la Constitución describe a este supuesto de invalidez como inconstitucionalidad por la “forma”. Sus alcances fueron especificados en su momento por el inciso 2 del artículo 21 de la derogada Ley 26435 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—, al señalar que ésta se produce “cuando [las normas con rango de ley] no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución” [el agregado es nuestro].

Una disposición semejante no ha vuelto a reproducirse en el Código Procesal Constitucional. Al menos no con referencia a este vicio. El más próximo a este es el artículo 76 de dicho Código, que, al aludir a la invalidez formal de los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, precisa que ésta se produce cuando aquéllas “no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según sea el caso”.

De cualquier forma, no solo cuando se transgrede la “forma prescrita por la Constitución” se incurre en un vicio de esta naturaleza. En muchas ocasiones, el procedimiento de creación de una fuente con rango de ley no se detalla de modo integral en la Ley Fundamental, sino también en fuentes de carácter legal a las que aquélla encarga la tarea de prescribir cuál ha de ser el procedimiento a observar o las condiciones formales que se tienen que satisfacer (por ejemplo, el Reglamento del Congreso, tratándose de fuentes de origen parlamentario)<sup>4</sup>.

Supuestos como los de este tipo son más comunes de lo que podría imaginarse. Su problemática está asociada a la transformación que ha sufrido el sistema de fuentes del Derecho en los Estados mo-

<sup>1</sup> GUASTINI, Riccardo. “Teoria e dogmatica delle fonti”. Milán: Editorial Giuffrè. 1998. pp. 133-134.

<sup>2</sup> Sobre las fases del procedimiento legislativo. Ver: RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. “Sanción, promulgación y publicación de las leyes”. Madrid: Editorial Tecnos. 1987. pp. 20-31; DELGADO-GUEMBES, César. “Manual del Parlamento: Introducción al estudio del Congreso peruano”. Lima: Congreso de la República. 2012. pp. 337-340.

<sup>3</sup> GUASTINI, Riccardo. “Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho”. Barcelona: Editorial Gedisa. 1999. p. 333.

<sup>4</sup> CERVATI, Angelo A. “Il controllo di costituzionalità sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale”. En: CRISAFULLI, Vezio. “Scritti sulla Giustizia Costituzionale in onore di Vezio

ernos. A diferencia de los del siglo XIX, que eran ordenamientos simples, los de nuestra época son complejos, pues en su seno coexisten una pluralidad de órganos que cuentan con autorización para ejercer competencias normativas, y también una diversidad de fuentes formales del Derecho que ostentan el mismo rango de la ley, cuya disciplina y regulación la Constitución renuncia a prescribir del todo y, en vez de ello, reenvía a que lo hagan otras fuentes de distinto rango.

En estos casos, la infracción de los límites procedimentales que contienen estas “reglas de reconocimiento” —en la terminología de Hart<sup>5</sup>— genera una infracción indirecta de la Constitución, no porque éstas tengan una jerarquía formal superior a aquéllas, sino porque detrás de su no observancia, en realidad, se plantea un desconocimiento de la juridicidad de las normas constitucionales que autorizan el establecimiento de límites formales. Y se dice que se está al frente de una “inconstitucionalidad indirecta” pues el juicio de invalidez constitucional no resulta de la confrontación entre ley y Constitución, sino de un esquema trilateral, donde la inconstitucionalidad de la norma legal es consecuencia de haber infringido un límite procedimental impuesto por otra norma de su mismo rango, a la que la Constitución le encomendó precisamente esa función, esto es, la de establecer límites formales<sup>6</sup>.

La cuestión que fenómenos de esta naturaleza suscitan es si cualquier infracción en el procedimiento establecido, o de los requisitos que contempla una norma interpuesta, es capaz de desencadenar una declaración de inconstitucionalidad formal. En nuestra opinión, una respuesta concluyente, en uno u otro sentido, no es posible. Depende de una serie de factores, como son: (i) el tipo de fuente sometida al control; (ii) la entidad de la infracción procedimental; y, (iii) su relación, más próxima o más distante, con principios constitucionales que

se espera se garanticen en el procedimiento de elaboración de estas fuentes.

Piénsese, por ejemplo, el supuesto de un decreto legislativo dictado fuera del plazo contemplado en la ley autoritativa, o la aprobación de una ley ordinaria sin contarse con el quórum para que el Pleno del Congreso de la República pueda sesionar<sup>7</sup>. Si casos como estos no ofrecen dudas acerca de la invalidez formal en la que incurrirían, no parece que se encuentre en la misma situación la aprobación de una ley que no observe el requisito de la doble votación que contempla el artículo 73 del Reglamento Parlamentario<sup>8</sup>.

El Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre el especial cuidado que ha de tenerse al evaluar una infracción de límites formales incorporados en normas de esta clase. Así, por ejemplo, en la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26637, donde, al cuestionarse que en su aprobación se infringió el artículo 75 del Reglamento del Congreso —que prevé el cumplimiento de determinados requisitos a efectos de que un parlamentario ejerza su derecho de iniciativa legislativa—, sostuvo que dicho precepto reglamentario no se encontraba “comprendido dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado, [por lo que] no forman parte del bloque de constitucionalidad, [...] [y, por tanto] la evaluación de su alegada vulneración, es una cuestión que no se encuentra dentro de las competencias asignadas por el artículo 202 [de la Constitución] a este Supremo Intérprete de la Constitución”<sup>9</sup> [el agregado es nuestro].

Aunque el Tribunal no haya sido lo suficientemente explícito, ha entendido que no toda afectación del Reglamento del Congreso habilita la posibilidad de un control de constitucionalidad<sup>10</sup>. Este se encuentra reservado sólo para aquellas infracciones

<sup>5</sup> HART, Herbert. “El concepto de Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1968. pp. 116-120.

<sup>6</sup> CARPIO MARCOS, Edgar. “Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (El caso peruano)”. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador). “Constitucionalismo y derechos humanos. Ponencias peruanas al VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional, México, D.F., 12-15 de febrero de 2002”. Lima: Grijley. 2002. pp. 29 y siguientes.

<sup>7</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0006-2003-PI, de fecha 1 de diciembre de 2003, Fundamento Jurídico 28, el Tribunal exhortó al Parlamento para que fije el número de votos necesarios que se requerirían para aprobar una ley ordinaria.

<sup>8</sup> Ver: (i) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0002-2005-PI, de fecha 18 de febrero de 2005. Fundamento Jurídico 9; y, (ii) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0003-2008-PI, de fecha 1 de febrero de 2010. Fundamentos Jurídicos 9-25.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0004-96-I, de fecha 3 de enero de 1997, publicada el 25 de enero de 1997 en el Diario Oficial “El Peruano”. Fundamento Jurídico 2.g.

<sup>10</sup> CARPIO MARCOS, Edgar. “El reglamento parlamentario como canon de control de la acción abstracta de inconstitucionalidad”. En: ARISMENDI, Alfredo y Jesús CABALLERO (Coordinadores). “El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje a Allan R. Brewer Carías”. Tomo 1. Madrid: Editorial Civitas. 2003. pp. 1075 y siguientes. También ver: CHELI, Enzo. “Giustizia Costituzionale e sfera parlamentare”. En: Quaderni Costituzionali 2. 1993. pp. 264-265.

reglamentarias: (i) que tienen, a su vez, un vínculo directo en la Constitución; o, (ii) que representan una proyección del principio democrático en el procedimiento legislativo, en particular, de que la regla de la mayoría no impida o dificulte que las minorías puedan participar en el proceso de formación de la ley<sup>11</sup>.

Por otro lado, la determinación de la inconstitucionalidad de una norma basada en los *interna corporis acta* de su formación presenta ciertas particularidades, rara vez observables cuando se impugna la ley por otros vicios impugnatorios. En concreto, se sale del juicio **abstracto** que normalmente caracteriza al control de constitucionalidad, esto es, del contraste entre dos normas –Constitución y Ley–, donde el resultado de la decisión es consecuencia de la compatibilidad –o no– que exista entre ambas.

Es que cuando se impugna que una norma es inválida por vicios en el procedimiento de su elaboración, la verificación de tal infracción algunas veces requiere la actuación de material probatorio –verbigracia, constancia del quórum con el que fue aprobado, mayorías no cumplidas, etcétera–, que toca ofrecer a las partes o recabar al Tribunal Constitucional ejerciendo sus poderes instructores<sup>12</sup> (artículo 119 del Código Procesal Constitucional)<sup>13</sup>.

En fin, cuando el Tribunal advierte que un acto legislativo adolece de vicios formales, por lo general, dispone la anulabilidad total de la ley o norma con rango de ley, y no sólo de algunos de sus preceptos, como normalmente suele ocurrir cuando la norma está afectada de vicios materiales, salvo que la ilegitimidad formal solo pueda predicarse de una o algunas de las disposiciones que lo integran<sup>14</sup>.

### III. VICIOS MATERIALES O DE FONDO

Con carácter general, una ley o norma con rango de ley es inconstitucional por adolecer de vicios materiales cuando afecta una norma sustantiva de la Constitución. Verbigracia: (i) cláusulas relativas a derechos fundamentales; (ii) garantías institu-

cionales; (iii) principios constitucionales; (iv) prohibiciones al legislador, entre otras. Este vicio es calificado por el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución como un supuesto de inconstitucionalidad por el “fondo”.

Las normas materiales de la Constitución, si bien no encauzan el procedimiento de producción de las normas jurídicas, sí tienen por objeto limitar el contenido normativo que puedan albergar los actos legislativos, de tal forma que cualquier transgresión de estos genera la invalidez material de la norma. La existencia de un vicio material en el acto legislativo no hace referencia a cómo ésta ha sido elaborada, tampoco a aquello que se regula, sino fundamentalmente al “modo como un determinado objeto es regulado”<sup>15</sup>.

Para algunos, este tipo de infracciones a la Constitución es siempre de carácter “directo”, en el sentido que la determinación de invalidez del acto legislativo se obtiene de su confrontación con el texto constitucional, sin intermediación de norma interpuesta alguna<sup>16</sup>. Creo, sin embargo, que un vicio de esta naturaleza también es posible de identificar a partir de su contradicción con alguna norma que conforma el bloque de constitucionalidad. Ello se debe a que, en ciertas ocasiones, el modo en que debe desarrollarse una determinada materia no viene –solo– determinado por la Constitución, sino también puede serlo por una norma interpuesta.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del complejo proceso de producción de los decretos legislativos (artículo 104 de la Constitución). Si la ley autoritativa tiene la capacidad de fijar el modo en que una materia puede ser regulada, entonces un decreto legislativo que burlara las condiciones de la delegación sería “materialmente” contrario a aquélla y, como sucede con todos los casos en los que el parámetro está conformado por una norma interpuesta, “indirectamente” contrario a la Constitución<sup>17</sup>.

Ahora bien, muchas y muy variadas son las hipótesis de infracciones por el fondo pues, como se

<sup>11</sup> BIGLINO CAMPOS, Paloma. “Los vicios en el procedimiento legislativo”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. pp. 153-161.

<sup>12</sup> GROPPi, Tania. “I poteri istruttori della Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi”. Milán: Editorial Giuffrè. 1997.

<sup>13</sup> RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles. “Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material”. En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho 30. 2007. p. 545.

<sup>14</sup> Entre otras: (i) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0003-2006-PI, de fecha 4 de setiembre de 2006; y, (ii) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 002-2011-PCC, de fecha 27 de agosto de 2011.

<sup>15</sup> GUASTINI, Riccardo. “Lezioni di Teoria Costituzionale”. Turín: Editorial Giappichelli. 2001. p. 81.

<sup>16</sup> PUNSET BLANCO, Ramón. “Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes”. En: Revista Española de Derecho Constitucional 43. 1995. pp. 214 y siguientes.

<sup>17</sup> CARPIO MARCOS, Edgar. “Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano)”. Óp. cit. Loc. cit.

comprenderá, el grueso de preceptos constitucionales contiene, expresa o implícitamente, mandatos –de hacer o no hacer– que el legislador no puede desconocer. Sin embargo, ello no debe llevar a pensar que todos los preceptos materiales de la Ley Fundamental ofrezcan igual grado de dificultad a la hora de analizar si una ley es válida o no<sup>18</sup>. Por ello, sin un criterio exhaustivo y siguiendo al que en su momento realizó Manuel Aragón<sup>19</sup>, vayamos a distinguir entre infracciones a: (i) reglas constitucionales; (ii) preceptos constitucionales que enuncian normas legales; y, (iii) principios constitucionales. Veamos:

- a) Si por “regla” se entiende un precepto constitucional que, al precisar un hecho, establece una consecuencia jurídica –norma completa–, un vicio material en la ley se derivará de la ausencia de compatibilidad entre lo dispuesto por ella –sobre el hecho o la consecuencia jurídica– y lo previsto por la Constitución<sup>20</sup>. Verbigracia, en su momento, la Ley 26657, cuyos alcances eran contrarios al artículo 112 de la Ley Fundamental, que prohibía que el Presidente de la República en ejercicio pueda reelegirse por más de un periodo presidencial adicional.
- b) Dado que la Constitución no es un reglamento o un código que pueda desarrollarlo todo hasta en sus detalles más mínimos, es común que ella deje al legislador la tarea de desarrollar algunos de sus preceptos. Por ejemplo, la regulación de los términos sobre cómo debe entenderse la “protección adecuada” contra el despido arbitrario al que se refiere el artículo 27 de la Constitución.

En tales supuestos, si bien la **eficacia** de las normas constitucionales queda supeditada al desarrollo que el legislador pueda realizar, ello no significa que dichos preceptos no tengan valor normativo y, menos aún, que no puedan servir por sí mismos como

parámetro de control de las normas sometidas al enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

También esta clase de normas constitucionales albergan en su seno un mínimo constitucionalmente exigible al legislador, cuya observancia debe ser garantizada por las leyes de desarrollo que se dicten, de modo que la constatación de vicios materiales en ellas será consecuencia de que desarrollen un contenido opuesto al mínimo constitucionalmente exigible por preceptos de esta clase.

- c) A diferencia de las normas completas, no es infrecuente encontrar en la Constitución normas que tienen la estructura de principios, esto es, mandatos que exigen ser optimizados. Según Robert Alexy, los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible”. Ese ámbito de las posibilidades jurídicas de su aplicación no se determina en abstracto, sino en cada ocasión que se le opongan otros principios o reglas del mismo rango<sup>22</sup>.

También la Constitución contiene normas que tienen la estructura de “directrices”, esto es, normas que señalan que deben alcanzarse ciertos fines u objetivos colectivos, sin disponer cuáles hayan de ser los medios que deban utilizarse ni el grado de eficiencia con que deba obtenerse<sup>23</sup>.

En ambos casos, estamos frente a normas que se encuentran en una situación distinta a las “reglas” y a los “preceptos que enuncian normas”, no solo en cuanto a su estructura, pues, además de tener una formulación vaga e indeterminada, y basarse su contenido normativo en la generalidad y no en la singularidad, carece de mandatos directos. Pero, de otro lado, tampoco su aplicación se efectúa mediante la técnica de la subsun-

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo y Valeria MARCENÒ. “Giustizia Costituzionale”. Milán: Il Mulino. 2012. pp. 220 y siguientes. Del mismo: ZAGREBELSKY, Gustavo. “La legge e la sua giustizia”. Bolonia: Il Mulino. 2008. pp. 205 y siguientes.

<sup>19</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. “Constitución, democracia y control”. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. 2002. pp. 47 y siguientes.

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo y Valeria MARCENÒ. Óp. cit. pp. 220-221.

<sup>21</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid: Editorial Civitas. 1988. pp. 68 y siguientes. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ya sea a propósito del derecho a la seguridad social (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1417-2005-PA, de fecha 8 de julio de 2005. Fundamento Jurídico 12), o en relación al derecho a la pluralidad de la instancia (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 4235-2010-PHC, de fecha 11 de agosto de 2011. Fundamento Jurídico 12).

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. “Teoría General de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007. pp. 67-68.

<sup>23</sup> RUÍZ MANERO, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En: AGUILÓ, Josep; ATIENZA, Manuel y Juan RUÍZ MANERO. “Fragmentos para una teoría de la Constitución”. Madrid: Iustel. 2007. pp. 63 y siguientes.

ción, que es la que se emplea para aplicar las “reglas”, sino a través de la “ponderación”<sup>24</sup>.

Esta singularidad pesa a la hora de identificar cuándo una ley o una norma con rango de ley las ha afectado. Habitualmente observamos que el Tribunal ha considerado una norma constitucional como principio cuando, detrás de la argumentación con la que resuelve el caso, apela a técnicas como la ponderación o el principio de proporcionalidad.

Así y todo, debe quedar claro que cualquiera sea la “clase” de norma constitucional que pueda ser afectada materialmente por un acto legislativo, ello no genera “sub-modalidades” de este vicio o motivo impugnatorio. La infracción material a la Constitución es una sola: la que se deriva del hecho que una norma con rango de ley afecte una norma sustantiva del texto fundamental. El propósito de identificar las clases de normas constitucionales no tiene otro fin que advertir la diversa **intensidad** del control que sobre la ley puede recaer.

Y es que, como ha expresado María Luisa Balaguer, tratándose de una inconstitucionalidad material, “hay que tener en cuenta cuál es el margen en el que el legislador puede moverse en su ámbito de competencia para legislar en el marco de la Constitución, dado que entre ésta y la ley opera un círculo concéntrico, donde el legislador puede moverse libremente. Rebasado ese círculo, el legislador se ha excedido del marco establecido, y esa ley es inconstitucional”<sup>25</sup>.

#### IV. VICIOS DE INCOMPETENCIA

Un acto legislativo puede encontrarse de acuerdo a una norma sustancial de la Constitución, haberse aprobado siguiendo el procedimiento establecido por ella y, sin embargo, haber sido expedida por un órgano que no tenía competencia para dictarla, o puede que la norma regule una materia cuyo desarrollo la Constitución reserva para otro tipo de acto legislativo.

Este motivo impugnatorio, que la doctrina llama vicio de incompetencia, es consecuencia de que en

un ordenamiento jurídico coexisten una pluralidad de órganos con competencias para crear normas, cuyas relaciones no están sustentadas en una articulación vertical, sino horizontal que, más allá del órgano que las haya dictado, ostentan el mismo rango en el sistema normativo<sup>26</sup>.

Como afirma Zagrebelsky, “donde rige el principio de competencia, las fuentes se confrontan no en términos de mayor o menor eficacia, y tampoco en términos de fuente anterior y fuente posterior (lo que significa que no vale ni el principio de jerarquía ni el de abrogación), sino en términos de recíproca exclusión sobre un determinado campo material”, derivado del hecho “que la Constitución ha individualizado fuentes más idóneas que la ley respecto de determinadas materias”<sup>27</sup>.

- a) Según el mismo Zagrebelsky, en opinión que comparte Guastini, un acto legislativo contiene un vicio de incompetencia formal –llamada también absoluta o subjetiva– si su creación ha sido efectuada por un órgano que no tenía competencia normativa para “producir ese tipo específico de fuente”<sup>28</sup>.

Es el caso, por ejemplo, de “decretos legislativos” o “decretos de urgencia” hipotéticamente expedidos por el Parlamento cuando, como se sabe, la expedición de estos es competencia normativa del Poder Ejecutivo (“derivada”, en el caso del decreto legislativo, y “originaria”, pero excepcional, tratándose de un decreto de urgencia). O, a la inversa: que, siempre en el plano de las hipótesis, el Ejecutivo expida una ley –ordinaria–, o tal vez una ley orgánica, para las cuales no tiene competencia.

Aunque las hipótesis descritas no sean frecuentes, ello no quiere decir que su enunciación carezca de importancia teórica y práctica. Por rescatar sólo una, de las muchas que seguramente pueden ofrecerse: las normas con vicios congénitos de esta naturaleza plantean el problema de si están incursas en un problema de **validez** constitucional o, por el contrario, si solo se tratan de “normas inexistentes” sobre las cuales, por no reco-

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. “On balancing and subsumption. A structural comparison”. En: Ratio Juris 16. 2003. pp. 433 y siguientes. También: (i) la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0012-2010-PI, de fecha 11 de noviembre de 2011; y, (ii) la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0021-2010-PI, de fecha 20 de marzo de 2012. En ellas, el Tribunal analiza problemas de inconstitucionalidad material a partir de disposiciones constitucionales que tienen la estructura de “directrices”.

<sup>25</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador). “Manual de Derecho Constitucional”. Tomo I. Madrid: Editorial Tecnos. 1999. p. 218.

<sup>26</sup> DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”. Barcelona: Editorial Ariel. 1997. pp. 90-91.

<sup>27</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. “Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto”. Turín: Editorial UTET. 1998. pp. 66. También: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “Fuentes del Derecho”. Tomo I: Principios del Ordenamiento Constitucional. Madrid: Editorial Tecnos. 1991. pp. 148-149.

<sup>28</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo y Valeria MARCENÒ. “Giustizia Costituzionale”. Óp. cit. p. 221.

nocerse como partes del sistema normativo, no cabría realizarse ningún enjuiciamiento de constitucionalidad<sup>29</sup>.

- b) Cuando una norma desarrolla un contenido normativo cuya regulación la Constitución ha reservado a otra clase de fuente, se produce un vicio de inconstitucionalidad que Guastini ha llamado de “incompetencia material” (relativa u objetiva)<sup>30</sup>. Ésta, a su vez, puede ser de dos clases:
- (i) Positiva: Una norma es inconstitucional por un vicio de incompetencia material “positiva” cuando, pese a que la Constitución establece cuáles son las materias que ella puede regular, ésta desarrolla un tema que es ajeno al ámbito material de su competencia normativa. Es el caso, por ejemplo, de una Ley Orgánica que regule materias ajenas al ámbito establecido por el artículo 106 de la Constitución, o de un decreto legislativo que regule una materia ajena a la autorizada por la ley habilitante (artículo 104 de la Constitución).
  - (ii) Negativa: Una norma es inconstitucional por vicios de incompetencia material “negativa” cuando, pese a que la Constitución o una norma interpuesta le ha prohibido la regulación de un ámbito material, ella ingresa a desarrollarla. Tal podría ser el caso de un decreto de urgencia que, pese a existir una prohibición constitucional expresa, regule una materia tributaria (artículo 74 de la Constitución).

En definitiva, son diversas las formas y maneras en que pueden presentarse las modalidades de invalidez por carencia de competencia. Ello se debe a que en nuestro ordenamiento son distintos los ór-

ganos que cuentan con competencias normativas, y también son variadas las fuentes que de aquellos emanan y tienen rango de ley<sup>31</sup>.

Aun así, de estas dos variantes de incompetencia material, el segundo párrafo del artículo 75 del Código Procesal Constitucional sólo ha contemplado la denominada incompetencia material positiva, al disponer que se puede declarar inconstitucional, por contravenir el artículo 106 de la Constitución, a un decreto legislativo, decreto de urgencia o una ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica, en aquellos casos en los que éstas hayan regulado materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de ésta. Se trata, sin embargo, de una regulación parcial, que no excluye las diversas hipótesis de vicios de incompetencia que puedan presentarse.

## V. EL EXCESO DE PODER LEGISLATIVO: ¿UN VICIO DE LA LEY?

Fuera de estos clásicos motivos impugnatorios, cabe interrogarse si la irracionalidad, incoherencia interna, irrazonabilidad o arbitrariedad del acto legislativo podrían considerarse como vicios cuya constatación permita declarar su inconstitucionalidad. Algunos tribunales, entre ellos la Corte Costituzionale italiana, los han admitido. Otros, en cambio, los han negado.

### A. El caso italiano

En Italia, a este motivo impugnatorio, cierto sector de la doctrina lo ha denominado *ecceso di potere* del legislador, evocando así la formulación de la teoría del “exceso de poder” del Consejo de Estado francés, de la primera mitad del siglo XIX<sup>32</sup>. Sin embargo, como pone de relieve Sebastián Martín-Retortillo<sup>33</sup>, en Italia se le ha dado una cobertura que no coincide exactamente ni con el *excès de pouvoir* ni con el *détournement de pouvoir* del Derecho Administrativo francés<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> El clásico trabajo de Carlo Esposito: ESPOSITO, Carlo. “La validità delle leggi”. Milán: Editorial Giuffrè. 1964. pp. 233 y siguientes. También: RUGGERI, Antonio y Antonino SPADARO. “Lineamenti di giustizia costituzionale”. Turín: Editorial Giappichelli. 2001. pp. 136-138.

<sup>30</sup> El lúcido planteamiento de Riccardo Guastini, que en lo sustancial seguimos: GUASTINI, Riccardo. “Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del Derecho”. Óp. cit. pp. 331-337.

<sup>31</sup> PUNSET BLANCO, Ramón. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>32</sup> PASSAGLIA, Paolo. “L’invalidità procedurale dell’atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto”. Turín: Editorial Giappichelli. 2002. pp. 82-101. También: CASAL, Jesús María. “Constitución y Justicia Constitucional”. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. 2000. pp. 53-70.

<sup>33</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”. En: Revista de Administración Pública 23. 1957. pp. 33 y siguientes.

<sup>34</sup> Sobre el exceso de poder en la doctrina administrativa: SANDULLI, Aldo. “Ecceso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati”. En: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 2. 1995. pp. 329 y siguientes; CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “La desviación de poder”. Madrid: Editorial Civitas. 1999. Para la proyección de esta doctrina en el proceso constitucional de inconstitucionalidad: SCACCIA, Gino. “Ecceso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza”. En: Política del Diritto 3. 1999. pp. 387 y siguientes; CORASANITI, Aldo. “La ragionevolezza come parametro del giudizio di legittimità costituzionale”. En: Diritto e Società 1. 1995. pp. 1 y siguientes.

En concreto, la teorización del *ecceso di potere*, como vicio de la ley<sup>35</sup>, se elaboró sobre los alcances del concepto de “legitimidad constitucional” que utiliza el artículo 134 de la Constitución italiana de 1948 que, a su vez, se deriva de la noción de la “legitimidad administrativa”, que alberga como vicios invalidantes del acto administrativo las figuras de la “violación de la ley”, la “incompetencia” y el “*ecceso di potere*”.

Una vez que la Corte Constitucional italiana empezó a funcionar, algunos consideraron que si el concepto de “legitimidad constitucional” se derivaba del Derecho Administrativo –y, en aquél, un acto de la Administración podía ser anulado por incurrir en el vicio de *ecceso di potere*–, entonces, con el traslado de dicha categoría al ámbito de la jurisdicción constitucional, la Corte estaría autorizada a declarar la inconstitucionalidad de una ley por incurrir en un vicio semejante.

Desde este punto de vista, un acto legislativo podría ser declarado inconstitucional si el legislador pretendiera conseguir fines u objetivos distintos o incompatibles con aquellos fijados por la Constitución, para cuya prosecución precisamente se le ha atribuido a este de la competencia legislativa. Del hecho que el Parlamento no sea un simple ejecutor de la Constitución –ya que se trata de un órgano que cuenta con una amplia libertad de configuración legislativa– no se deriva que este pueda apartarse de las indicaciones y objetivos que el legislador se encuentra forzado a desarrollar.

Por cierto, este no es el único supuesto en el que el legislador podría incurrir en un vicio de esta naturaleza. A partir de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, algunos han individualizado diversas modalidades que lo configurarían. Entre estos, tenemos<sup>36</sup>:

- a) La falta de congruencia lógica de la ley respecto a sus propios motivos (ilogicidad manifiesta);

- b) La inexistencia de elementos objetivos y razonables en un tratamiento diferenciado realizado por el acto legislativo: y,
- c) Finalmente, que la ponderación de los hechos realizados por el legislador al adoptar un acto legislativo se apoye en una lectura irreal de las cosas, al tiempo que se exprese en el mandato finalmente adoptado<sup>37</sup>.

Desde luego, no ha sido pacífica la recepción de esta doctrina, ni tampoco ha estado exenta de duras críticas. Pero ello no ha impedido que la Corte, algunas veces, haya practicado un control con estos alcances, aunque este no haya terminado en evaluar el mérito, oportunidad o conveniencia del dictado de una ley por el legislador (por otra parte, prohibida por el artículo 87 de la Ley de 11 de marzo de 1953).

Y es que, a diferencia de lo que sucede cuando en un acto legislativo anidan vicios formales, materiales o competenciales, donde el juicio de validez es el resultado de contrastar –directa o indirectamente– normas de distinta jerarquía, la constatación de diversos supuestos del *ecceso di potere* legislativo requiere muchas veces un control que gira solo alrededor del propio acto legislativo enjuiciado<sup>38</sup>.

Esta estructura del escrutinio, desde luego, plantea múltiples problemas, si es que se tiene en cuenta que el control de validez que se efectúa es uno de “constitucionalidad”. Es decir, donde el objeto controlado solo puede ser censurado por su disconformidad con la Ley Fundamental, y no porque este adolezca de problemas de logicidad, coherencia interna, etcétera. De ahí que la Corte Costituzionale<sup>39</sup>, en los últimos años, haya tratado de objetivarla bajo los alcances del principio de razonabilidad –*ragionevolezza*–, comprendiendo en su evaluación diversos supuestos<sup>40</sup>:

- a) Cuando en el acto legislativo anide una absoluta ilogicidad, incoherencia o arbitrariedad

<sup>35</sup> Una postura crítica sobre la utilización de la figura del exceso de poder en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, en: MIGNEMI, Giuseppina. “Sull’inesistenza dell’*ecceso di potere* legislativo”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1. 1995. pp. 167 y siguientes.

<sup>36</sup> El clásico trabajo de Carlo Lavagna: LAVAGNA, Carlo. “*Ragionevolezza e legittimità costituzionale*”. En: “*Scritti sulla Corte Costituzionale*”. Nápoles: Editorial Morano. 1966. p. 85 y siguientes. También: SCACCIA, Gino. “*Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*”. Milán: Editorial Giuffrè. 2000. Capítulo IV (*Ragionevolezza ed ecceso di potere legislativo*).

<sup>37</sup> SCACCIA, Gino. “*Ecceso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*”. Op. cit. Loc. cit.

<sup>38</sup> D’ANDREA, Luigi. “*Ragionevolezza e legittimazione del sistema*”. Milán: Editorial Giuffrè. 2005. pp. 53-127.

<sup>39</sup> Por ejemplo: (i) la Sentencia 187 de 1981; (ii) la Sentencia 195 de 1988; (iii) la Sentencia 313 de 1995; o, (iv) la Sentencia 146 de 1996. Al efecto, puede verse: CICCONETTI, Stefano Maria. “*Lezioni di giustizia costituzionale*”. Turín: Editorial Giappichelli. 2001. p. 20; MORRONE, Andrea. “*Il custode della ragionevolezza*”. Milán: Editorial Giuffrè. 2001. pp. 145-276.

<sup>40</sup> Tal vez, por ello, cierto sector de la doctrina italiana ha podido decir que la *ragionevolezza* es una “noción difícil de precisar, polimorfa y ambigua sobre el plano teórico general, e irreductible a una unidad de referencia conceptual y lógica”. Ver: SCACCIA, Gino. “*Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella*



en su motivación; o cuando entre el acto y los presupuestos que sirvieron para su expedición, exista una evidente e insubsanable contradicción, siempre que incida negativamente en bienes o derechos constitucionalmente garantizados;

- b) Cuando el contenido del precepto legislativo se presente como irrazonable respecto a la realización de un fin constitucionalmente establecido; y,
- c) Cuando el acto legislativo, so pretexto de la discrecionalidad del legislador, no es capaz de satisfacer una evaluación de razonabilidad, de manera que justifique la diversidad del tratamiento efectuado<sup>41</sup>.

## B. La experiencia española

A su turno, en España, este vicio invalidante no se ha planteado por el lado de la **desviación de poder** del legislador, sino por influjo del principio de interdicción de la arbitrariedad, proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, que —como lo ha expresado la más importante doctrina<sup>42</sup>— es vinculante —sin excepción— para todos los poderes públicos, entre los cuales se encuentra ciertamente el mismo legislador.

Han sido muchos los pronunciamientos donde el Tribunal Constitucional ha abordado el asunto de la arbitrariedad del legislador, como da cuenta Tomás-Ramón Fernández. Así, por ejemplo, en una de sus primeras sentencias —la del 20 de julio de 1981—, el Alto Tribunal expresaría: “El juicio de la arbitrariedad suele remitirse a la actuación [...] de la administración pública. En este sentido, «arbitrario» equivale a no adecuado a la legalidad y ello tanto si se trata de actividad reglada —desviación de poder—, [etcétera]. Pero la Constitución se refiere a todos los poderes públicos y al hacer-

lo introduce [...] un arma revisora en manos [...] del Tribunal Constitucional.

Cuando se habla de la arbitrariedad del Legislativo no puede tratarse de la adecuación del acto a la norma, pero tampoco puede reducirse su examen a la confrontación de la disposición legal controvertida con el precepto constitucional que se dice violado. El acto legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación —que ésta concierne al artículo 14—, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley<sup>43</sup> [el agregado es nuestro].

Asimismo, en la sentencia del 19 de julio de 1982, señaló que la inconstitucionalidad de una norma podía deberse también a vicios intrínsecos de ella misma, en la medida que carezca de apoyo material o formal, cuya existencia se considera imprescindible “[p]ues de otro modo, la norma [...] se presentaría como la expresión pura y simple de un poder desnudo, de la mera voluntad o capricho de su autor<sup>44</sup>”.

En fin, los alcances de cómo se puede instrumentalizar técnicas de control sobre la ley a través del principio de interdicción de la arbitrariedad son muchos, y sería largo enumerar las razones de las que ha hecho eco el Tribunal Constitucional español. Sin embargo, la primera vez que este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una norma por su arbitrariedad, sin que para ello fuese precisa su conexión con algún otro precepto constitucional, fue en la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, del 22 de marzo de 1988, en la que destacó:

“[...] Esta falta de justificación [de la previsión normativa] supone, en este caso, un acto arbitrario

giurisprudenza costituzionale”. En: LA TORRE, Massimo y Antonino SPADARO. “La ragionevolezza nel diritto”. Turín: Editorial Giappichelli. 2002. p. 393. También: MODUGNO, Franco. “Ragione e ragionevolezza”. Nápoles: Editoriale Scientifica. 2009. p. 61 y siguientes.

<sup>41</sup> MARTINES, Temistocle. “Diritto Costituzionale. Dodicesima edizione interamente riveduta da Gaetano Silvestri”. Milán: Editorial Giuffrè. 2000. pp. 459-460.

<sup>42</sup> Sobre los alcances del principio: (i) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota”. En: Revista de Administración Pública 124. 1991. pp. 211 y siguientes; (ii) GRANADO HUELMO, Ignacio. “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”. En: GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás y Eduardo HINOJOSA MARTÍNEZ (Coord. dinadores). “Discrecionalidad administrativa y control judicial: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía”. Madrid: Editorial Civitas-Junta de Andalucía. 1996. pp. 158 y siguientes; (iii) FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad como punto de partida de la nueva dogmática”. En: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “De la arbitrariedad de la administración”. Madrid: Editorial Civitas. 1994. pp. 81 y siguientes; y, especialmente, (iv) el libro que se cita en la nota siguiente.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional”. Madrid: Editorial Civitas. 1998. pp. 49-50.

<sup>44</sup> Ibid. p. 52.

por parte del legislador, que vulnera la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que establece el artículo 9.3 de la Constitución. Y ello por dos razones: Una, porque supone una flagrante contradicción en el mismo sistema configurado por el legislador (contradicción lógica de la norma) [...]. Y la segunda razón consiste en que, aun prescindiendo de si el artículo 14 de la Constitución es aplicable (derecho de igualdad) a los entes públicos, lo cierto es que [...] [tales instituciones] son tratadas de forma radicalmente distinta sin motivo que lo justifique, y el trato desigual manifiestamente injustificado entraña una arbitrariedad aunque no encaje exactamente en la previsión del artículo 14 de la Norma Suprema” [el agregado es nuestro].

Ahora bien, pese a que el Tribunal ha admitido que el control de constitucionalidad de un acto legislativo también puede fundarse en la arbitrariedad del legislador, tal doctrina no se ha hecho desconociéndose la distinta relación que media entre legislador y Constitución, y la que opera entre Administración y ley; esto es, diferenciando entre supuestos de arbitrariedad del legislador y arbitrariedad en la aplicación de la ley.

En la sentencia del 23 de mayo de 1985, por ejemplo, afirmaría lo siguiente: “[l]a noción de la arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo [ya que] no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquélla en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley” [el añadido es nuestro].

Dicha tesis fue desarrollada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, según la cual: “[l]a función de legislar no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado también que, si el Poder Legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o

sector del ordenamiento, «no es suficiente la mera discrepancia política –ínsita en otra opción– para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión de los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ora en situaciones personales que se creen o estimen permanentes»”. En definitiva, la potestad legislativa “no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares [...]”<sup>45</sup>.

### C. El caso colombiano

Por otra parte, tampoco puede decirse que esta doctrina haya pasado por desapercibida en América Latina.

La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, ha sido una de las primeras en admitir la figura de la desviación de poder como un motivo impugnatorio de la ley en la Sentencia C-456-98, si bien se ha cuidado mucho en señalar que este vicio “[n]o es, como en el derecho administrativo, una causal que pueda invocarse en forma autónoma para pretender la declaración de inconstitucionalidad de una norma; se requiere, por consiguiente, que se alegue y se demuestre por el demandante, en cada caso, que la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales.

Consecuente con lo anterior, estima [...] que se trasgreden las normas receptoras de los aludidos valores, por vía de ejemplo, en los siguientes casos: I) cuando la ley tiene una finalidad discriminatoria, es decir, no realiza el principio de igualdad; II) cuando se desvía la voluntad legislativa del norte que le impone la Constitución de asegurar el respeto a la dignidad humana, y de realizar los fines esenciales del Estado (artículos 1 y 2 C.P.); III) cuando el órgano legislativo se aparta del fin de consultar la justicia, el interés general y el bien común, y decreta «actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas» (artículos 133 y 136-5)”<sup>46</sup>.

Como es obvio, la extensión de la técnica del *exceso di potere* –desviación de poder– a la justicia constitucional y la aparente invasión de la justicia en el ámbito de libertad de configuración que tiene el legislador para desarrollar los preceptos consti-

<sup>45</sup> Ibid. p. 68.

<sup>46</sup> Se trata, en efecto, de la primera sentencia donde se aborda el tema de manera frontal y sin ambages. No obstante, y como la misma sentencia se encargará de recordarlo, con anterioridad la Corte Constitucional, en diversos casos, ha analizado “[l]a necesidad, la racionalidad y razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad de medidas legislativas [...]”.

tucionales han llevado a la Corte a fijarse ciertos límites que, básicamente, podríamos resumir en los siguientes:

- a) En primer lugar, ha destacado que no son materia de control los criterios de oportunidad o de conveniencia plasmados en la decisión política del legislador al expedir la ley. No obstante, tal límite cede cada vez que el acto legislativo se encuentre en contradicción con disposiciones de la Constitución de cuyo contenido pueda evidenciarse una finalidad;
- b) Igualmente, ha recordado que el control tampoco se extiende a los intereses, perjuicios y motivaciones que puedan darse en la actividad de iniciativa legislativa. Y, aunque tampoco ha descartado la posibilidad de que estos móviles puedan ser idóneos para inferir una desviación de poder, solo se han de tomar en cuenta siempre que exista una burla de los fines que la Constitución persigue;
- c) No hay una evaluación de los móviles de uno o cada uno de los miembros del Congreso que participan en la elaboración de la ley, al ser un elemento psicológico de muy difícil precisión. Lo que sí debe considerarse es la voluntad del órgano legislativo, expresada a través del principio mayoritario, sin que ello excluya que, sobre la base del expediente legislativo, se pueda establecer la ilegitimidad del fin frente a la Constitución;
- d) De otro lado, ha destacado que el hecho de que una norma se refiera a una persona o a un grupo de personas determinados no es indicio de ilegitimidad de los fines perseguidos, pues en tales casos la validez de estas normas se encontrará supeditada a la necesidad de que tal tratamiento tenga base objetiva y satisfaga las reglas propias del principio de razonabilidad; y,
- e) Finalmente, ha estimado que, tratándose de una alegación de inconstitucionalidad por desviación de poder, la Corte debe hacer

prevalecer el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, de modo que el control abarque no sólo la forma sino también la materia. Por consiguiente, deberá expulsarse la norma cuando la voluntad auténtica del legislador y la finalidad de la ley no se adecúen a los preceptos de la Constitución.

#### D. El caso peruano

En el Perú, como puede deducirse de una lectura del numeral 4 del artículo 200 de la Constitución o del artículo 75 del Código Procesal Constitucional, el denominado “exceso de poder legislativo” no ha sido considerado entre los posibles vicios de la ley y, por cierto, tampoco ha merecido un tratamiento denso en la jurisprudencia del Supremo Tribunal de la Constitución.

Naturalmente, ello no quiere decir que el Tribunal Constitucional no haya afrontado problemas asociados a la desviación del poder legislativo. Estos se han presentado desde que empezó a funcionar en 1996<sup>47</sup>. Tal vez la primera oportunidad en la cual se le planteó el tema fue con ocasión del cuestionamiento del artículo 4 de su entonces vigente Ley Orgánica.

Si bien la impugnación incidía en la carencia de “razonabilidad” del acto legislativo, algunos de los argumentos de apoyo de la pretensión estaban claramente asociados al exceso de poder legislativo: “[i]nterponemos Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el extremo que exige seis votos para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley e impone al Tribunal Constitucional que en caso de no alcanzar la referida mayoría calificada declare infundada la demanda **restringiendo**, de esa manera, **irrazonablemente el ejercicio del control constitucional**” [El énfasis es nuestro]<sup>48</sup>.

En la exposición de los fundamentos jurídicos que sustentaban el petitorio, los demandantes sostenían que “[e]s evidente que no puede reputarse constitucionalmente válida una norma legal que

<sup>47</sup> Así, por ejemplo: (i) la ley de amnistía dictada para evitar que purguen condena los militares que cometieron delitos de lesa humanidad, cuando, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, el Estado tiene como uno de sus deberes primordiales el de garantizar **la plena vigencia de los Derechos Humanos**; (ii) la ley de interpretación auténtica por virtud de la cual se pretendió evitar que los jueces pudieran efectuar el control judicial de constitucionalidad y, por tanto, inaplicar la referida ley de amnistía; (iii) las leyes que permitieron a diversos órganos constitucionales funcionar bien de manera disminuida o bien con recortes de sus competencias; o, (iv) la polémica ley de interpretación “auténtica” del artículo 112 de la Constitución, relativo a la reelección presidencial. A propósito, Alessandro Pizzorusso da cuenta que en Italia, la Corte Costituzionale ha considerado inconstitucional una ley por *ecceso di potere* cuyo propósito, so pretexto de constituir una interpretación auténtica, era corregir un precedente judicial. Ver: PIZZORUSSO, Alessandro. “Lecciones de Derecho Constitucional”. Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984. p. 18.

<sup>48</sup> Demanda de inconstitucionalidad presentada por el 25% del número legal de congresistas, con fecha 20 de setiembre de 1996

impida o restrinja irrazonablemente el control, pues desnaturalizaría la esencia misma del concepto de Constitución. [...] De ahí que, el legislador al momento de desarrollar el procedimiento para resolver el referido proceso de inconstitucionalidad no pueda desnaturalizarlo de modo tal que limite o entorpezca irrazonablemente su ejercicio. Si lo hace, tal como sucede con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, está ingresando al terreno de la inconstitucionalidad”<sup>49</sup>.

Más adelante, se expresaría uno de los elementos que se encuentra ínsito en la técnica de la desviación de poder: el carácter absurdo de la disposición impugnada.

Se dirá que “el artículo 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional admite la posibilidad de que los magistrados del Tribunal Constitucional emitan votos singulares cuando tengan una opinión discrepante al criterio adoptado por la sentencia [...] Se trata, en realidad, de un derecho que corresponde a «los magistrados que no comparten la opinión mayoritaria» y que les permite explicitar y difundir su opinión discrepante. [No obstante] el artículo 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite que una minoría que vota en contra, conformada por uno (si otro se encuentra ausente) o dos magistrados, se convierta por mandato legal en una mayoría que impone su criterio sobre los demás. Se desnaturaliza, así, hasta llegar al absurdo, el concepto mismo del voto singular o particular, pues según el citado artículo ahora dicho voto [singular] corresponde a la mayoría si no obtiene 6 votos conformes”<sup>50</sup> [El agregado es nuestro].

No obstante, al momento de expedirse sentencia, por mayoría<sup>51</sup>, el Tribunal Constitucional no se detuvo en esclarecer si la desviación de poder constituía un vicio invalidante del acto legislativo. La cuestión, pues, aunque planteada, no mereció un análisis detenido.

Lo curioso de todo ello es que apenas unos días antes, el 28 de octubre de 1996, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0646-96-AA, este precisamente se valió de la incoherencia

intrínseca de una norma para **inaplicar** el precepto legal por inconstitucional. Se discutía, en concreto, el establecimiento del llamado “impuesto mínimo a la renta” dentro de la normatividad que regula el impuesto a la renta. Este impuesto mínimo, a diferencia de lo que sucede con el impuesto a la renta, tenía por propósito gravar en el orden del dos por cien los activos fijos a todas aquellas personas que no se encontraran afectos al impuesto a la renta.

En tal caso, si bien no realizó un proceso argumentativo sobre el *ecceso di potere* del legislador, el Tribunal afirmó que “[e]l establecimiento del impuesto mínimo a la renta [...] supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida [...] sino el capital o sus activos netos”, para terminar señalando que tal desnaturalización no observaba los límites constitucionales a los que se encuentra sujeto el ejercicio de la potestad tributaria.

Con tal pronunciamiento, al margen de las inevitables derivaciones al campo de los derechos fundamentales –circunstancia comprensible, pues se trataba de un proceso de amparo y no de uno de inconstitucionalidad de las leyes–, el Tribunal realizó, en parte, una evaluación de la coherencia lógica de la norma<sup>52</sup>: no puede establecerse en un impuesto destinado a imponer fiscalmente las ganancias o beneficios un gravamen al capital, esto es, un fin ajeno a la norma impositiva.

En opinión del Tribunal, las disposiciones legales que lo creaban eran “desproporcionadas” por carecer de coherencia intrínseca dentro del contenido regulatorio del impuesto a la renta. Con ello, el Tribunal terminaba por censurar que el legislador no fuese coherente con los fines que perseguía alcanzar, y que la desviación, con aquello que se proponía, por ese sólo hecho o porque también incidía en el contenido de ciertos derechos fundamentales, tornaba inválida la disposición.

La cuestión no volvió a plantearse hasta pasados unos años<sup>53</sup>. En el 2004, con ocasión de la deman-

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0005-96-I, de fecha 19 de diciembre de 1996.

<sup>52</sup> MIGNEMI, Giuseppina. Óp. cit. pp. 175 y siguientes.

<sup>53</sup> También está la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0005-2001-AI, de fecha 15 de noviembre de 2001, a través de la cual el Tribunal consideró que era inconstitucional la ley autoritativa Ley 26950, puesto que no existía coincidencia entre la materia delegada y los objetivos de la delegación, lo que generó “[l]a irracionalidad de la ley autoritativa y, por lo tanto, en último análisis, su inconstitucionalidad”. Al respecto: HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “El proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Reflexiones a partir del Código Procesal Constitucional y la experiencia reciente”. En: PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador). “El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde”. Segunda edición. Tomo II. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Editorial Grijley e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. 2007. p. 860.

da de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 26844, el Tribunal declararía que el cuestionamiento de haberse desnaturalizado el ejercicio de la función legislativa al dotar de eficacia legal a actos practicados antes de su entrada en vigencia, no probaba que “el legislador haya incurrido en un exceso de poder legislativo [...]”<sup>54</sup>. Naturalmente, una afirmación en ese sentido podía leerse de diversos modos. Uno de ellos, seguramente, es que si se probaba que el Parlamento había incurrido en exceso de poder legislativo, tal vez la ley hubiese sido declarada inconstitucional.

Sin embargo, tal impresión debe matizarse a la luz de lo que diría el Tribunal Constitucional una semana después, con ocasión del cuestionamiento de la Ley 28194, al amparo de su supuesta formulación anti-técnica. En el fundamento jurídico 4 de la Sentencia recaída en el Expediente 0004-2004-AI, de fecha 21 de setiembre de 2004, el Tribunal afirmarí: “Cabe precisar que tal alegación no puede merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad el «antitecnicismo» de las leyes, o, acaso, su «ineficiencia», sino tan solo su compatibilidad formal y material con la Carta Fundamental”.

Dicha tendencia sería definitivamente zanjada luego, con ocasión de resolverse la demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de la Ley 29413. Uno de los motivos en los que se sustentó el cuestionamiento tenía que ver con “[I] a falta de coherencia entre la Disposición Complementaria Única de la Ley 29413 y el resto de su articulado”<sup>55</sup>. El Tribunal Constitucional sería drástico en negar la admisibilidad de la admisión de un vicio de esa naturaleza:

“Tras la alegación [...] subyace el planteamiento de que este Tribunal tendría la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley, además de los vicios formales, materiales o competenciales que pueda anidar, porque ésta también adolece del vicio de «exceso de poder» o «desviación de poder» [...].

Al respecto, y con independencia de que el problema derivado de la incongruencia interna de un acto administrativo se comprenda ya como una

manifestación de «exceso de poder» o ya como una expresión de «desviación de poder» (lo que varía según los ordenamientos jurídicos nacionales que los recepcionan), el Tribunal está en la necesidad de recordar que las contradicciones internas de la ley, que entre otras razones se originen en la desvinculación del contenido material de una disposición con las demás que la integran, no autoriza, por sí sola, a que podamos declarar su inconstitucionalidad.

Ello es consecuencia del tipo de control de validez que en el seno de este proceso este Tribunal está autorizado a realizar. [...] Tal escrutinio de constitucionalidad no comprende un examen interno del acto legislativo, en el que se evalúe si las disposiciones de una ley son coherentes (o no) consigo mismas, o acaso si éstas resultan conformes (o no) con los fines que otras de su misma clase y rango promuevan.

Un control semejante está excluido en esta sede porque cualquiera sea la situación que resulte, de ello *prima facie* no se deriva una infracción al principio de jerarquía normativa y, en particular, al principio de supremacía de la Constitución. De manera que para que en el seno de este proceso pueda analizarse un problema relacionado con la ilogicidad interna de una ley, es preciso que ésta se presente vinculada a la afectación de algún derecho, principio o bien constitucionalmente tutelado”<sup>56</sup>.

Como puede observarse, si bien en los inicios el Tribunal admitió de manera embrionaria el cuestionamiento de una ley por adolecer de exceso de poder, con el tiempo esto se ha disipado, al negarse a considerarlo como un vicio cuya no observancia, de manera autónoma, pueda servir para declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo<sup>57</sup>.

Un desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal en ese sentido ha venido de la mano del virtual abandono de su doctrina jurisprudencial en torno al principio de interdicción de la arbitrariedad, que el Tribunal, en los primeros años de su funcionamiento, afirmó estaba implícitamente constitucionalizado en el principio de razonabilidad –artículo 200 de la Ley Fundamental<sup>58</sup>–, al amparo del cual

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0009-2003-PI, de fecha 15 de setiembre de 2004. Fundamento Jurídico 4.

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00005-2011-PI, de fecha 12 de julio de 2011. Fundamento Jurídico 4.

<sup>56</sup> Ibid. Fundamentos Jurídicos 4-7.

<sup>57</sup> CORASANITI, Aldo. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>58</sup> Así, expresamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0090-97-AA, de fecha 2 de julio de 1998. Fundamento Jurídico 6.b.

## LOS VICIOS DE LA LEY

censuró, en diversos momentos, la actuación de diversos poderes públicos, entre ellos al propio Parlamento<sup>59</sup>.

Tal vez la principal razón para no considerar al exceso de poder legislativo entre los motivos por los cuales se puede invalidar una ley tenga que ver con el tipo de escrutinio al que ésta se vería sometido.

Y es que evaluar al acto legislativo bajo todos los supuestos que en dicho vicio se encuentran comprendidos no comporta realizar un juicio de validez constitucional, es decir, realizar un contraste entre la ley y la Constitución, sino solo una valoración de la ley consigo misma. Y esa es una tarea ajena a los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional de la ley. **T**

---

<sup>59</sup> Fueron muchas las sentencias en las que se destacó la prohibición de arbitrariedad en el acto de aplicación de la ley, especialmente a cargo de los órganos de la Administración Pública. Al efecto: SAÉNZ DÁVALOS, Luis. "La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Revista Peruana de Derecho Constitucional 1. 1999. pp. 554 y siguientes.