

CONTROL Y MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL EN EL PERU (*)

José Palomino Manchego

Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho
en la UNMSM., y de la Academia de la Magistratura.

A Germán J. Bidart Campos,
eminente constitucionalista,
de lenguaje sencillo. (*Sermo facilis*)

SUMARIO:

1.- Justificación	171
2.- El modelo de Magistratura Constitucional en el Perú	172
3.- Tribunal Constitucional Kelseniano y Tribunal Constitucional Peruano	174
4.- El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes ¿Un modelo puro?	179
5.- El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes en los procesos ordinarios	181
6.- La Regulación del Control Judicial de Constitucionalidad en los procesos de tutela de los derechos fundamentales ..	183
7.- El Control Judicial de Constitucionalidad de las normas de carácter general: La acción popular	185
8.- Conclusiones	188

1. Justificación.

Uno de los temas que más incidencia tiene en las actuales circunstancias es el relativo al control constitucional. Habiendo transcurrido cuatro lustros de la implantación del modelo dual o paralelo, resulta pertinente hacer un balance

(*) La presente ponencia fue presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se desarrolló durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradezco las atinadas observaciones y sugerencias de Domingo García Belaunde, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, quienes se han tomado la paciencia de leer con minuciosidad el presente trabajo, y proporcionarme valiosísima información bibliográfica. Ahora, con ciertos maticados, se publica con ocasión del justo homenaje al profesor Germán J. Bidart Campos.

global de la función tuitiva y operatividad que han tenido el Tribunal Constitucional ("intérprete supremo") y el Poder Judicial (juez ordinario), sobre la base de las relaciones entre ambos órganos —como también ha sucedido con el Poder Legislativo— a las que se han calificado de "tensiones", "conflictos", "fricciones", "invasiones"¹, o "guerra de las cortes"², metáfora esta última que se utilizó para referirse a las relaciones conflictuales que se suscitaron en los años sesenta y setenta del siglo XX entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* italianas.

En tal sentido, la presente ponencia, ajustándose las cuentas al cabo de veinte años, se enmarca en el desarrollo de una sucinta exposición de los modelos de control constitucional que se aplican en el Perú, y la problemática que ha acarreado en el marco de ese proceso expansivo y, al parecer indetenible. Lo cual constituye un reto, tanto para el juez ordinario, como para el "juez de la Constitución". A mayor abundamiento, la expansión de la jurisdicción constitucional³ ha repercutido notablemente en las democracias de Europa y de América Latina.

2. El modelo de Magistratura Constitucional en el Perú.

Apuntado lo anterior, hemos de significar que el modelo de jurisdicción constitucional actualmente vigente en el Perú, es el que un grueso sector de la

¹ Para nuestros efectos, *vid.* los trabajos que se incluyen en Eliseo Aja (Editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998. También, Jesús María Santos Vijande: «Doctrinas» y *jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Editorial Comares, Granada, 1995. Antecede Prólogo de Andrés de la Oliva Santos. De igual forma se pueden consultar las ponencias aparecidas en Ramón Punset Blanco y Jesús Santos Vijande: *Jurisprudencia Ordinaria y Tribunal Constitucional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996; y en el colectivo a cargo de Gerardo Ruiz-Rico Ruiz: *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997. *Vid.*, en el mismo sentido, el reciente trabajo de Marina Gascón Abellán: "Los límites de la justicia constitucional", en *Temas Procesales*, N° 25, Bogotá, 2001, págs. 53-64.

² *Vid.*, por ejemplo, Rosario Serra Cristóbal: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

³ Sobre el tema, es de obligada consulta Domingo García Belaunde—Francisco Fernández Segado (Coordinadores): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998 y Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

doctrina nacional, siguiendo las ideas de García Belaunde⁴, se ha inclinado por calificar de *dual* o *paralelo*. Con ello, se ha querido expresar que la facultad de impartir la justicia constitucional en nuestro país, no la ejercen exclusivamente los jueces del Poder Judicial, en el esquema del denominado sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). Tampoco recae únicamente en el Tribunal Constitucional, al estilo del control concentrado de raíz kelseniana, ni, en fin, tal tarea se ha encargado a un órgano que represente una solución de mixtura orgánica (un *tertium genus*), producto de la conjunción de los dos modelos, originarios, de control jurisdiccional de las leyes.

Contemplado así, la *jurisdictio* constitucional ha sido confiada, simultáneamente, tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional, ambos de estructura orgánica distinta y con competencias, algunas veces originarias y exclusivas (*verbi gratia*, el proceso de inconstitucionalidad o el Conflicto entre órganos constitucionales, residenciados en exclusiva, en sede del Tribunal Constitucional, o la Acción Popular, proceso constitucional residenciado en sede exclusiva del Poder Judicial), y en otras compartidas (como sucede con los procesos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y de Cumplimiento, donde la posibilidad que un proceso sea conocido por el Tribunal Constitucional, exige previamente su tránsito por sede judicial, y siempre que allí se haya obtenido sentencia desestimatoria para el quejoso o accionante).

Importa decir, sin embargo, que tal dualidad de magistratura constitucional⁵ no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control constitucional de las leyes, el americano y el kelseniano⁶. Ello, debido a que la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos, han añadido matices, que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, que bien podría llevarnos a ha-

⁴ Domingo García Belaunde ha dado cuenta de estos vocablos desde el año 1987, y continúa replanteando el tema. Entre varios, *vid.*, sus libros: *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 2ª edición revisada, corregida y aumentada, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000, edición al cuidado y notas introductorias de José F. Palomino Manchego y *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2001.

⁵ Cfr. Néstor Pedro Sagüés: "Un tema polémico: La magistratura constitucional especializada", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de mayo de 1985.

⁶ Desde una perspectiva diferente, últimamente, cfr. Ernesto Blume Fortini: "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución", en *Derecho*, N° 50, Lima, 1996, pág. 167.

blar de la configuración, en puro rigor, de un sistema *dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad*⁷.

3. Tribunal Constitucional Kelseniano y Tribunal Constitucional Peruano.

En el Perú no se ha introducido un sistema de concurrencia o dualidad de modelos *originarios* de magistratura constitucional. Ello es patente de los propios términos en los que se ha configurado nuestro Tribunal Constitucional, por tantas cosas distinto al Tribunal Constitucional moldeado por el ilustre Hans Kelsen (1891-1973)⁸, que ha servido de modelo o paradigma para caracterizar en el mercado comparado al *modelo concentrado o europeo*⁹. Como es sabido, el esquema de Tribunal Constitucional ideado por Kelsen, que fue plasmado originalmente en la Constitución austriaca del 1º de octubre de 1920¹⁰, es un modelo de jurisdicción *concentrada*, constituido en único Tribunal, y que por tanto aparece separado del resto de tribunales de la justicia ordinaria. A éste se confía la dilucidación de las controversias estrictamente jurídico-constitucionales, con absoluta abstracción de los conflictos e intereses que subyacen, tanto en lo referente a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de los mismos¹¹.

Sintetizado lo hasta aquí trazado, resulta que en el esquema kelseniano, corresponde al Tribunal Constitucional guardar la compatibilidad de la ley con la Constitución, de tal forma que cada vez que el Tribunal advierta que una norma jurídica no guarda fidelidad a la Carta Magna, ésta se verá con la expul-

⁷ *Vid.*, salvo la divergencia de los modelos puros y los que actualmente funcionan, Alessandro Pizzorusso: "I sistemi di giustizia costituzionale: Dai modelli alla prassi", en Quaderni Costituzionali, N° 3, Bologna, 1982, págs. 521-533.

⁸ *Cfr.*, por todos, Michel Troper: "Kelsen y el control de constitucionalidad" en Derechos y Libertades, Año II, N° 4, Madrid, 1995, págs. 307-331; Constanza Margiotto Broglio: "La Corte Costituzionale e il modello kelseniano", en Quaderni Costituzionali, N° 2, Bologna, 2000, págs. 333-369; y Giorgio Bongiovanni: *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998. Al final, se incluye bibliografía especializada.

⁹ *Cfr.* Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", en *Ius et Veritas*, Año V, N° 9, Lima, 1994, págs. 17 y sgtes.

¹⁰ Para mayores detalles, *vid.* Pedro Cruz Villalón: *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad. (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 246-261. Antecede Prólogo de Ignacio María de Lojendio Irure.

¹¹ *Cfr.* Marina Gascón Abellán: "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 41, Madrid, 1994, pág. 63.

sión del ordenamiento jurídico, proyectando sus efectos *pro praeterito*, aún cuando no siempre, y *pro futuro*¹². Porque en este enjuiciamiento de la ley, de comprobarse la inconstitucionalidad de la norma objeto del control, el resultado del juicio habrá de llevar al Tribunal a expulsarla del ordenamiento, lo que llevó a Kelsen calificar su labor como propia de un *legislador negativo*¹³. Ciertamente, tras esa configuración del Tribunal Constitucional, subyacen una serie de valoraciones históricas, ideológicas y políticas de la experiencia constitucional europea, en las que aquí no podemos detenernos¹⁴. Lo que sí importa destacar, es que dicho modelo de Tribunal, orgánica y competencialmente, es tributario de una específica concepción en torno a la idea de Constitución que Kelsen maneja¹⁵. Esta concepción, no es otra que la de entenderla como una norma organizativa y procedimental, cuyo objeto va a consistir en fijar la competencia de los órganos del Estado, así como regular la producción de las normas generales¹⁶. La Constitución, en el pensamiento kelseniano, no es una norma que asegure los valores fundamentales de la convivencia social y que vincula a todos sin excepción¹⁷, sino esencialmente la que estructura los órganos del Estado, señala los procedimientos de creación de las demás normas del ordenamiento estatal, y en esa medida, directamente vinculante, con carácter exclusivo, sólo al legislador ordinario¹⁸.

¹² AA.VV. *Effetti temporali delle sentenze delle Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Guiffre editore, Milano, 1989.

¹³ Cfr: Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", citado, págs. 27-28.

¹⁴ Cfr: Mauro Cappelletti: "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado", en *La Justicia Constitucional. (Estudios comparativos)*, traducción del italiano de Luis Dorantes Tamayo, UNAM, México, D.F., 1988, págs. 81-86. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

¹⁵ Sobre el tema, vid. Beniamino Caravita: *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte Costituzionale Austriaca*, Cedam, Padova, 1985, en especial, págs. 57-67.

¹⁶ Para un análisis detallado, vid. Hans Kelsen: *Teoría General del Estado*, reimpresión, traducción del alemán de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, D.F., 1970, págs. 325-327.

¹⁷ Cfr., el libro clásico de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994; y Francisco Rubio Llorente: "La Constitución como fuente del Derecho", en su libro *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 43 y sgtes.

¹⁸ Una exposición detallada en Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, págs. 28-33.

Así, el Tribunal Constitucional, como pieza que busca garantizar la coherencia del sistema de fuentes formales del Derecho, se convierte en un órgano al que no cabe sino asumir, en exclusiva, la defensa del orden constitucional, orden que únicamente puede verse afectado por la principal expresión del órgano que representa la voluntad general, la ley. Expresado en esos términos, la custodia de la Constitución no es otra cosa que la custodia de las relaciones de fidelidad del legislador a la Constitución en la creación de las normas generales, esto es, la custodia de que no se altere o socave los grados normativos del ordenamiento jurídico, necesariamente escalonado y presidido por ella.

Tal concepción de Constitución kelseniana y el papel que le corresponde realizar al Tribunal Constitucional supondrá, como premisa central del modelo, la separación radical de dos órdenes jurisdiccionales:

- a) El primero, la jurisdicción de la constitucionalidad, al cuidado del Tribunal Constitucional, y
- b) El segundo, el Poder Judicial, al que se someterá la ley, y en esa medida se preverá la imposibilidad de enjuiciarla constitucionalmente, como jurisdicción de la legalidad.

No es nuestra intención detenernos a indagar las repercusiones que detrás de tal configuración entre las jurisdicciones de la constitucionalidad y el de legalidad pudieran presentarse. A los fines que perseguimos, sólo nos interesa poner de relieve, por un lado, que la configuración actual de los Tribunales Constitucionales, inclusive en la propia Austria¹⁹, ya no responde a aquel esquema que la inspiró²⁰. Ello ciertamente no es sólo consecuencia del papel que los Tribunales Constitucionales vienen asumiendo en el control de constitucionalidad de las leyes, sino de la propia mutación del concepto de Constitución²¹.

¹⁹ Como observa Enrique Alonso García: "El Tribunal Constitucional austriaco", en AA.VV. *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 407 y sgtes.

²⁰ "Que el sistema de justicia constitucional ideado por Kelsen no se materializa hoy en ningún ordenamiento jurídico, es cosa bien sabida". Cfr. Raúl Canosa Usera: "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta", en *Ius et Praxis*, Año 4, N° 1, Talca (Chile), 1998, pág. 11. El presente número está dedicado al tema "Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y relaciones".

²¹ Cfr. Roberto Blanco Valdés: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994, págs. 87 y sgts. Antecede Prólogo de José Antonio Portero Molina.

Por de pronto, hoy está lejos de considerarse que la Constitución sólo sea un cuerpo de normas organizativas y reguladoras del procedimiento de creación de las demás fuentes del Derecho. La Constitución contiene entre sus preceptos, y muy significativamente en la tabla de los derechos fundamentales, lo que la doctrina germánica ha reconocido como el sistema de valores materiales del ordenamiento jurídico, normas portadoras de valores, y por eso mismo, caracterizadas por tener una fuerte dosis de indeterminación y ambigüedad²². Como consecuencia de ello, hoy la Constitución no es una norma que sólo tenga como destinatario al Poder Legislativo, pues a ella se encuentran vinculados, además, todos los poderes públicos (entre ellos el propio Poder Judicial), y aún a los propios *privatos*.

Tal vinculación, que entre los poderes públicos comprende al Poder Judicial, va a requerir, por de pronto, que aquella sujeción del juez tenga que necesariamente observarse no ya solamente a la ley, sino desde una doble perspectiva. En primer lugar, "a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar; y en segundo lugar, a la ley, a la que están sometidos..."²³, sólo si ésta se encuentra conforme a la Constitución. No puede, por otra parte, obviarse que el postulado kelseniano en torno al Tribunal Constitucional de ser un "legislador negativo", también haya sufrido serios replanteamientos.

Efectivamente, los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo, auto restringiéndose en su labor de legisladores negativos, han desarrollado una función cercana a lo que puede caracterizarse como la típica de un *legislador positivo*²⁴, originando tensiones y recelos con otros órganos constitucionales. En el ejercicio de esta función, si bien el Tribunal no crea normas generales, como lo hace el Poder Legislativo, sin embargo desecha, convalida o innova contenidos interpretativos de la ley, a través de las llamadas sentencias

²² Sobre estos problemas, puede verse Alejandro Nieto: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, vol. 1, Madrid, 1983, págs. 371-415.

²³ Una exposición detallada se puede encontrar en Manuel Aragón Reyes: "El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (número monográfico dedicado al tema "La vinculación del Juez a la Ley"), N° 1, Madrid, 1997, pág. 183.

²⁴ Cfr. Francisco Rubio Llorente: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en su libro *La forma del poder*, citado, págs. 495 y sgtes.

interpretativas²⁵, transforma el sentido de un precepto a través de las sentencias manipulativas²⁶, o bien ejerce labores paralegislativas, como sucede con el caso de las sentencias aditivas²⁷.

A su vez, otro tanto ha sucedido con el carácter del juicio de constitucionalidad que Kelsen planteara como función del Tribunal Constitucional. Es bien cierto que el Tribunal, al conocer la impugnación directa de una ley a través de la Acción de Inconstitucionalidad²⁸, no puede entrar a valorar circunstancias de hecho. Tiene que limitarse a realizar un juicio de compatibilidad lógica entre enunciados normativos de diversa jerarquía, debiendo reflejarse finalmente en la *ratio decidendi*: fundamentación de la decisión (*descriptive ratio*) y fundamentación de la norma (*prescriptive ratio*). Sin embargo, cuando conoce procesos como el Amparo, el Habeas Corpus, el Habeas Data, juzga de manera idéntica a como lo hacen los jueces de la jurisdicción ordinaria, valorando hechos y, eventualmente, realizando un control concreto de las normas, y no un mero juicio de compatibilidad lógica que lleva, en caso de hallarse con normas contrarias a la Constitución, a inaplicarlas con efectos *inter partes*, al estilo del modelo norteamericano de la *judicial review*.

Una opción de tal naturaleza, lejos está de corresponderse con el inicial planteamiento de Kelsen en torno al Tribunal Constitucional, desde que sus supuestos estructurales han mudado. Como ha sostenido Manuel Aragón²⁹, si

²⁵ Cfr. Javier Jiménez Campo: "Qué hacer con la ley inconstitucional", en AA.VV. *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 47 y sgtes. y Francisco Javier Díaz Revorio: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.

²⁶ Fundamentalmente, Alessandro Pizzorusso: "Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", en AA. VV. *El Tribunal Constitucional*, vol. I, citado, págs. 275-296.

²⁷ Una exposición completa en Carlo Colapietro: *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990; Rubén Hernández Valle: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José (Costa Rica), 1995, págs. 378 y sgtes.; Francisco Tomás y Valiente: "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 101 y sgtes.

²⁸ Una visión *in globo*, con especial referencia a México, se puede consultar en Joaquín Brage Camazano: *La Acción de Inconstitucionalidad*, 1ª reimpresión, UNAM, México, D.F., 2000. Antecede Prólogo de Francisco Fernández Segado. Para el caso español, *vid.* María Luisa Balaguer Callejón: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. Antecede Prólogo de Joaquín Almunia.

²⁹ En Manuel Aragón: "La justicia constitucional en el siglo XX. Balances y perspectivas en el umbral del siglo XXI" en AA.VV. *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, D.F., 1998, págs. 177-178. Antecede Presentación de José Luis Soberanes Fernández.

hay en la actualidad un rasgo que puede caracterizar la expansión de la Justicia Constitucional en nuestro tiempo, ese rasgo es sin duda alguna la "relativización" de las diferencias entre los modelos originarios de control de constitucionalidad³⁰, relativización de un modelo originario al que la configuración competencial de nuestro actual Tribunal Constitucional ciertamente no ha podido escapar³¹.

4. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes: ¿Un modelo puro?

A su turno, un proceso de recreación no tan dramático, pero no por ello menos importante, es posible de advertir en el otro modelo de jurisdicción constitucional institucionalizado entre nosotros, esta vez siguiendo el paradigmático modelo de la *judicial review* norteamericana. Importa recordar que el modelo de control *judicial* de constitucionalidad en el Perú, es directamente tributario del que se estableció en los Estados Unidos de Norteamérica, en el célebre *Leading case*³² *Marbury vs. Madison*, redactado en 1803 por John Marshall (1755-1835)³³, bien que con algunos matices.

³⁰ Para lo que actualmente viene sucediendo en nuestro Continente, *vid.* Héctor Fix-Zamudio: "La Justicia Constitucional en América Latina", en su libro compilativo *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D.F., 1997, págs. 105 y sgtes. *Idem*: "Los tribunales y salas constitucionales en América Latina", en AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, D.F., 1995, págs. 63 y sgtes.

³¹ *Cfr.*, entre nosotros, César Landa Arroyo: "Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, págs. 98 y sgtes. Del mismo autor, *vid.* *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Fondo Editorial de la PUC, Lima, 1999. Antecede Presentación de Peter Häberle y Prólogo de Pablo Lucas Verdú.

³² *Id.* Domingo García Belaunde: "¿Existe el «leading case» en el derecho peruano?" (en curso de publicación).

³³ La sentencia completa y en castellano del emblemático *case Marbury vs. Madison*, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, N° 3, Enero-Marzo, México, D.F., 1947, págs. 315-343. Ahora, también en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, Lima, 1999, págs. 665-689. El tema ha adquirido repercusiones a partir de la década de los años cincuenta del siglo pasado en la era de Earl Warren y Burger, especialmente en lo concerniente al control constitucional y a la interpretación de la Constitución desarrollada en el Tribunal Supremo. Para mayores alcances, *vid.* Javier Dorado Porras: *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1997. Para una visión general, *vid.* John Marshall: *'Judicial Review' e stato federale*, traducción del inglés por Annagrazia Bassi, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998. Antecede *Presentazione* con el título "John Marshall e il problema della *Judicial Review*", de Giuseppe Buttà.

En primer término, es bien conocido que al modelo difuso de control de constitucionalidad suele atribuírsele como características predominantes, que la competencia para efectuar el control de validez de la ley, la ejercen *todos* los jueces que integran el Poder Judicial, independientemente de su jerarquía. Es difuso o disperso, precisamente porque no se encuentra concentrada la atribución del control en una instancia única, como es el caso del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, la actividad del control tiene que efectuarse al interior de un proceso judicial ordinario, en el que no se discute en forma abstracta la constitucionalidad o no de la ley, sino en forma concreta, en el *interregno* de una controversia ordinaria, cuya determinación requiera previamente la aplicación de la ley en cuestión. No existe un proceso principal donde se juzgue la constitucionalidad de la ley, sino un incidente, cuya dilucidación va a servir al juez para resolver el principal.

Si el juez ordinario advierte que la norma legal es contraria a la Constitución, la deja de aplicar en el caso concreto, teniendo por tanto, el resultado del control sólo efectos para las partes que participan en dicho proceso (*inter partes*), y no generales (*erga omnes*), como sucede en el modelo concentrado. Sin embargo, esto que en términos generales puede predicarse del control judicial de constitucionalidad, en el Perú, a través de la legislación ordinaria ha sufrido importantes *aggiornamenti*, que impiden hacer referencia de él como si se tratase de un modelo puro, que concurre al lado del modelo de control concentrado.

Expresado en términos generales, la actual regulación jurídica del control judicial de constitucionalidad de las leyes, según se trate de la competencia y en función de la materia que conocen los jueces ordinarios, puede distinguirse con fines metodológicos de la siguiente manera:

- a) El régimen del control judicial de constitucionalidad de las leyes que se practica en el ámbito de los procesos propios y exclusivos del Poder Judicial (casos penales, civiles, mercantiles, laborales, etc.)
- b) El que resulta de los procesos constitucionales que conoce el Poder Judicial y eventualmente el Tribunal Constitucional (procesos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y de Cumplimiento).
- c) El que se produce como consecuencia del control normativo de los reglamentos o normas de carácter general, a través de la Acción Popular.

5. El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes en los procesos ordinarios.

En el Perú, el modelo del control difuso de Constitucionalidad de las leyes fue incorporado en el ámbito legal por vez primera en el Código Civil de 1936, y constitucionalizado cuatro décadas después, en la Carta de 1979, orientación que ha mantenido la Constitución de 1993 a través del artículo 138³⁴. Ahora bien, con exclusión de los procesos de defensa de los derechos fundamentales³⁵, el control de Constitucionalidad de las leyes que realizan los jueces, en los procesos ordinarios, ha sufrido algunos afinamientos a través de la legislación infraconstitucional. Ello no ha significado la limitación de la competencia de los jueces de todos los grados jerárquicos de efectuar el control³⁶. Sin embargo, sí ha supuesto un relativo alejamiento del modelo original americano de la *judicial review*.

En efecto, tal modificación consiste en la obligación que se ha impuesto a los jueces de elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que en un proceso cualquiera adviertan la inconstitucionalidad de una norma legal y la inapliquen con efectos particulares. Ello, con el objeto de que sea la Sala Suprema la que, en definitiva, determine si la evaluación practicada por el juez de menor jerarquía fue el adecuado, y en consecuencia, válida la no aplicación de la ley para

³⁴ Esta identificación se puede percibir muy claramente en Jorge Danós y Martha Souza: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general", en Francisco Eguiguren (Director) *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, págs. 281 y sgtes.

³⁵ Además de los numerosos e importantes comentarios de Domingo García Belaunde, resulta básico su ensayo "Garantías constitucionales en la Constitución de 1993", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 10, CAJ, Lima, 1994, págs. 253 y sgtes.

³⁶ Precisamente el reconocimiento a los jueces del Poder Judicial de la competencia para inaplicar leyes inconstitucionales, es una de las profundas diferencias que mantiene nuestro ordenamiento jurídico con otros, como el español o el italiano, donde si bien los jueces del Poder Judicial son, a la vez que jueces de la legalidad, también jueces de la constitucionalidad, sin embargo, se encuentran impedidos de inaplicarlas, ya que frente a tal supuesto deberán de someter su duda al Tribunal Constitucional a través de la denominada cuestión de inconstitucionalidad. Cfr. Edgar Corzo Sosa: *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998 y Mauro Cappelletti: "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo", en su libro *La Justicia Constitucional. (Estudios de Derecho Comparado)*, citado, pág. 294.

el caso concreto, a tenor del art. 14 del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Sin embargo, la experiencia no engaña, es inusual en la práctica, mereciendo un mejor replanteo en el futuro.

Vale recordar que el artículo 14, desarrollando el principio de supremacía de la Constitución y el control difuso, prescribe que:

“De conformidad con el artículo 236 de la Constitución (actualmente el 138 de la Carta del 1993), cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular”.

De esta forma, saliéndose del contorno que ofrece el control difuso al estilo americano, donde todos los jueces son competentes para someter una ley al test de constitucionalidad, sin que su decisión tenga que ser revisada por alguna instancia superior (a no ser que sea en virtud del ejercicio de los medios impugnatorios), en nuestro país el control judicial exige que, practicado el control y dispuesta la inaplicación de la ley inconstitucional, sea la Corte Suprema de Justicia la que decida en definitiva sobre la validez o no del resultado del control efectuado por cualquier instancia judicial. Se introduce así, en buena cuenta, un órgano *filtro* de control de la interpretación constitucional que pudieran realizar los jueces.

Como se sabe, tal peculiaridad no responde al planteamiento originario de la *judicial review* americana. En este modelo, cualquier juez está en la

capacidad de inaplicar una norma que considere inconstitucional sin que quepa revisión alguna, a modo de consulta, ante la máxima instancia del Poder Judicial, sino únicamente como consecuencia del conocimiento de la causa por el inmediato superior jerárquico, al haberse hecho ejercicio de los medios impugnatorios que el ordenamiento procesal prevé.

La introducción de tal singularidad, ha sido justificada por la necesidad de uniformizar la jurisprudencia y de dotar al ordenamiento jurídico de un mínimo de certeza en lo que a su comprensión respecta, estableciéndose algunos límites a los jueces en el ejercicio de tal atribución, a raíz de los problemas que normalmente se suscitan en aquellos sistemas que no cuentan con técnicas del precedente vinculante, y de los que nuestro país, no ha sido ajeno en el pasado próximo³⁷.

6. La Regulación del Control Judicial de Constitucionalidad en los procesos de tutela de los derechos fundamentales.

Aunque se haya dejado entrever que la regulación jurídica antes descrita también se extiende para el caso de los procesos instaurados con el objeto de tutelar los derechos fundamentales, sin embargo estimamos, que tal regulación no les alcanza³⁸. En efecto, si los jueces de los derechos fundamentales llegan a la determinación de que la norma legal que van aplicar en el proceso constitucional de la libertad³⁹ no admite una interpretación conforme a la Cons-

³⁷ La literatura es abundante, sin embargo, pueden resultar de sumo provecho Francisco Eguiguren Praeli: "Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del modelo y los nuevos problemas", en *Pensamiento Constitucional*, Año 5, N° 5, Lima, 1998, págs. 119 y sgtes. ; César Landa Arroyo: "Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: El caso peruano", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, págs. 101-103 y Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Jorge de Esteban.

³⁸ Así, Francisco Eguiguren Praeli: "Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del modelo y los nuevos problemas", citado, págs. 128-129, donde el asunto se aborda de manera generalizada.

³⁹ Llamamos procesos constitucionales de la libertad, siguiendo a Cappelletti, a aquellos mecanismos de defensa que el ordenamiento constitucional ha previsto con el objeto de tutelar los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, los derechos constitucionales. Cfr. Mauro Cappelletti: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, traducción del italiano de Héctor Fix-Zamudio, Instituto Mexicano de Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1961. Antecede Prólogo de Mariano Azuela. También, José Luis Cascajo Castro: "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 199, Madrid, 1975, págs. 149-197.

titución, y por tanto, se encuentran ante la necesidad inexorable de que, declarándola inconstitucional, la inapliquen para el caso concreto (y tal inaplicación suponga la expedición de una sentencia estimatoria), dicha sentencia no podría ser elevada en *consulta* a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, dado que la *Ley Procesal Constitucional* que regula este conjunto de procesos constitucionales *no permite que las resoluciones judiciales estimatorias puedan ser impugnadas o revisadas por una instancia superior*.

Se ha dicho que, dado que el artículo 14 de la LOPJ no contiene una excepción a la alzada en consulta en caso de inaplicación de una ley, sino más bien un mandato general ("cualquier clase de proceso o especialidad"), no cabría establecer excepciones, y por tanto, tratándose de sentencias estimatorias en las que se inapliquen normas inconstitucionales al interior de estos procesos, también existiría la necesidad de que éstas fueran elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Creemos, no obstante lo anterior, y lo que se persigue con propiciar el conocimiento en consulta de este tipo de sentencias estimatorias, que la actual regulación procesal que rige dichos procesos constitucionales no contiene una habilitación de competencia para que ello sea ventilado por la Corte Suprema de Justicia.

Y es que, la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 (en adelante LOTC), que regula las instancias competentes en las "acciones de garantía", no contiene la posibilidad de que esta máxima instancia judicial pueda conocer de las resoluciones judiciales expedidas por las instancias inferiores, salvo el caso del Amparo contra resoluciones judiciales, donde la Corte Suprema actúa no como ente revisor, a través de la "consulta", de lo resuelto por los jueces jerárquicamente inferiores, sino como segunda instancia. En efecto, de conformidad con el numeral 2° de la referida Cuarta Disposición Transitoria de la LOTC, las Cortes Superiores de Justicia constituyen la segunda y última instancia judicial, y en caso de que éstas expidieran resoluciones denegatorias, únicamente cabe la interposición del *recurso extraordinario*, que se tramita y conoce por ante el Tribunal Constitucional⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. Samuel Abad Yupanqui: "El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano", en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*, N° 11, CAJ, Lima, 1995, págs. 246 y sgtes.

Por lo demás, este criterio han venido compartiendo diversas instancias judiciales, como es el caso de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que se ha venido negando a elevar en consulta a la Corte Suprema de Justicia, casos como éstos donde se inaplicaban leyes inconstitucionales. También es el caso de la propia Corte Suprema de Justicia, que cuando se ha acudido a ella vía recurso de queja por denegatoria de la elevación en consulta, ha optado por remitir al Tribunal Constitucional los actuados para que sea esta instancia la que resuelva. El Tribunal, como no podía ser de otro modo, y sobre la base de que el recurso de queja no le faculta a resolver este tipo de problemas, y que la competencia de los órganos de justicia sólo puede ser establecida en virtud de una ley, se ha negado a pronunciarse sobre el asunto. (Por ejemplo, la resolución recaída en el Exp. N° 029-98-Q/TC).

7. El Control Judicial de Constitucionalidad de las normas de carácter general: La acción popular.

No obstante lo anterior, donde tal vez el modelo original de control judicial de constitucionalidad tenga forzosamente que hacer quiebra, sin lugar a dudas, se presenta a propósito de la competencia de los jueces para realizar el control de legalidad y constitucionalidad de las normas generales de rango infralegal, mediante lo que en nuestro ordenamiento se denomina Acción Popular. A través de la Acción Popular, que cuenta con un criterio de legitimación bastante amplio, los jueces del Poder Judicial, especialmente las dos últimas instancias jerárquicas (Corte Superior y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República), se encuentran facultados para realizar un control acerca de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que puedan expedir el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales y demás personas de Derecho Público (art. 1° de la Ley Procesal de la Acción Popular N° 24968).

Es menester añadir que en dicho proceso, en vía principal, como lo hace el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, los jueces del Poder Judicial realizan un juicio de compatibilidad abstracta entre un reglamento o, en general, respecto de decretos que tengan alcances generales, con la Constitución, y con la ley, bien sea por infracción por el fondo, o por vicios en el procedimiento de su aprobación. Alejándose del originario control judicial de constitucionalidad, donde el sometimiento de una norma al control se realiza sobre la base de unos hechos que exigen la aplicación de la norma cuestionada para resolver el conflicto intersubjetivo de intere-

ses, en la Acción Popular el objeto principal del litigio se ha de centrar en determinar la adecuación o compatibilidad de los reglamentos y normas de carácter general con la Constitución y/o la ley, independientemente de eventuales hechos y conductas que puedan verse reguladas o afectados como consecuencia de su aplicación⁴¹.

Dado que la Acción Popular tiene como característica fomentar un control abstracto de normas de carácter general, esto hace que el proceso que realiza el control sea necesariamente un proceso principal, destinado a ese único propósito, y no de carácter incidental. Consecuencia de ello, es que el resultado del control, de no encontrarse conforme al parámetro del control (Constitución o Ley), siguiendo al modelo de jurisdicción constitucional concentrado, tenga que verse necesariamente con el resultado de su expulsión del ordenamiento jurídico. En este caso, no con efectos *inter partes*, como acontece en el modelo americano del control judicial, sino con efectos generales, pudiendo comprender la declaración de inconstitucionalidad y/o ilegalidad la totalidad o una parte de la norma.

Al igual de lo que sucede con el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, donde el modelo originario se ha visto rebasado, ya sea por la práctica de los propios Tribunales Constitucionales, o por la configuración constitucional y legal que a propósito de sus competencias se hayan previsto, otro tanto ha sucedido en el ámbito del control judicial de constitucionalidad donde también hay nuevas peculiaridades. Ello no solamente en relación con el control de las normas con rango de ley, en el que se ha podido observar la introducción de determinadas particularidades por conducto de la legislación infraconstitucional, sino también en los propios términos en los que se ha configurado el control de la constitucionalidad de las normas de carácter general, configuración del modelo que se ha visto fuertemente *influenciado por el modelo concentrado del control*, del que ha tomado gran parte de los propios términos de su configuración original⁴².

⁴¹ Para los alcances de este control constitucional de las normas de rango infralegal entre nosotros, *vid.* Jorge Danós Ordóñez: "La garantía constitucional de la Acción Popular", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 4, CAJ, Lima, 1990, págs. 151 y sgtes. Una perspectiva general, en Francisco Caamaño: *El control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, especialmente págs. 75 y sgtes.

⁴² Dicho sea de paso, esta tendencia a mixtificar el modelo de control judicial de constitucionalidad con el otro, el concentrado, no es tampoco un rasgo que pueda predicarse únicamente de

De las consideraciones que llevamos hechas, llegamos a dos puntos que nos permitan ingresar a desarrollar las particularidades en que las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial puedan presentarse. En primer lugar, el que nuestro ordenamiento atribuya de competencias formal y materialmente constitucionales a ambos órganos de la jurisdicción, y que su ejercicio necesariamente tenga que indagarse a partir de las peculiaridades anotadas, impide que en el Perú pueda hablarse lícitamente de la existencia de dos órdenes jurisdiccionales, cada uno con ámbitos competenciales materialmente definidos por el ordenamiento (o una parte de él) al que sirven: el Poder Judicial como jurisdicción de la legalidad, y el Tribunal Constitucional como jurisdicción de la constitucionalidad, bien que sí se tenga que forzosamente reconocer que tal atribución de competencias no ha supuesto la unión orgánica de ambos órdenes jurisdiccionales, sino a la inversa, esto es, que se presenten como estructuralmente separados.

En segundo lugar, que a ambos órganos de la jurisdicción se les haya asignado la calidad de "jueces constitucionales", esto es, que coexistan en la aplicación de la norma fundamental, plantea necesariamente, como problema, el tópico de la unidad interpretativa de la Constitución; unidad interpretativa que puede verse afectada tras la coexistencia de ambos y la posibilidad latente de que dichos órganos entiendan una autonomía funcional *in sue ordine*, por virtud del cual su separación orgánica vaya a suponer no sólo una dualidad de jurisdicciones, sino, lo que es grave, el rompimiento de la unidad del ordenamiento⁴³, y con él, los principios que la informan, empezando, desde luego, con el primero de ellos: la seguridad jurídica.

Resta advertir que, el problema no es en lo absoluto fácil de resolver, pues supone el tránsito de una serie de variables que discurren por todo el

nuestro país. Se ha advertido inclusive respecto del propio modelo originario de los Estados Unidos, donde el principio del *stare decisis* para muchos ha supuesto que la Suprema Corte se asemeje cada vez más a un auténtico Tribunal Constitucional, bien que no tenga ese nombre, ni, en fin, se encuentre fuera del Poder Judicial. Cfr. Francisco Rubio Llorente: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en su libro *La forma del poder*, citado, págs. 463-504, y Héctor Fix-Zamudio: "La declaración general de inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo", en su libro *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, D.F., 1993, págs. 173-174.

⁴³ Especialmente en Raúl Canosa Usera: "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta", citado, pág. 15, para quien la tarea "hermenéutica de ambas jurisdicciones va a coincidir con el mismo objeto -la totalidad del Orden Jurídico-".

ordenamiento jurídico. Ya ha sido puesto en evidencia por Hans Peter Schneider, quien ha podido decir, con sobrada razón, que el “esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo”⁴⁴, debido a lo complejo que resulta articular la existencia de un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional, ambos sometidos al texto constitucional.

8. Conclusiones

1. El concepto de Constitución (que históricamente tenía la labor de limitar el poder político) debe concebirse teniendo en mira dos principios rectores: *a)* la supremacía constitucional y *b)* la rigidez constitucional. El devenir histórico es parte sustancial en la evolución de la Constitución y una realidad que debe de aceptarse. Como consecuencia de ello, se tendrá a la vista un nuevo enfoque normativo y jurisprudencial.
2. El control constitucional como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional (Sagüés lo denomina el *alma mater* de la disciplina) camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional. Con lo cual, la Constitución adquiere su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico. Por lo demás, no se puede concebir ni analizar el control constitucional si es que no se toma en cuenta su génesis histórica.
3. Los órganos constitucionales que interpretan y diseñan la Constitución (ora el Tribunal Constitucional, ora el Poder Judicial) no deben extralimitarse en su función y rol protagónico, para evitar caer en contradicciones.
4. En esa línea, se sacaría provecho en los mecanismos jurisdiccionales y en el ensamblaje jurisdiccional, respetándose por cierto las esferas funcionales de ambas jurisdicciones, en la inteligencia, que en el Perú hay una dualidad de órganos que delimitan sus competencias, evitando las fricciones y las disfuncionalidades, que cumplen la labor de defensa de la Constitución.
5. Los nuevos procesos constitucionales diseñados en el Código Político de 1993, por el simple hecho de no tener una tradición jurídica, se han visto

⁴⁴ Cfr. Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 198. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

en la necesidad de ser regulados bajo un prisma distinto al sentir y voluntad de lo que quiso el constituyente.

6. De acuerdo con el criterio orientador de la comunidad constitucional peruana, todas las garantías constitucionales deben de aglutinarse en una suerte de Código Procesal Constitucional, tal como el que acaba de darse en la provincia argentina de Tucumán⁴⁵.

⁴⁵ *Vid.* el ensayo de Sergio Díaz Ricci: "El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica", en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 1, N° 1, Lima, 2000, págs. 269-274.