

EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO
EN EL SISTEMA PERUANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
EFICACIA DE LA *JUDICIAL REVIEW*
A DOS SIGLOS DE SU CREACIÓN

Cynthia VILA

SUMARIO: I. *Breve repaso histórico de los sistemas clásicos de control de constitucionalidad.* II. *Peculiaridad del control de constitucionalidad en Perú.* III. *Primer problema: falta de praxis del control difuso de constitucionalidad.* IV. *Otra dificultad: peligro de sentencias contradictorias.* V. *Propuestas para una solución.*

I. BREVE REPASO HISTÓRICO DE LOS SISTEMAS CLÁSICOS
DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad en general, tiene su más remoto antecedente en Inglaterra. Fue Sir Edward Coke, quien en 1610, declaró, en el doctor Bohan's Case, el principio de "supremacía del *common law*" sobre el absolutismo del rey e, incluso, sobre la soberanía del Parlamento.¹ Sin embargo, estas ideas no tuvieron éxito en el arraigado parlamentarismo que caracteriza al sistema inglés. No obstante, fueron aprehendidas por las colonias americanas con características propias, específicamente en el caso *Marbury vs. Madison*, resuelta por el juez Marshall en 1803, constituyendo uno de los modelos doctrinales clásicos de control de constitucionalidad: la *judicial review*, caracterizada por encargarle a todos los jueces sin importar su especialidad, el poder-deber de controlar que las leyes que se aplican en un caso concreto respeten los preceptos constitucionales. De encontrar in-

¹ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 6a. ed. Castilla, 1961, pp. 262 y ss.

compatibilidad entre ellas la ley no deja de estar vigente, sólo se inaplicará en el caso litigioso.

Otro de los modelos clásicos es el denominado control abstracto, concentrado o europeo. Creado por Hans Kelsen en 1920, se caracteriza por dejar en manos de un tribunal *ad hoc* la función de control; no toma en cuenta el caso que dio motivo a su cuestionamiento y analiza la norma de manera aislada,² los efectos de las sentencias son de carácter constitutivo y *erga omnes*, no son retroactivos, salvo excepciones.

Ambos modelos responden a realidades distintas y su expansión a lo largo del orbe también ha sido distinta, de ello las dificultades de su regulación.

Será en América Latina donde, muy peculiarmente, a partir de la segunda mitad del siglo XX se va a dar una fusión de los dos sistemas puros de control —el difuso y el concentrado—. El modelo difuso fue insertado en las constituciones de muchos países americanos entre el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, por ejemplo; Colombia en 1910; Venezuela en 1858; México en 1857; Perú en 1856. Argentina resulta ser el caso más emblemático, porque su sistema de control, desde 1860 y hasta la actualidad, es puramente difuso. Sin embargo, el éxito del constitucionalismo europeo de la posguerra hizo que los tribunales constitucionales se expandieran también en nuestro continente,³ de tal forma que existen sistemas que son puramente concentrados, como Paraguay, Uruguay, Panamá; y otros países en donde se juntan ambos modelos, es el caso de Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú y Bolivia.

II. PECULIARIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN PERÚ

El caso peruano resulta ser, en suma, emblemático. Desde 1936 se instaura, de manera infraconstitucional, en el Código Civil, el sistema difuso. La jurisdicción constitucional alcanza rango constitucional con la Carta de 1979, que instaura el sistema de control concentrado, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), quien resolverá las acciones de inconstitucionalidad, y acoge también el sistema difuso. La Constitución de

² Blume Fortini, Ernesto, “El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución”, *Derecho PUCP*, núm. 50, diciembre de 1996, p. 132.

³ Landa, Cesar, *Tribunal Constitucional y Estado de derecho*, Lima, PUCP, 1999, p. 56.

1993 repitió dicha fórmula con la salvedad de que reemplazó el TGC por el Tribunal Constitucional (TC).

No obstante, se formó un modelo híbrido al cual García Belaunde⁴ denomina modelo “dual”, que ampara tanto la *judicial review* estadounidense como el control abstracto, formando una mixtura que se ha transformado en la coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo que no se cruzan ni se oponen en lo esencial; ya que el control concentrado y el difuso no poseen un punto de contacto entre ellos, cada uno se emplea de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución y sus respectivas leyes orgánicas. Lo cual ha ocasionado un fenómeno poco feliz, ya que a pesar de la falta de consecuencias negativas latentes de la confluencia de los dos sistemas, no se puede negar que su coexistencia sin la producción de efectos negativos durante las décadas pasadas es el fruto de la atrofia constante de uno ellos, la del control difuso⁵, sumándose a ello el peligro de sentencias contradictorias.

III. PRIMER PROBLEMA: FALTA DE PRAXIS DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

En países en donde existen paralelamente los dos tipos de control, se puede observar una clara tendencia de los jueces a no aplicar el método difuso.

La razón principal se basa en un problema socio-cultural, ya que las instituciones jurídicas son eficaces solamente en el “nicho socio-cultural” donde nacen y se desarrollan históricamente, y el nuestro no es propiamente parecido al estadounidense.

La *judicial review* nace dentro de la corriente anglosajona, en donde los jueces poseen una amplia gama de prerrogativas para interpretar la Consti-

4 Para el autor, desde 1979, coexisten el modelo difuso con el concentrado, formando una mixtura o simbiosis, que en realidad no existe, sino que se ha transformado en la coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo; que no se cruzan ni se oponen en lo esencial. García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional en el Perú... cit.*, p. 834.

5 Haro, Juan Vicente, “La articulación del control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad en el sistema venezolano de justicia constitucional”, *Instrumentos de tutela constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 214.

tución e inaplicar una ley en un caso concreto cuando vaya en contra de aquella. Se nutre una mentalidad empirista y casuística de la que se carece.

Contrariamente, el control concentrado es de raíz romano-germana, en donde la visión rígida de separación de poderes reduce la tarea del juez a la de simple aplicador de la ley, reverenciando la norma que dicta el legislativo y no cabe, por lo tanto, que éste pueda cuestionarla. Es por eso que se crea el Tribunal Constitucional como un órgano *ad hoc*, que no cabe dentro de la estructura clásica de poderes.

La mayoría de países latinoamericanos, por herencia cultural, son más racionalistas, más apegados al derecho abstracto, se desconfía más del poder del juez, además; la influencia francesa de la separación de poderes no permite que se rebele contra la ley. Es por eso que en la práctica, no se ha visto mayor actuación de los jueces ordinarios aplicando control difuso, cobrando mayor protagonismo la actuación de los tribunales constitucionales en la vida política de las naciones.

En Colombia, por ejemplo, *de tarde en tarde alguna “alta Corte” lo aplica como algo eventual y milagroso, los jueces de instancia jamás.*⁶ En Venezuela nunca pasó a la praxis concreta como para atribuírsele importancia por sus escasas e irrelevantes manifestaciones.⁷ Fernández Segado,⁸ opina que en Cuba nunca fue recepcionado a plenitud, pese a su indudable influencia.

En el Perú, se ha producido un ejercicio escueto de ésta facultad, entre otros motivos, porque normalmente el Poder Judicial —específicamente sus magistrados— actúan como aliado de los gobernantes en turno. Un ejemplo de ello se dio en 1995 cuando la jueza encargada de investigar el caso “Barrios Altos”,⁹ consideró que el artículo 1o de la Ley de Amnistía era inconstitucional y dispuso su inaplicación al caso concreto y, en consecuencia, que continúe el proceso contra los demandados. Luego de esto, el Congreso emitió una ley que disponía que la anterior “no era revisable en

6 Éste fue el comentario hecho por el constitucionalista colombiano Tulio Chinchilla —profesor de derecho constitucional de la Universidad de Antioquia—, cuando le consulté su opinión respecto al presente tema de investigación.

7 Haro, Juan Vicente, *La articulación del control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad en el sistema venezolano de justicia constitucional... cit.*, p. 214.

8 *Ibidem*, p. 303.

9 En este caso se juzgaba a militares por el asesinato de un grupo de civiles que se encontraban en una fiesta popular por haber creído que se trataba de terrorista. La ley de amnistía fue dada en el gobierno del presidente Alberto Fujimori.

sede judicial”. El Tribunal Superior declaró nula la resolución de la jueza, dispuso la aplicación de la ley de amnistía y ordenó el archivo del proceso.

Este caso ilustra, por un lado, la manera como el Congreso limitó la atribución judicial de inaplicar una norma que considera inconstitucional,¹⁰ por otro lado, se observa como la Sala increíblemente se autoexcluyó del control constitucional,¹¹ demostrando su posición de sumisión frente al Congreso y la incapacidad de cuestionar una ley escrita.

IV. OTRA DIFICULTAD: PELIGRO DE SENTENCIAS CONTRADICTORIAS

La eficacia de la *judicial review* en Estados Unidos se debe en parte a la existencia de un sistema por el que se evitan contradicciones entre las decisiones jurisdiccionales: la llamada doctrina del *stare decisis*, que consiste en crear precedentes de observancia obligatoria.

Resulta difícil imaginar que pueda existir igualdad de criterios al momento de interpretar la Constitución en un sistema donde están totalmente separados los mecanismos de control.

En Perú, la Constitución no determina expresamente si el Poder Judicial (PJ) se somete o no a las interpretaciones que de la Constitución haga el TC, o viceversa. El artículo 201 de la Constitución dice: “El TC es el órgano de control de la Constitución”; no afirma que sea el supremo intérprete de la misma. Sin embargo, se puede deducir de la Ley Orgánica del TC —primera disposición general¹² y el artículo 38—¹³ y de la propia naturaleza del órgano, que, en efecto, el TC cumple la función de supremo intérprete de la Constitución en nuestro país.

Por tanto, cuando un juez ordinario aplique control difuso ha de tener en cuenta si el TC se ha pronunciado sobre la constitucionalidad o no de la norma

10 Abad Yupanqui, Samuel, “Inconstitucionalidad de las autoamnistías”, *Derechos fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 15.

11 *Idem*.

12 Primera disposición general: “Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

13 Artículo 35: “Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos legales desde el día siguiente de su publicación”.

en cuestión y aplicarla o inaplicarla según sea el caso.¹⁴ Sería ésta la forma de evitar contradicciones, pero no es suficiente. El control difuso se aplica sobre todo tipo de leyes, hayan sido o no materia de un proceso de inconstitucionalidad. ¿Qué pasa en los casos en los cuales no entra a tallar el criterio del TC?

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el artículo 14,¹⁵ que regula lo respectivo al control difuso, señala que aquellas sentencias materia de este control, que no hayan sido impugnadas, deben ser elevadas en consulta a la Corte Suprema para que finalmente decida sobre ella. No establece las atribuciones de la Sala Suprema en los casos concretos, tampoco menciona si sus resoluciones forman precedente obligatorio, no se pronuncia respecto al tipo de control que pueden ejercer los jueces, o si hay disposiciones que por su alto contenido político no pueden ser inaplicadas, entre otras cuestiones.

Por la manera en que se ha estructurado el procedimiento respecto al control difuso, pueden sustraerse dos consecuencias: primero, que este control no es más que una atribución aparente otorgada a todos los magistrados de la República pues su decisión carece de valor real ya que la última palabra la tiene siempre la Corte Suprema; esto elimina la discrecionalidad del juez, esencial en la revisión judicial. La segunda, es que se estaría dejando de lado el papel del TC como supremo intérprete de la Constitución.

V. PROPUESTAS PARA UNA SOLUCIÓN

Se observa que no están adecuadamente reguladas las atribuciones de los jueces que aplican control difuso. La Constitución es muy parca en su desarrollo y la Ley Orgánica del Poder Judicial adolece de lo mismo.

Si lo hecho en Perú es importar modelos que han funcionado en otros países creo que va a suceder lo mismo, se está cayendo en un error. Las instituciones jurídicas funcionan porque se crean atendiendo a determinados contextos socio-políticos, se forman a través de la historia, evolucionan a la

¹⁴ LOTC: Artículo 39. “Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal”.

¹⁵ LOPJ: Artículo 14 (segundo párrafo): “las sentencias así expedidas (se refiere a aquellas sentencias en donde se ha aplicado control difuso) son elevadas en consultas 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”.

par que las sociedades. A pesar de que sería descabellado pensar que debe existir un tipo de sistema por cada país, las instituciones jurídicas que se importan deben adecuarse de la mejor manera a cada nación.

Creo que la *judicial review* no es la institución más pertinente en Perú para realizar el control constitucional, ya que hunde sus raíces en una realidad social, política y jurídica muy diferente a la de Perú; si se mantiene, ésta tenderá a convertirse en una herramienta obsoleta y un perjuicio para el funcionamiento del control constitucional en general.

Lo más pertinente sería optar por un sistema que verdaderamente articule estos dos tipos de control, sin restarle la facultad a los jueces de evaluar la constitucionalidad de las normas, pero que sea el TC quien tiene la última palabra.

Ello me parece pertinente en la medida que un TC está legitimado para hablar en nombre de la Constitución y, sobretodo, en un momento de la historia en el cual no se sabe claramente cuál es el significado de los principios constitucionales, su misión será exponerlos y desarrollarlos. A diferencia de lo que sucede en la jurisdicción ordinaria, los fallos del TC tendrán a fijar reglas para que no se presenten conflictos en el futuro. Además, porque para interpretar la Constitución no se usan los métodos tradicionales propios de las leyes ordinarias, la “conformidad con la Constitución”, no se entiende como la conformidad con una disposición expresa de ésta, la norma constitucional se entiende cada vez más en un sentido amplio, incluyendo disposiciones y principios que están fuera de su texto expreso,¹⁶ para mantenerlo vivo.¹⁷ Esta labor de ninguna manera es realizada por los jueces ordinarios, acostumbrados a operar normas de naturaleza civil, penal, laboral, etcétera, y si lo hacen la interpretación que de ellas efectúan es deficiente; la tarea debe ser encargada a jueces constitucionales.

No quiere decir que pensemos que el control concentrado sea per se mejor que el difuso; sino que en una realidad política como la peruana, en donde con frecuencia se ensayan nuevas constituciones, es conveniente que exista un Tribunal especializado que defina lo que quiere expresar la Constitución como un intérprete de “última instancia”, encargada de canalizar

16 Brewer-Carias, Allan, “La justicia Constitucional”, *Revista Jurídica del Perú*.

17 El autor hace la diferencia entre el método interpretativo de la Constitución, por el cual los jueces se limitan a aplicar y ejecutar las normas concretas contenidas en los artículos de la Constitución escrita o derivadas de ellos, en forma claramente implícita; y el método no-interpretativo, por el cual los jueces pueden ir más allá del texto constitucional. *Idem*.

las ideas de los “intérpretes previos” (*Vorinterpreteten*),¹⁸ manteniendo para sí la responsabilidad de decidir en definitiva qué interpretación se impone; esto también por el hecho de que a la vez se realiza un análisis político que se convierte en un método poderoso de control de poder.¹⁹ Realizarlo correctamente requiere la total independencia del órgano encargado; la historia ha demostrado que el PJ no lo ha sido.

Lo ideal sería que se efectúe a través de una cuestión de inconstitucionalidad como la que se practica en España o Alemania, pero para ello sería necesario realizar muchas modificaciones en el sistema peruano. Una solución más pacífica y menos complicada, que mengüe el temor de cambiar lo ya conocido —aunque no funcione— por algo por conocer —que quizás no funcione— sería instaurar lo que se practica en Portugal, donde los jueces conservan la facultad de observar e inaplicar una norma inconstitucional, pero deja a las partes el derecho de impugnar la decisión accediendo por vía incidental al TC; constituyendo a la vez un incentivo a los jueces para cuestionar normas, pues la responsabilidad ya no cae sobre ellos, lo cual difumina la sombra del prevaricato.

De no realizar cambios en el sistema de control, se está poniendo en peligro la eficacia de nuestra Constitución peruana, ya que su efectivo cumplimiento se determina a través de los cauces de protección de sus preceptos y los métodos de sanción que su violación acarrea.

18 Häberle, Meter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 150 y ss.

19 Rolla, Giancarlo, “El papel de la justicia constitucional”, *Tribunales y justicia constitucional... cit.*, p. 360