

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO*

Aníbal QUIROGA LEÓN

*A Domingo García Belaunde,
maestro del derecho constitu-
cional peruano, con amistad
y gratitud.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho procesal constitucional.* III. *Las acciones de garantías constitucionales.* IV. *Las acciones de control constitucional.* V. *El Tribunal Constitucional.* VI. *La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.* VII. *El control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada y de efectos generales. La acción popular.* VIII. *Los denominados “conflictos de competencia” y su control por parte del Tribunal Constitucional.* IX. *La acción contencioso-administrativa.* X. *Anexos.*

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años que venimos trabajando de manera decidida el tema del derecho procesal constitucional en el Perú desde nuestra actividad académica, con el apoyo e impulso de amigos y maestros del derecho constitucional, con el objetivo de desarrollar —en un primer momento— la definición y adecuada comprensión de los diversos *instrumentos* que el derecho constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación y desarrollo, tal como lo informa la

* La presente ponencia tiene como necesario antecedente el trabajo publicado el pasado año en el libro colectivo *Derecho procesal constitucional*, impecablemente editado por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de México, bajo la dirección del profesor Eduardo Ferrer McGregor Poissot, joven jurista mexicano de promisor futuro, quien nos invitara a formar parte del grupo de investigadores cuyos trabajos allí aparecen.

propia Constitución; en tanto que —en un segundo momento— determinar y dar forma al esquema básico de estructura y funcionamiento de los mismos. Esto, que parte de la especial interpretación constitucional,¹ llega a los confines del derecho procesal constitucional desarrollando toda su gama, no siempre bien comprendida y, lamentablemente, muchas veces mal tratada en la norma, en la sentencia o en la vida práctica del sistema jurídico nacional.

El derecho procesal constitucional, al decir del eximio profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución a partir de los sistemas que la doctrina del derecho comparado contiene y que fueran diseñados en la Constitución de 1979(D), y que permanecen notoriamente reformulados en la Constitución de 1993 de actual vigencia. Al desarrollarlos, efectuamos una somera revisión de cada uno de los instrumentos jurídico-procesales concebidos y destinados a la consecución de esta defensa y el control de la constitucionalidad, en su caso.

Estos diversos, y a veces disímiles, instrumentos tienen como escenario de acción tanto en el Poder Judicial, a través de los mecanismos de control inter-órganos, como aparece de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y los derivados de las acciones de garantía, cuanto en el Tribunal Constitucional a partir de la acción de inconstitucionalidad (la acción directa contra la ley), la posibilidad de conocer en revisión extraordinaria de última instancia respecto de las acciones de garantía denominadas amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y acción de cumplimiento cuando sean denegadas o inadmitidas por el Poder Judicial (en denominación que parafrasea a Cappelletti *jurisdicción negativa de la libertad*), donde evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones constitucionales, si bien autónomas en su conformación, relacionadas en este extremo (como una derivación de la *jurisdicción de la libertad*, según el decir del insigne maestro italiano Mauro Cappelletti). También comprende la determinación de la contienda de competencia constitucional —tanto positiva cuanto negativa— de los diversos órganos constitucionales y, finalmente, la acción contencioso-administrativa destinada a impugnar ante el Poder Ju-

¹ Quiroga León, Aníbal, “La interpretación constitucional”, *Derecho*, Lima, núm. 39, 1985, pp. 323 y ss.

dicial los actos administrativos y los hechos de la administración que contengan efectos intersubjetivos.

Un aspecto importante que en esto debe ser tratado es el estudio del verdadero *intérprete auténtico* de la Constitución habida cuenta del silencio que sobre ese punto contiene la carta política, el rol del Parlamento, el funcionamiento de Poder Judicial, la natural función del Tribunal Constitucional y el apasionante tema del valor normativo de las sentencias del propio Tribunal Constitucional en materia de acción de inconstitucionalidad y de contienda de competencia constitucional² que hacen de esta atribución, una trilogía no siempre bien conocida, ni mejor entendida.

Toca en ello la revisión de la génesis y naturaleza jurídica de las normas constitucionales, el carácter específico de su interpretación, estructura y alcances, para ingresar al estudio de los dos grandes sistemas comparados de control de la constitucionalidad: la *judicial review*, o revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, o sistema americano de control de la constitucionalidad de las leyes; y el sistema concentrado, o sistema europeo, o sistema *ad-hoc* de control de la constitucionalidad de las leyes que deriva en la existencia del Tribunal Constitucional; para arribar al esquema mixto que trae el modelo peruano, tanto de la Constitución de 1979(D), como en la actual Constitución de 1993.³

Junto a ello aparecen, como ya queda dicho, los instrumentos constitucionales de sede judicial propiamente dicha, denominados acción de *habeas corpus*, la acción de amparo constitucional, con la posibilidad de lograr suspensión del acto reclamado en vía de medida cautelar, la acción de *habeas data*, la acción de cumplimiento, la acción popular —como control directo y abstracto de orden judicial de la legislación derivada de alcance general proveniente de la administración pública—, la acción contencioso-administrativa, para culminar con la contienda de competencia constitucional —positiva y negativa— ante el propio Tribunal Constitucional; todos ellos contenidos en el esquema de instrumentos que el derecho procesal constitucional peruano prevé en la carta

2 Quiroga León, Aníbal, “El modelo de la Constitución de 1979”, en varios autores, *La Constitución diez años después*, Lima, F. Naumann y Cons. & Soc., 1989, p. 38 y ss.

3 Quiroga León, Aníbal, “Control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el derecho procesal constitucional peruano”, *Derecho*, Lima, núm. 50, diciembre de 1996, pp. 207 y ss.

constitucional en defensa de la legalidad y de la constitucionalidad de los principios constitucionales y derechos fundamentales de las personas, cada uno con sus respectivas características jurídicas, normatividad aplicable y efectos jurídicos.

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En el origen y definición del concepto de justicia o jurisdicción constitucional podremos encontrar que:⁴

El concepto de justicia constitucional o, como también se le denomina, jurisdicción constitucional⁵ surge con el proceso mismo de la constitucionalización

4 Quiroga León, Aníbal, “Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano”, en varios autores, *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Fondo Editorial PUC del Perú, 1990, pp. 152 y ss.

5 Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, Fix-Zamudio (*Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968,), como en el trabajo que tiene con Jorge Carpizo (“La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, núm. 2. 1986) la denota incuestionablemente como *justicia constitucional*; en tanto que García Belaunde (“Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979”, *Derecho*, Lima, núm. 35, 1981; así como en el ensayo *Sobre la jurisdicción constitucional* que es materia de esta misma obra colectiva) opta sin lugar a dudas por la de *jurisdicción constitucional*. Kelsen, como bien apunta García Belaunde las denota indistintamente —quizás por la variedad idiomática o la traducción—. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aun cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debamos la opción de García Belaunde en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de *justicia constitucional* que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor “justicia” dentro del texto constitucional, diferente del valor justicia en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (Fix-Zamudio) y un *iusfilósofo* (García Belaunde) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional. Acerca de la óptica axiológica en el derecho constitucional, puede verse Fernández Segado, Francisco, “La necesaria dimensión valorativa del derecho constitucional”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, Madrid, Reus, 1988, Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; y López Aguilar, Juan, “Notas sobre la aportación de la justicia constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 12, 1987; al propio Fix-Zamudio, Héctor, *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*, documento de trabajo, fotocopia, Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, “La jurisdicción constitucional en

del Estado Moderno. Surge cuando el avance del constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa —y de su mecanismo— de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o justicia constitucional surge entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de Cromwell en 1858.⁶ Como lo apunta el propio Schmitt,⁷ en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la monarquía constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 de Sajonia de 1931.⁸

Por justicia constitucional, o jurisdicción constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional.

Iberoamérica”, Bogotá, 1977. Véase también el prólogo de García Belaunde a la obra de Borea Odria, Alberto, *El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, 1985, p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*; Sousa Calle y Danos Ordoñez, *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cuzco, 1987, pp. 281 y ss. Más recientemente, véase García Belaunde, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, *Libro Homenaje a Peter Häberle*, Lima, mimeo, 1999.

⁶ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega y traducción de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 27 y ss.

⁷ *Idem*.

⁸ Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe “De la defensa de la Constitución”, se refiere además a las atribuciones del *Tribunal de Justicia Constitucional*, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el gobierno y los Estamentos. Stoerk, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado *derecho procesal constitucional*, al decir de Gonzáles Pérez,⁹ quien señala lo siguiente:

Si el derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional.

...

El derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el derecho procesal constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.

García Belaunde¹⁰ con singular acierto, resume por su parte, que:

La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del doctor Thomas Bonham (1610) afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las Colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del derecho constitucional de los Estados Unidos.¹¹

...

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en América

⁹ Gonzáles Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 49.

¹⁰ García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional —Sección Peruana—, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y CCPP, UNMSM, 2000.

¹¹ Corwin, Edward S., *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1955.

Latina, en torno a la *jurisdicción constitucional*. O la *justicia constitucional*, como algunos querían.

Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso del Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía *justicia constitucional* cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales,¹² y *jurisdicción constitucional*, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez).¹³ Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.

...

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del derecho procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo *jurisdiccional* puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aún teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como *derecho judicial*, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca¹⁴ lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del derecho público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde

¹² Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, cit., nota 5.

¹³ González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 9.

¹⁴ Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal jurisdiccional*, Madrid, Tecnos, 1976.

reconoció que la figura del juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

...

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen por qué necesariamente ser reflejo de la realidad, sino que existe un amplio campo para el uso convencional, e incluso arbitrario, no vemos por qué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de *derecho procesal constitucional*, hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Vescovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozáini, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando —hasta nuevo aviso— el concepto de *derecho procesal constitucional*.

En este punto podemos determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una carta constitucional para su defensa y control han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional de los últimos dos centurias, con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal la defensa y prevalencia de la norma constitucional.

Ello, claro está, se encuentra determinado por ciertos límites, los mismos que en principio los podremos encontrar en el propio texto constitucional y que responden en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídico;¹⁵ en tanto que, en otros casos estos límites podemos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales; los mismos que, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional puesto que su contenido se refiere al mismo, desarrollándose

¹⁵ *La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico*, citado por Kaegi.

sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la carta constitucional, de la que, como hemos visto, emana la naturaleza normativa de la misma.

Una primera y rápida revisión de la Constitución peruana de 1993 nos podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el artículo 200 de la carta constitucional; puesto que si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993 encontraremos que en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado artículo 200, tenemos que el artículo 138 en su segunda parte, el artículo 148 y el artículo 202, inciso 3, forman parte también del derecho procesal constitucional peruano. Así, encontramos que este esquema nos determina que son 9 los procesos constitucionales contemplados en nuestra carta constitucional, los que a continuación enumeramos:

1. Control difuso o *judicial review* de la constitucionalidad de las normas legales (artículo 138);
2. Acción contencioso-administrativa (artículo 148);
3. *Habeas corpus* (artículo 200, inciso 1);
4. Acción de amparo (artículo 200, inciso 2);
5. *Habeas data* (artículo 200, inciso 3);
6. Acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 200, inciso 4);
7. Acción popular (artículo 200, inciso 5);
8. Acción de cumplimiento (artículo 200, inciso 6), y
9. Contienda de competencia constitucional (artículo 202, inciso 3).

Por ello, podremos organizar en un primer intento todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: *a)* las acciones propiamente de garantía, por un lado; y, *b)* las acciones de control constitucional, por el otro. La diferencia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicará en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestado además el tipo de proceso a través de la pretensión específica, y sus efectos, que se vaya a solicitar al juzgador constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: *a)* el difuso (*judicial review*) o americano; y *b)* el concentrado o europeo.

Lo antes expuesto determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la *jurisdicción constitucional* pueda ser válidamente ejercida no solamente por los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria. En consecuencia, en nuestro medio podemos decir que la *jurisdicción o justicia constitucional* se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplada ahora en el ya mencionado artículo 138, segunda parte, de la Constitución, como, cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional.

Hemos señalado en el párrafo precedente, que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radical está en la pretensión que se formule al juzgador constitucional. Así, tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales, los de garantías constitucionales, y cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales materiales de las personas; y las acciones de control constitucional, cuya pretensión, en todas sus variantes, estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

De acuerdo a lo antes expuesto serían propiamente acciones de garantía constitucional: a) el *habeas corpus*, b) la acción de amparo, c) el *habeas data*; y, d) la acción de cumplimiento. En tanto que serán acciones de control constitucional: 1) la acción de inconstitucionalidad, 2) el control difuso de la constitucionalidad de las leyes 3) la acción popular, 4) la contienda de competencia constitucional; y, 5) la acción contencioso administrativa.

III. LAS ACCIONES DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución peruana agrupa a estas acciones en conjunto, habiéndose incurrido en el error de agruparlas a la par de las acciones de control, lo que genera confu-

siones y no pocos errores conceptuales. Ello, a decir de González Pérez,¹⁶ responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del derecho constitucional, y no del derecho procesal.

En adición a lo antes expuesto habría que señalar que no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una Ley Orgánica que regule todas las *acciones de garantía constitucional*,¹⁷ hasta la fecha no se han dado pasos en serio que conduzcan a tal finalidad, ni de que se promulgue un Código Procesal Constitucional como ya se hemos apuntado con anterioridad, y es por ello que encontramos dispersas en los diferentes ordenamientos procesales normas legales de naturaleza procesal constitucional, lo que ha conllevado la existencia en nuestro medio de un tan escaso como confuso desarrollo jurisprudencial en esta materia. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por la inevitable —y hasta necesaria y saludable— confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización, *concretización*,¹⁸ aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo *pro-activo* de estos instrumentos de la defensa y control constitucional.

IV. LAS ACCIONES DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Son aplicables también a las *acciones de control constitucional* las antes mencionadas deficiencias que hemos anotado en el tratamiento legislativo de las *acciones de garantías constitucionales*, puesto que la dispersión de la normatividad en esta materia es de orden general, esto es, se da en todo el ámbito del derecho procesal constitucional.

Hemos señalado en la parte general relativa a los procesos constitucionales que, la pretensión que es objeto de juzgamiento en una acción

¹⁶ González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 9, p. 50.

¹⁷ Entiéndase ello como todos los procesos constitucionales.

¹⁸ Hesse, Konrad, *La interpretación constitucional*, citado por Quiroga León, Aníbal, “La interpretación constitucional”, *Derecho*, Lima, núm. 39, 1985, pp. 323 y ss.

de control constitucional estará constituida por la defensa del texto constitucional, y su prevalencia sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía. En todos los procesos constitucionales de control se buscará por finalidad el respeto irrestricto del texto constitucional, a través de su necesaria interpretación por parte de la autoridad (llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional) que tenga bajo su conocimiento una causa de control constitucional. Ello sin perjuicio de señalar que, en las acciones de garantía constitucional, al juzgarse la violación o no de un derecho fundamental, se está realizando también interpretación constitucional.

El juzgador de una causa que verse sobre control constitucional, tendrá bajo su conocimiento una pretensión “abstracta”; esto es, deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea “subsunción legal”, si realmente la norma legal (en sentido amplio), o el acto administrativo (en sentido particular), transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el “órgano de control de la constitución”.¹⁹ Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del título V “De las garantías constitucionales” ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control *ad-hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el “modelo europeo” o de “justicia constitucional concentrada”,²⁰ con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: *a*) la interpretación de los postulados constitucionales

¹⁹ Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el gobierno transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001 se ha sugerido que se la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución española de 1978, desarrollada en el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.

²⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, cit., nota 5.

bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, b) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del derecho constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la *fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional*; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno; donde en el Estado moderno de derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —que hoy está más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by menel* actual, democrático y jurídico *Government by laws*.²¹ Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex superior* o la *higher law*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución política del Perú le ha conferido.

El Tribunal Constitucional se encuentra definido, como ya queda dicho, en el artículo 201 de la Constitución que en su primera parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- a) Ser el órgano del control constitucional;
- b) Ser autónomo e independiente; y,

²¹ Kaegi y Von Ihering, citado por García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas 1985, pp. 49 y ss.

c) Estar compuesto por siete miembros, denominados magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un periodo adicional.

En su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente que las calidades del magistrado del Tribunal Constitucional son equivalentes a las calidades del magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En su tercera parte, la Constitución se ha preocupado de establecer que los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas que la carta política ha reconocido a los congresistas de la República. Asimismo, señala que les alcanza las mismas incompatibilidades, y que el mandato de magistrado no es susceptible de reelección para un periodo igual e inmediato.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por el Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. Finalmente, en su parte *in-fine*, la norma prescribe que los fiscales del Ministerio Público y magistrados del Poder Judicial en actividad y que cumplan con el requisito ya indicado, deberán dejar el cargo que tuvieran cuando menos un año calendario antes a su postulación al Tribunal Constitucional.

La función de control directo que la Constitución ha asignado al Tribunal Constitucional, se encuentra definida en tres facultades o potestades específicas, a saber:

- La determinación en instancia única de que una ley, o norma con rango de tal, o normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada *erga omnes* por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo, esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o postulado de la Constitución (artículo 200, inciso 4; artículo 202, inciso 1, y artículo 204, de la Constitución);
- La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumpli-

miento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial y por la vía del recurso extraordinario de revisión en la llamada *jurisdicción negativa de la libertad*; y

- La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos constitucionales, sea este positivo o negativo, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento cada una de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la carta constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el “órgano de control de la Constitución”.

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo “europeo” o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929,²² implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la Constitución, *intérprete vinculante u obligatorio* en virtud de la concordancia artículo 204 *ab-initio* de la Constitución y artículo 35 de la LOTC,²³ esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, será la tarea esencial del Tribunal Constitucional, la que también debe hacerse conforme a la Constitución.

²² Quiroga León, Aníbal, “Una aproximación a la Justicia constitucional: el modelo peruano”, en Quiroga León, Aníbal *et al.*, *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, F. De. PUC del Perú, 1990, pp. 153 y ss.

²³ En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto 1419/93 y Dictámenes núms. 1419/94 y 1421/94) se definía en el artículo 1o. esta interpretación como “Suprema (Suprema: del lat. *supremus*; adjetivo Sumo, altísimo. II 2. Ser supremo. II 3. Que no tiene superior en su línea...”, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, Espasa-Calpe, 1992, t. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el artículo 1o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, del 3 de octubre, citado por González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 9.

En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean *autoaplicables*, sean *programáticas*, sean *estructurales*), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado “control concentrado” o “control *ad-hoc*”, esto es, de índole abstracto —y por tanto incompatible en ese punto con el “control difuso” o “*judicial review*”—²⁴ en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un *caso concreto* alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen—²⁵ *legislador negativo*, esto es, con poder derogatorio

²⁴ “En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente *difuso, incidental, especial, declarativo*; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*”. Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad”, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1988, pp. 337 y ss.

²⁵ El calificativo de “legislador negativo” que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional pretende “desjurisdiccionalizar” ni el órgano ni la función. No debe olvidarse

directo (artículo 204 *ab-initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una “norma sub-constitucional”,²⁶ de la que es titular el Tribunal Constitucional como “constituyente delegado”. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el artículo 1o. del Título Preliminar del Código Civil peruano,²⁷ se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*.

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una “demanda” en los términos que formula la teoría general del proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una “iniciativa legislativa negativa” que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía “quirúrgica” del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero

que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce... las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el derecho contenido en la norma fundamental... Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su *independencia*...; cuando habla de “legislador en sentido negativo” lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribe Kelsen: “un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo”. Citado por Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1981, pp. 6 y ss. (subrayado y entre paréntesis agregado). La cita de Kelsen se refiere a: Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de García Máynez, México, UNAM, 1979, pp. 303-334.

²⁶ Alonso García, *La interpretación constitucional*, Madrid, CEC, 1984, p. 13.

²⁷ Código Civil Peruano, título preliminar, “Artículo I. La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”.

si hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea “quirúrgica” que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el “vacío” que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una “situación de mayor inconstitucionalidad” en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

Ante la evidente trascendencia que supone para el sistema jurídico la *derogación de una ley*, nuestra legislación prevé una mayoría calificada de los miembros del Tribunal Constitucional para que se declare la *inconstitucionalidad* de una ley. Así tenemos que la opción legislativa ha previsto la necesidad de 6 votos conformes de los 7 miembros del Tribunal Constitucional para el caso que se declare la *inconstitucionalidad* de una Ley.

VI. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

El “control difuso”, o también llamado “el control judicial de la constitucionalidad de las leyes”, nace como lo reconoce hoy de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, como consecuencia de la expedición de la ahora ya célebre sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, en un *Writ of Mandamus* (una suerte de “acción de cumplimiento”) bajo la presidencia del *chief of justice John C. Marshall*, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de “legislatura repugnante” y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Fe-

deral la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho.²⁸

El llamado “sistema difuso” o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial; a saber: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional “innominado” de toda Constitución escrita.²⁹ Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de “sistema difuso”, esto es, atributo “distribuido” o “difundido” entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice “difuso” por que no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los jueces del Poder Judicial), como un atributo de éste y no susceptible de *transvase* por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos interpartes y mediante declaración judicial de “inaplicación”, sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial,

28 Furnish, Dale, *La “revisión judicial”*, p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte “más importante” de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, núm. 2, 1988, pp. 100 y ss.

29 Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los Estados Unidos de América y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica “creación” o “redefinición jurisprudencial” efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Véase Furnish, Dale, *op. cit.*, nota 28, pp. 96 y 97.

sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible.³⁰ Así aparece de modo uniforme entre nosotros en los artículos 8o. de la LOPJ(D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979(D), 138, segunda parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del vigente TUO de la LOPJ, que a la letra dice:

Artículo 14. De conformidad con el Artículo 236³¹ de la Constitución, 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 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 fuera impugnadas. Los 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,

³⁰ Dice Dale Furnish: “La potestad de la Corte Suprema de los EEUU es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo (con el curso del tiempo)... la Corte ha (auto) establecido que ciertas reglas inconvertibles que (auto) limitan su función de revisión judicial (una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la *judicial review*...; sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esas limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la *judicial review*. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley;... B) Se requiere un ‘caso o controversia’ auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (La Corte... no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias... Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos... Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, *abstracta* o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. *Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema*);... C) La Corte Suprema no intervendrá en una ‘cuestión política’ (esto es, en actos no judiciales);... y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso...” , Furnish, Dale, *op. cit.*, nota 28, pp. 90 a 96. Respecto de la necesidad de un “caso concreto” véase: Blume Fortini, Ernesto, “El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año III, núm. 3, 1996.

³¹ Véase el artículo 138, segunda parte, de la Constitución política peruana de 1993.

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.

Esto quiere decir que la justicia constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la *judicial review* es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los Tribunales de Justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está “añadida” a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al “caso concreto”, “interpartes”, nunca le puede relevar de su función de hacer “reparto” o “distribución de los bienes jurídicos tutelados” —cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos— materia de la controversia judicial. Y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de “contralor concreto de la Constitución” como parte adicional de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario, y con una pretensión material y concreta.

Como se aprecia, la justicia constitucional concentrada, o *ad-hoc*, bajo el modelo kelseniano, que corresponde al Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, y hasta opuestos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios de la presente centuria (la doctrina francesa la llegó a denominar despectivamente la “dictadura de los jueces” aludiendo a su no legitimación popular directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre la otra, ni viceversa; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquella es subjetiva, esta es abstracta puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquella es para el caso concreto, esta es *erga omnes*. Mientras aquella está difuminada entre todo el sistema judicial con todas sus variantes, ésta se halla concentrada

en un sólo órgano diseñado en la Constitución para ese efecto. Mientras aquélla surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, ésta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada.

Si lo anterior es así, cabe concluir que no se debe, ni se puede, esperar que el Tribunal Constitucional ejerza válidamente la atribución de la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, es decir, de la acción directa del control de las leyes; por ser esta abstracta, por ser aquella perteneciente al ámbito específico de la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme en la inequívoca acepción de la segunda parte del artículo 138 de la carta constitucional, sistemáticamente situado dentro del capítulo reservado al Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, *excluye* implícitamente, para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden válidamente analogar, ni extender interpretativamente, pues son taxativas y excepcionales —baste ver el principio general del derecho contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil—.³² De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial ¿No se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualesquiera otro órgano del Estado aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente, debe reconocerse que la doctrina del Tribunal Constitucional en la justicia constitucional *ad-hoc*, o concentrada, es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución; en tanto que el control constitucional con la *judicial review* a través del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o *ad-hoc* antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *judicial review* basada en el Poder Judicial, no siempre bien dispuesto o en aptitud de repetir ade-

³² Código Civil peruano, título preliminar, “Artículo IV. La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

cuadamente el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *common law*.³³

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la jurisdicción negativa de la libertad (artículo 202, inciso 2, de la Constitución), dado que dicha facultad, expresa, pero excepcional por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional siempre que hayan sido denegadas al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *recurso extraordinario de revisión* (artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano). Esto significa que en la facultad excepcional de la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción desde el Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar,³⁴ con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de *autocontrol de sus poderes* o *self restraint* que ha caracterizado siempre la actividad y funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

³³ Bernardis, Luis Marcelo de, *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal, Cult. Cuzco (eds.), 1995, p. 82 y ss.

³⁴ Véase núm. 21 *ab-initio*.

Para graficar la importancia de estas facultades, y la complejidad de sus delimitaciones, citaremos a Fernández Segado,³⁵ reputado catedrático español, a propósito de las célebres *sentencias* del Tribunal Constitucional peruano en los casos de la Ley núm. 26435, artículo 4o.,³⁶ referida al quórum válido para votar las causas de inconstitucionalidad, y la Ley núm. 26657 expedida por el Congreso Nacional a propósito de la *interpretación auténtica* del artículo 112 de la Constitución política del Perú que pretendió facilitar el acceso lícito del presidente de la República a un tercer periodo de gobierno (siendo que el texto expreso faculta sólo dos) y donde el Tribunal Constitucional, en una acción directa contra esta Ley de *interpretación auténtica*, ante la imposibilidad de declarar su inconstitucionalidad por falta de quórum en la votación (6 sobre 7 según el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), decidió por sí y ante sí, aplicarle el *control difuso* del Poder Judicial:

Esta argumentación resulta, a nuestro entender, por entero improcedente, pues presupone el entendimiento del control abstracto de inconstitucionalidad que refleja la acción de inconstitucionalidad como una suerte de procedimiento litigioso con partes enfrentadas por intereses contrapuestos, con ignorancia de que el control abstracto de normas no se origina en función de un conflicto de intereses concreto, sino simplemente por una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación con su compatibilidad con una ley singular. Es por ello mismo por lo que la doctrina alemana se habla de un “proceso objetivo” en el que los órganos que lo han iniciado no adoptan, en su calidad de titulares de los intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes (de demandantes propiamente dicho), actuando en cierto modo como defensores de la Constitución. A este respecto, Söehn³⁷

³⁵ Fernández Segado, Francisco, “El Control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 1999.

³⁶ El Congreso de la República remitió al presidente de la República la Ley la autógrafa de la Ley que modificaba el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho proyecto de Ley fue observado por el Poder Ejecutivo. A la fecha se encuentra nuevamente en la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República. El mencionado Proyecto de Ley tiene por finalidad reducir el quórum calificado de 6 votos a 5 votos a fin que se declare la inconstitucionalidad de una Ley.

³⁷ Söehn, H., “Die abstrakte Normenkontrolle”, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Homenaje al Tribunal Constitucional Federal Alemán con motivo de su XXV aniversario)*, Tübingen, 1976, t. I, p. 304, nota 54.

ha señalado que estamos ante un procedimiento unilateral, no de contienda; es decir, se trata de un procedimiento sin partes o litigantes.

...

La acción de inconstitucionalidad iba a desencadenar dos Sentencias bien dispares: en una de ellas, suscrita tan sólo por los tres magistrados que más tarde serían (por ello) destituidos (por el Congreso Nacional luego de un Impeachment o Juicio Político), a partir de una decisión improcedente y sin apoyo constitucional alguno, de aplicar el “control difuso” y no el “control concentrado”, se declaraba inaplicable la citada Ley Interpretativa No. 26.657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del (entonces) Jefe de Estado. Creemos innecesario reiterar lo ya expuesto entorno a la ineludible necesidad de separar el control difuso del concentrado. Como dijera García Belaúnde,³⁸ en realidad esta resolución (fue) una valiosa y honorable expresión de tres Magistrados sobre la inaplicabilidad, pero nada más. Se trata de un documento de indudable fuerza moral, revelador de una encomiable independencia de criterio, pero sin valor jurídico.

...

Y ello reclama una reflexión adicional. El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional; obvio es decirlo, y sin embargo resulta necesario recordarlo cuando el comportamiento de algunos Magistrados más parece regirse por los parámetros políticos propios de los Parlamentarios que por los que caracterizan a los Jueces en todo orden.

Es precisamente por ello, y dentro de esta misma problemática, que en su momento nosotros sostuviéramos que:

Para los efectos de cualquier determinación de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se halla obligado a respetar la regla preexistente de seis votos conformes..., y por que la misma se halla vigente y obliga a todos en la República, máxime a los Magistrados del Tribunal Constitucional a los que se halla especialmente dirigida, y por que no se puede violar la ley en aras de preservar la ley; es decir, la derogación de la segunda parte del artículo 4o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano que fue demandada es consecuencia de dicho fallo, y no causa del mismo, por lo que en esta vía del control directo está expresamente vedado su inobservancia, siendo que no habiendo caso concreto o subjetivo alguno (es una acción de control directo o abstracto), y no proviniendo esta causa de la denominada “jurisdic-

³⁸ García Belaunde, Domingo, “Dos a cero”, *Diario Expreso de Lima*, 21 de febrero de 1997.

ción negativa de la libertad”, tampoco cabe aceptar el sofisma de la “inaplicación para el caso concreto” de que trata la segunda parte del artículo 138 de la Constitución del Perú de 1993 en consonancia con el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reserva esta facultad para los jueces jurisdiccionales del Poder Judicial del Perú. Sólo se podrá alzar contra la ley y disponer su fulminación por inconstitucionalidad si se observa la regla moral del cumplimiento de la ley, sin valerse de artificios pseudo-jurídicos para “recrear” una solución inexistente, habilitada *exprofesso* para este caso, pues de lo contrario no tendría el Tribunal Constitucional fuerza moral suficiente para sancionar los excesos legislativos del Congreso cuando puede caer directamente y sin escrúpulos en el mismo proceder: ¿Con qué autoridad moral podrá el Tribunal Constitucional deponer el viciado acto legislativo del Congreso si habrá de proceder con igual intención politizando indebidamente su fallo y su función?³⁹

VII. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN DERIVADA Y DE EFECTOS GENERALES. LA ACCIÓN POPULAR

La acción popular es uno de los instrumentos de control constitucional y legal del derecho procesal constitucional que provee la Constitución política del Estado a los justiciables para el control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada, esto es para el control en *sede judicial* de las normas administrativas con carácter general cuando éstas contravengan la Constitución o las leyes. Es, por tanto, una acción de control directo de la legislación derivada (ley en sentido material), de orden abstracto (de puro derecho en trabajo de *subsunción interpretativa*) y de *legitimación abierta* sin requerir factor de conexión entre la norma dubitada y el agente que aparece como reclamante, cuya titularidad, en puridad, corresponde al Poder Judicial como agente del control constitucional.

No es ésta, reiteramos, en puridad, una “acción de garantía constitucional” (como erróneamente se la expresa en el texto del artículo 200 de la carta constitucional), sino una de *control directo por parte del Poder Judicial sobre la legalidad y/o la constitucionalidad de las leyes administrativas* (reglamentos en especial, y normas reglamentarias en

39 Quiroga León, Aníbal, *op. cit.*, nota 3, p. 233.

sentido *lato*) de la administración pública en general, cualquiera que sea su origen o posición.

La doctrina y la legislación ponen en sede del Poder Judicial, la posibilidad que éste de un modo abstracto pueda determinar si aquello normado por la administración pública, en la denominada legislación derivada, se adecua o no a los parámetros establecidos en la ley y en la Constitución.

El control directo que la acción popular establece dentro del ámbito de competencia del órgano jurisdiccional es, en primer lugar, un control legislativo; en tanto que en segundo lugar éste puede llegar a ser un control constitucional y convierte al órgano jurisdiccional en juez constitucional de la legislación derivada de la administración pública. Ello supone que no siempre el control que ha de establecerse mediante una acción popular será de orden constitucional, puesto que puede ser de orden legal, por ejemplo: reglamento *vs.* ley, sin necesidad de afrontar principio constitucional alguno.

Nuestra carta constitucional ha optado por otorgar competencia al Poder Judicial para que en su sede se determinen a través de la acción popular, si los reglamentos y normas administrativas que tienen efectos generales colisionan con la ley y con la Constitución, debiéndose de realizar el examen de la legalidad y constitucionalidad de la norma acusada de violación, en el orden antes señalado, pues no toda “ilegalidad” supone siempre una necesaria “inconstitucionalidad”.

Como consecuencia de lo antes expuesto, la acción popular, no tendrá otra finalidad que la de preservar la legalidad y constitucionalidad de los Reglamentos y normas administrativas de carácter general, y para que ello sea determinado por el juzgador constitucional deberá necesariamente de llevarse a cabo un exhaustivo análisis de subsunción de la norma que supuestamente vulnera la ley y/o la Constitución, partiendo éste de la indispensable labor interpretativa de la ley y la Constitución. Se debe considerar necesariamente en este análisis la premisa básica de interpretación de que toda norma nace siempre bajo la presunción de ser válida y constitucional.

VIII. LOS DENOMINADOS “CONFLICTOS DE COMPETENCIA” Y SU CONTROL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como hemos señalado precedentemente, el conflicto de competencia es también un proceso constitucional, siendo su finalidad la *interpretación del texto constitucional y con ello el control por parte del Tribunal Constitucional del ejercicio de las facultades que le son atribuidas a las diferentes entidades del sector público*. Es un proceso que lo podemos clasificar dentro de la jurisdicción constitucional como un *proceso de control de la constitucionalidad, legalidad y cumplimiento de las competencias constitucionales y legales*.

Los procesos constitucionales sobre conflicto de competencia pueden ser clasificados en dos:

- Conflicto negativo de competencia, cuando un órgano demanda ante el Tribunal Constitucional para que se le atribuya una competencia a su contendor, quitándosela de encima mediante una interpretación vinculante; y,
- Conflicto positivo de competencia, cuando un órgano constitucional demanda al Tribunal el que se le atribuya una competencia determinada, que es contestada o disputada por su contendor, a quien se la deberán de restar explícitamente mediante interpretación vinculante.

Sobre la base de lo antes expuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 202, inciso 3, de la Constitución, los *conflictos de competencia* que serán juzgados por el Tribunal Constitucional solamente se refieren a aquellos que se susciten de las atribuciones que la carta constitucional confiere a los diferentes estamentos del Estado, a raíz de la distribución o asignación de facultades que todo texto constitucional conlleva intrínsecamente.

Al desarrollarse legislativa la norma constitucional antes mencionada se ha determinado que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia se limita a los siguientes *conflictos de competencia*:

- a) Entre el Poder Ejecutivo y uno o más gobiernos regionales o municipales;
- b) Entre dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí; y,

c) Entro los poderes del Estado entre sí o cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí.

Sin embargo, no ha habido una importante intervención del Tribunal Constitucional en el ejercicio de esta facultad. Cabe señalar que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha determinado que si el conflicto que es sometido a su conocimiento proviene de una ley o de una norma con rango de ley, la vía procesal para la solución de dicha controversia constitucional se reconduce a la *acción de inconstitucionalidad*, y se le tramitará como tal.

Lamentablemente hasta la fecha nuestro Tribunal Constitucional no ha desarrollado una jurisprudencia considerable respecto a esta competencia. Este proceso constitucional no ha tenido tal vez la importancia que, por ejemplo, ha logrado en España a raíz de los conflictos que cotidianamente surgen entre el gobierno central y las diversas comunidades autónomas.

IX. LA ACCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La acción contencioso-administrativa es el proceso que, a nuestro juicio constitucional, el texto expreso de la Constitución prevé con la finalidad de que el administrado⁴⁰ pueda solicitar al Poder Judicial el control de los actos administrativos (representados formalmente en resoluciones administrativas) de efectos particulares, y con ello la prestación de orden subjetiva que este le negado de modo previo, siempre dentro del control *interórganos* que tan acertadamente definiera en su momento Kart Loewenstein. Para este efecto, ya hemos expuesto en la parte primera de la presente ponencia las definiciones concernientes a la administración pú-

⁴⁰ A partir del 7 de enero del 2002 ha entrado en vigencia la Ley núm. 27584 “Ley del Proceso Contencioso-Administrativo”, por la cual se confiere también a la administración pública la posibilidad de interponer la acción contencioso administrativa contra aquellos actos administrativos que hayan sido expedidos en contra de los intereses del Estado. Creemos que ello no se condice con la norma constitucional antes expuesta. Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe precisar que encontramos ciertamente un avance legislativo el contar con una norma que regule el trámite de este proceso constitucional, puesto que hasta este momento la ley que regía la acción contenciosa administrativa era el Código Procesal Civil, a todas luces impropio, lo que se prestó a muchas confusiones al querer aplicarse a este tipo de proceso las normas que rigen sobre un proceso de naturaleza y pretensiones civiles.

blica, los actos administrativos, sus características, naturaleza, clases, et-cétera.

Desde la vigencia del artículo 240 de la Constitución política del Estado de 1979(D) se definió —como ya se ha dicho— a la acción contencioso-administrativa como aquella *acción de control interórganos* que puede interponer el ciudadano o el administrado contra cualquier acto o resolución de la administración pública en general que “causa estado”, lo que ha sido expresamente reiterado en el artículo 148 de la carta política de 1993 en actual vigencia, norma constitucional que a la letra dice: “Artículo 148. Las resoluciones administrativas *que causan estado* son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa” (cursivo agregado).

En ese sentido, el artículo 23 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en actual vigencia señala que: “Artículo 23. La acción contencioso-administrativa de que trata el artículo 240⁴¹ de la Constitución se rige, en cuanto a sus reglas de competencia, procedencia y procedimiento, por su propia ley”.

La remisión a una ley posterior (reserva legislativa) a que se refiere el artículo 23 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha sido ya cubierta como anotamos precedentemente mediante la Ley 27584, de reciente vigencia y que constituye un avance en el desarrollo legislativo en materia procesal constitucional, puesto que no creemos que haya tenido un resultado positivo el equiparar a la acción contencioso-administrativa dentro de los alcances de un proceso civil, en tanto que como se desprende de la introducción de la presente ponencia, el derecho procesal constitucional es una rama independiente que ha ido cobrando autonomía a raíz del desarrollo de los instrumentos que la Constitución otorga a los ciudadanos a fin de accionar en defensa de lo que allí se dispone.

La acción contencioso-administrativa de que trata el artículo 148 de la Constitución es, por su naturaleza jurídica, una *acción constitucional de control de la legalidad y constitucionalidad del Poder Judicial sobre los actos y hechos administrativos de carácter y efecto particular en los ciudadanos por parte de la Administración Pública*. Allí, en el núcleo de la naturaleza jurídica, es que se halla el concepto de *causar*

⁴¹ Hoy referido al artículo 148 de la Constitución política del Perú de 1993 en actual vigencia.

estado en tanto define a los actos y hechos de la administración de efecto y carácter subjetivo y particular sobre los administrados (le causan *status* jurídico en su esfera de intereses, le afectan el *status* jurídico de sus derechos subjetivos) en contraposición con los actos y hechos normativos de la administración pública que, precisamente, *no causan estado* directo por ser de carácter objetivo, *erga omnes*, genéricos. En consecuencia, la definición constitucional de “causar estado” que actualmente se halla en el artículo 148 de la Constitución se refiere, sin duda alguna, a la definición de su naturaleza y sentido jurídico de los actos y hechos —actividad— de la administración pública que afecta los derechos subjetivos o materiales de los ciudadanos y que, por tal motivo, *legitiman de modo activo* a éstos —y sólo a éstos o quienes de ellos deriven legítimamente su derecho— a recurrir al Poder Judicial para solicitar al juez la prestación que ha sido previamente negada en el procedimiento administrativo que le es antecedente.

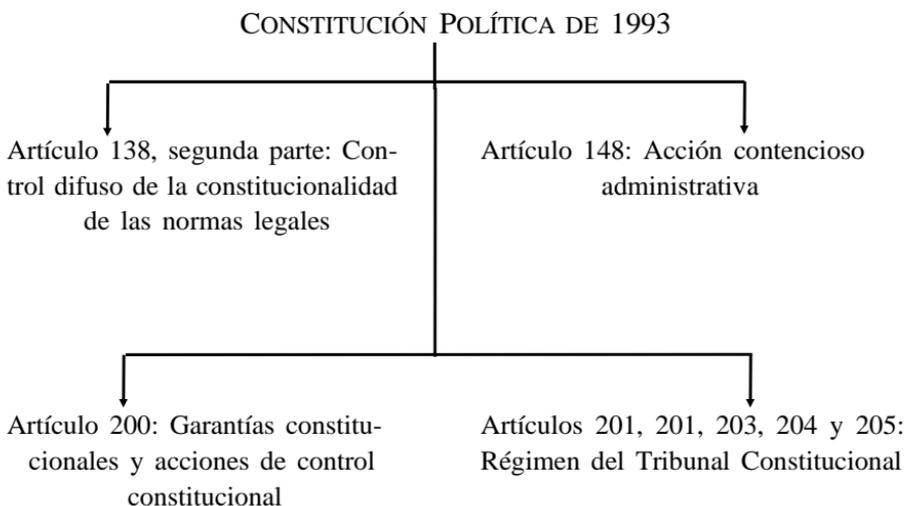
En efecto, la operatividad del ejercicio de esta acción contencioso-administrativa, determina que la demanda se interponga contra todo acto o resolución de la administración pública que “causa estado”, esto es, que afecte los derechos subjetivos de los particulares, a fin de que se declare su invalidez o ineficacia, concediéndose al mismo tiempo por la autoridad judicial la prestación material que fuera el objeto del reclamo administrativo originario y que la autoridad administrativa ha denegado de modo previo. Por lo tanto, el objeto mediato de la acción contencioso-administrativa será lograr que el Poder Judicial controle la legalidad y/o constitucionalidad de los actos y resoluciones administrativas de efectos intersubjetivos, esto es, de carácter particular (he ahí la definición de “causar estado” que contiene el precepto constitucional que le da sustento); en tanto que el objeto inmediato será la expectativa del administrado demandante de obtener de la autoridad judicial, en vía de rectificación, lo que le ha sido previamente negado por la autoridad administrativa en el procedimiento antecedente.

Por lo tanto, el sujeto pasivo de la acción contencioso-administrativa será siempre la administración pública o el órgano administrativo titular del acto administrativo o hecho de la administración que ha negado de modo previo tal prestación. De allí la supremacía que la Constitución le concede al juez ordinario por sobre todos los actos de la administración pública que contengan efectos intersubjetivos o particulares, es decir,

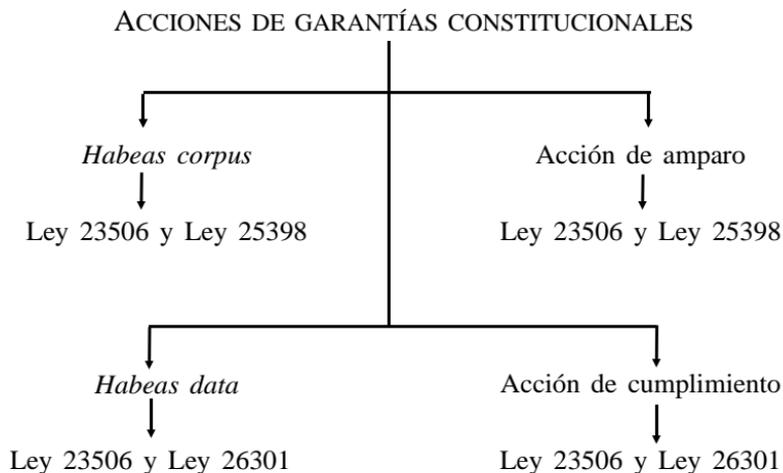
que causen estado al ciudadano disconforme, permitiéndole su revisión y eventual rectificación en sede judicial.

X. ANEXOS

1. *Anexo I. El derecho procesal constitucional en el Perú. Esquema: las normas constitucionales en materia procesal constitucional*



2. Anexo II. Legislación sobre acciones de garantías constitucionales



3. Anexo III. La legislación sobre acciones de control constitucional

