

## La recepción española de la *Judicial Review* americana: la cuestión de inconstitucionalidad\*

Aníbal Quiroga León

A Héctor Fix-Zamudio, Domingo García Belaunde,  
Francisco Fernández Segado y  
Miguel Revenga Sánchez, maestros y amigos,  
hogaños y lejanos, sin tiempos ni distancias ...

«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 austríaco, es concentrado, principal, general y constitutivo.»

La justicia constitucional en América latina y la declaración general  
de *inconstitucionalidad*  
Héctor Fix-Zamudio

«[...] ese famoso Tribunal Constitucional [...] no me convence, porque ni es castellano, ni tiene tradición española, ni es más que una imitación extranjera, que se parece como un huevo a otro a aquel Consejo del Reino que traía la dictadura [...] lo de la inconstitucionalidad de la ley ha sido un problema que no existió en España [...], aquí lo verdaderamente liberal, lo democrático, es que un juez cualquiera es dueño y soberano para establecer la relación entre una Constitución y una ley; porque, señores, si esta es una cuestión de técnica jurídica, para ver si una ley contradice la Constitución será un problema de técnica jurídica como el relacionar una ley con otra en una cuestión de derecho internacional privado, y eso lo resuelven los Tribunales mejor que ese Tribunal [...]. La relación entre una ley y la Constitución es la misma que entre un reglamento y la ley, entre un acto de ejecución y la Sentencia, por esa jerarquía normativa que ha explicado

\* Ponencia presentada al «VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional», Sevilla, España, 05-08 de diciembre de 2003.

y desvuelto Kelsen en la doctrina vienesa, pero que no dice nada nuevo para los que creemos que cuando la Constitución está por encima de todo, las leyes que la infringen no tienen valor alguno [...]. Ningún juez estará obligado a aplicar una ley que sea inconstitucional, sin esperar a que la declare inconstitucional nadie [...].»

Royo Villanova,

En: Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes  
Juan Manuel López Ulla

«La Constitución transforma el desnudo poder político  
en poder jurídico»

KAEGI

## Introducción

«El Tribunal Constitucional es una pieza de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas del sistema.

Esta concepción de la Constitución es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho.[...].<sup>1</sup>

En los últimos tiempos, qué duda cabe, en la estructuración y funcionamiento del Estado Democrático de Derecho ha cobrado auge impresionante la difusión, discusión e implementación de las principales características, contornos y alcances de la doctrina del Derecho Procesal Constitucional, como denominación de una disciplina jurídica autónoma que intenta superar, no por errada sino por constituir los perfiles de una nueva especialidad procesal, a los conceptos de Justicia Constitucional o de Ju-

<sup>1</sup> Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ra. Ed., 2001, p. 123.

jurisdicción Constitucional.<sup>2</sup> Al respecto González Pérez<sup>3</sup> ha señalado con acierto que:

«Si parece no ofrecer duda que las normas reguladoras del proceso constitucional deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales, no está tan claro que el Derecho procesal constitucional, como el Derecho procesal administrativo, el Derecho procesal laboral y otras ramas del Derecho procesal, deben considerarse autónomos entre sí. [...].

A solución análoga ha de llegarse respecto de Derecho procesal constitucional. Partiendo de la unidad fundamental del proceso y utilizando los conceptos propios del Derecho procesal, ha de estudiarse el conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos de que el mismo conoce. [...].

Siendo el Derecho Procesal Constitucional una rama del Derecho procesal, no ofrecerá distintos problemas la determinación de su naturaleza jurídica que la del Derecho procesal en general. [...].

Tradicionalmente ha sido considerado el Derecho procesal como un Derecho de carácter secundario instrumental respecto del derecho material. De aquí que se haya llegado a designar «Derecho adjetivo» o «Derecho formal». Y, concretamente, el Derecho procesal constitucional, las normas reguladoras del proceso cuyo objeto son pretensiones fundadas en Derecho constitucional, se ha considerado como instrumental. Su papel es la defensa de la Constitución.»

Y será el propio García Belaunde<sup>4</sup> quien, corroborando lo anterior, ha sostenido recientemente que:

«Durante el periodo que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del 80, los cultores de este tema, se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por

---

2 Domingo García Belaunde, «Sobre la Jurisdicción Constitucional», en: Aníbal Quiroga León, *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990, p. 32.

3 Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 51-53.

4 Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pp. 193-194.

ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix-Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes, o «jurisdicción constitucional orgánica» y de «jurisdicción constitucional de las libertades», o de la «libertad», como prefiere Fix-Zamudio. Y dentro de esa línea, se agrega a «jurisdicción constitucional transnacional», para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario. [...].

Pero esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida que hablemos de «jurisdicción» o «justicia constitucional» o equivalentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un Derecho Procesal Constitucional. [...].

Y tal clasificación tripartita, iniciada por Cappelletti, válida en su momento, pierde hoy su valor científico, si bien, por comodidad, se sigue utilizando. Y el Derecho Procesal Constitucional solo se entiende desde una Teoría General del Proceso, que es una sola y que alimenta todos los procesos, como lo vio bien Carnelutti. Y aceptando su carácter procesal, resulta inevitable seguir la doctrina general para armar esta nueva disciplina.»

A esto, entre otros muy valiosos y pioneros trabajos, debemos hoy sumar a título emblemático lo que se puede considerar es una monumental obra, titulada precisamente **Derecho Procesal Constitucional** (México, 2003) que en su cuarta edición a cargo de la reputada Editorial Porrúa S.A.C., de México, en cuatro volúmenes finamente editados, continúa coordinando el joven jurista mexicano Ferrer Mac Gregor, activo profesor universitario, académico y prestigiado funcionario de la Suprema Corte de la Nación mexicana; y que sin ninguna duda, como bien ha señalado con acierto el profesor García Belaunde, constituye la obra más completa en lengua española en el desarrollo del Derecho procesal constitucional.

Así, el fascinante mundo de Derecho procesal constitucional versa fundamentalmente acerca de todos aquellos instrumentos, directos e indirectos, jurisdiccionales o específicos, en sus múltiples variables presentes y futuras, que la doctrina del Derecho constitucional ha ido generando en

el desarrollo histórico de las constituciones y sus avatares político-jurídicos —que, a decir verdad, no es de muy antiguo en la historia de la civilización— en la consolidación de lo que hoy denominamos y vivimos como el moderno Estado de Derecho.

Por eso el estudio de los esquemas de defensa y control de la Constitución a partir de los sistemas y subsistemas que la doctrina del derecho comparado contiene, y que en el Perú fueron básicamente diseñados para la Constitución de 1979(D) y que ahora permanecen grandemente reformulados en la Constitución de 1993 en actual vigencia; permite su comprensión y desarrollo, a la par que efectuar una revisión detallada de cada uno de los instrumentos jurídico-procesales para lograr esta defensa y control de la constitucionalidad.

Estos instrumentos tienen hoy como escenario de acción tanto el Poder Judicial, a través de los mecanismos de control inter-órganos, al decir de Loewenstein, en que la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y los derivados de las Acciones de Garantía; cuanto en el Tribunal Constitucional u otro órgano *ad-hoc* creado específicamente para este efecto a partir de la impronta de Kelsen, comenzando por la reivindicación de su cualidad de supremo intérprete de la Constitución, el funcionamiento de la acción directa de inconstitucionalidad, la posibilidad de conocer en revisión extraordinaria de última instancia (jurisdicción de la libertad) las acciones de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento —cualesquiera que sea el nombre que se les dé—<sup>5</sup> cuando fueran denegadas o inadmitidas por el Poder Judicial en una atribución en que

---

<sup>5</sup> En esto, es interesante apreciar, por ejemplo, la aproximación que el texto del Art. 25º de la Convención Americana de DDHH o Pacto de San José desarrolla para llegar a un denominador común que supere las expresiones o denominaciones locales del instrumento o de sus variantes, pero que en el fondo, apuntan al mismo objeto y finalidad. Así, este texto dice:

«Art. 25º.- Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare **contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención**, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.» (Resaltado agregado)

evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones constitucionales, autónomas en su conformación, pero relacionadas en este extremo. También comprende la resolución de la contienda de competencia constitucional —positiva y negativa— de los diversos órganos constitucionales, y, finalmente, la acción contencioso administrativa destinada fundamental y de modo residual para servir de instrumento al servicio del ciudadano justiciable para impugnar ante el Poder Judicial los actos administrativos y los hechos de la administración de efecto intersubjetivo y que le causen estado.

En ello, un aspecto importante a ser tratado será 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 constitucional.

Para ello, se debe iniciar 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; y *el sistema concentrado*, o europeo, o *ad-hoc* de control de la constitucionalidad, así como sus diversas modalidades y variantes, para arribar al esquema del modelo peruano, tanto de la Constitución de 1979(D), como en la Constitución de 1993, y el curso del actual proceso de reforma constitucional.

Además, se deben abordar y estudiar las características especiales de los procesos de control directo de la constitucionalidad de las leyes, la organización de un Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República como órganos del control constitucional, la inaplicación de las leyes al caso concreto, la acción de hábeas corpus, la acción de amparo, la suspensión del acto reclamado, la acción de hábeas data, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción contencioso-administrativa y la contienda de competencia constitucional —positiva y negativa— ante el Tribunal Constitucional, como instrumentos del Derecho procesal constitucional para la defensa de la legalidad y de la constitucionalidad, cada una de ellas con sus respectivas características jurídicas, normatividad aplicable e historia particular.

Así las cosas, siguiendo esta línea metodológica, recibe la denominación de «control difuso» o «*Judicial Review*» o Sistema americano o Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las leyes, aquel sistema de control normativo y de interpretación constitucional que se ha diseñado para hacer del juez ordinario un doble Juez: por un lado juez ordinario y original de la causa que sea materia de su válida competencia, y por el otro juez constitucional que *ex officio* deberá ser guardián de la constitucionalidad de las leyes que sean materia de su válido conocimiento, y para que después no pueda alegar que el sistema no le permitió hacer uso adecuado de este sistema o modelo. Por el otro lado, tenemos lo que se ha venido en denominar el «*Sistema concentrado*» o «*Sistema europeo*» de justicia constitucional para la adecuada interpretación actualiza o «concretizada»<sup>6</sup> de la Constitución y para el control normativo de las leyes en un determinado ordenamiento jurídico nacional.

Ambos sistemas se crean en momentos diferentes, y por razones diferentes. Y representan corrientes constitucionales históricamente diferentes y reposan en una estructura de ordenamientos jurídicos diferentes (*Common Law* y *Civil Law*). Luego, responderán a criterios diferentes y a diferentes concepciones, por lo que no parece adecuado hacer respecto de los mismos un lineal trasiego conceptual, de un lado hacia el otro, descontextualizado que termine desvirtuando su esencia y pervirtiendo su mejor aplicación.

Para este efecto, vamos a tratar de desarrollar los principales aspectos conceptuales de ambos sistemas, aparentemente incompatibles entre sí, a fin de perfilar sus contornos que nos puedan ayudar en comprender mejor el conjunto del sistema mismo en el Perú y la situación planteada.

---

6 Konrad Hesse, Traducción del Capítulo correspondiente de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 12, *Neubearbeitete Auflage*. Heidelberg, Karlsruhe, C.F. Muller Juristischer Verlag, 1980, pp. 20-34, efectuada por Carmen Villar y Jaime Nicolás Muñiz, versión fotocopiada para el Curso monográfico de Doctorado *Interpretación de la Constitución* del doctor Enrique Alonso García, 83/84, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. También publicada en: *Escritos de Derecho Constitucional -Selección-*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 33-57, con la traducción y la Introducción a cargo del profesor Pedro Cruz Vidalón.

## I. El Sistema concentrado o europeo

A propósito de la influencia del «sistema americano» en el «sistema europeo», Eduardo García de Enterría ha señalado que:

«El Tribunal Constitucional es una pieza de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas del sistema.

Esta concepción de la Constitución es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho. Está bien establecido que esta concepción incorpora, por una parte, la tradición del derecho natural en su versión puritana y laica, la de Locke, como *lex legum* y como *lex inmutabile*. Pero, a la vez, aporta, para hacer efectiva esa superioridad, ese super derecho, técnicas concretas propias del *common law*, concretamente dos: la formalización en un documento solemne de ese *fundamental law*, documento que es al que precisamente se va a reservar el término de Constitución, y que viene de la experiencia pactista de las colonias americanas, los llamados *charters* o *convenants*; y en segundo término, y esto tiene especial relieve, el *common law* es el que habilita una técnica específica a favor de esa supremacía constitucional, la técnica de la *judicial review*, que proviene del *common law* inglés, de su posición precisamente central como «Derecho común», desde la cual el Derecho común puede exigir cuentas a los *statutes*, a las leyes, como normas puramente singulares o excepcionales que son, que penetran en un Derecho común ya constituido. Esta técnica de predominio del *common law* sobre las leyes o estatutos es lo que todavía hoy en el sistema inglés, que no conoce la técnica de la constitucionalidad de las leyes, por motivos que inmediatamente vamos a ver, se sigue llamando *the control of the common law over statutes*, es decir, el principio interpretativo básico por virtud del cual el Derecho común sitúa dentro del sistema que él representa, y normalmente con criterios restrictivos, todas las normas singulares



dictadas por el legislativo, puesto que el *common law* en su esencia no es un derecho legislado, como bien es sabido. Desde esa posición de superioridad del *common law* sobre los estatutos, sobre las leyes del Parlamento, ya a principios del siglo XVII el gran juez Coke intentó plasmar en algunas sentencias, sobre todo en la famosa del *Bonham's case*, de 1610, un control no ya sobre el alcance y la interpretación de las leyes parlamentarias, sino sobre la validez misma de estas leyes, implicando, por consiguiente, la eventual anulación de las mismas por contrarias a los principios fundamentales del sistema, considerados como expresión del derecho natural (*the common law will control acts of Parliament and sometimes adjudige them to be utterly void*; y en otro lugar de la misma sentencia se hace una equiparación expresa entre *common law* y *natural equity*, correlativa a su vez de *iura naturae*, que son *inmutabilia*: son términos literales de este capital fallo, que conocen y utilizan los juristas americanos de la independencia). Pero esta tesis va a perecer en el Derecho inglés, en el desarrollo posterior constitucional, que va a hacer del dogma de la soberanía del Parlamento, forjado al hilo de la lucha entre el Parlamento y el rey, un principio central de la Constitución inglesa, de lo que concluirá derivándose la correlativa inmunidad judicial de las leyes.

Los constituyentes norteamericanos enlazan, de manera directa, justamente con esa tradición del juez Coke, que es constantemente utilizada en las fuentes, como es bien conocido.

La Constitución americana de 1787 formula en su artículo VI, sección segunda, el principio de que la Constitución es el supremo derecho de la tierra, y que en este sentido vincula a los jueces, no obstante cualquier disposición contraria de las constituciones o de las leyes de los Estados miembros; es la básica *supremacy clause*.

La primera enmienda a la Constitución que se dicta dos años después (para establecer el *Bill of Rights* que faltaba en su texto originario, como es sabido) se concibe ya como un límite al poder legislativo, al decir que «el Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa, o el derecho de reunirse pacíficamente, o de presentar peticiones al Gobierno». La idea de la Constitución como límite del poder legislativo, pues, es absolutamente explícita.

Sin embargo, como es conocido, hasta 1803, en el famoso e histórico caso *Marbury v. Madison*, obra del gran juez John Marshall, el Tribu-

nal Supremo no va a extraer de estos presupuestos la doctrina del control de constitucionalidad sobre las leyes de la Federación (sobre las leyes de los Estados la cuestión admitía menos dudas y se habían producido ya varias sentencias anteriores). Por primera vez en esa famosa sentencia se anula una ley federal, partiendo de la observación elemental que hace el juez Marshall de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución la alternativa es muy simple: o se aplica la ley, en cuyo caso se inaplica la Constitución, o se aplica la Constitución, lo que obliga a inaplicar la ley; él opta por esta segunda solución, naturalmente, que juzga *the very essence of judicial duty*, sobre la base de lo que ya antes Hamilton, en *The Federalist*, había llamado, y va a quedar en adelante establecido como un principio capital del Derecho público norteamericano, la obligación más fuerte, la vinculación más fuerte del juez a la Constitución (*higher, superior obligation*).

Desde entonces, desde esa capital sentencia de 1803, la *judicial review*, entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema, incluso de la sociedad americana entera. La mitología de la Corte suprema americana es inacabable y sería muy fácil acumular referencias. ¿Cómo explicar la sorprendente aceptación general de una institución cuya posición central está basada enteramente en una competencia, la *judicial review*, que no ha sido atribuida expresamente por la Constitución, sino propiamente «usurpada», o al menos autoatribuida? Más que la explicación (aunque más adelante nos corresponderá ofrecer alguna desde nuestra estricta perspectiva jurídica, sin intentar entrar en problemas de psicología colectiva) nos interesa ahora el resultado: el Tribunal Supremo es reverenciado y acatado como la representación más alta de la ideología americana, de la propia identidad nacional. Hay incluso toda una mitología religiosa: la Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el «*Marble Palace*», en el palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad.»<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, pp. 123-127.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el «Órgano de control de la Constitución». Esto significa que la Constitución Peruana 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»,<sup>8</sup> 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: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligante a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) 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 men*» por el actual, democrático y jurídico «*Government by laws*».<sup>9</sup> Entonces, la Constitución no es solo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

---

8 Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional*. (1940-1968), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

9 Kaegi y Von Ihering, cit. por Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 49 y ss.

Si lo anterior es así, resulta evidente que la primera de las tareas del Tribunal Constitucional es definir y delimitar sus propias facultades y alcances, de modo tal que para sí mismo tenga claro el largo del alcance de su poder de control, y frente a los poderes del Estado y la Nación entera tenga definido el límite de sus poderes de control. Esto es, corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa ser el intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes*, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que con ello pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que por la Constitución del Perú le han sido conferidas.

Así, aparece que el Tribunal Constitucional peruano se halla definido, como ya ha quedado dicho, en el Art. 201° de la Constitución, y 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,
- c. Estar compuesto por siete miembros, denominados magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años.

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), antes con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros, en mayoría que era sobrecalificada, donde la mayoría absoluta es considerada también como mayoría calificada, y que hoy se ha modificado por una cómoda y flexible mayoría simple. 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 que la Constitución ha asignada al Tribunal Constitucional, se halla definida en tres facultades o potestades específicas, a saber:

a. 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 (Art. 200º, Inc. 4, Art. 202º, Inc. 1 y Art. 204º de la Constitución));

b. La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, siempre que su sentido haya resultado desestimatorio al demandante en sede judicial; también llamada jurisdicción de la Libertad; y,

c. La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos Constitucionales según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento de todas y 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,<sup>10</sup> 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 Art. 204º *ab-initio* de la Constitución y Art. 35º de la LOTC,<sup>11</sup> esta tarea

---

10 Aníbal Quiroga León, «Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano», en: A. Quiroga L. (Comp.), *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, p. 153 y ss.

11 En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto Nº 1419/93 y dictámenes Nos. 1419/94 y 1421/94) se definía en el Art. 1º esta interpretación como «Suprema» (del lat. *supremus*); adj. Sumo, altísimo. II 2. Ser supremo. II 3. Que no tiene superior en su línea [...] Dicc. de la Lengua Española; Real Academia Española; XXI Ed. Espasa-Calpe, Madrid,

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.

En efecto, como parece obvio, la sola creación y presencia en una Constitución escrita de un Tribunal Constitucional supone, *per se*, la creación y el designio por el constituyente de un modelo específico de control al Congreso, pues si la tarea primordial del Tribunal Constitucional es la determinación excepcional de que una ley debe ser derogada del sistema jurídico por vicio de inconstitucionalidad, y si la ley es fundamentalmente la obra esencial del Congreso, la conclusión aparece obvia: la creación y presencia de un Tribunal Constitucional implica la opción del constituyente por generar un sistema idóneo, y a la vez eficaz, de control de los actos parlamentarios traducidos en leyes de la República, pues de otro modo no hallaría explicación ni sentido su presencia. En efecto, Manuel García Pelayo<sup>12</sup> sostiene al efecto que:

«Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, ni a su mera enunciación de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o institucionales *«constitucionalmente relevantes»*, sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso jure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se con-

---

1992, T. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el Art. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, de 3 de octubre. Cit. por Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980.

12 Manuel García Pelayo, «El «Status» del Tribunal Constitucional», en: *Rev. Española de Derecho Constitucional*, Vol 1, Nº 1, CEC, Madrid, 1981, p. 13 y ss.

densan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el *vértice dell'organizzazione statale*,<sup>13</sup> y, de otro, porque son la expresión orgánica no solo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución».

En efecto, el sistema jurídico debe ser ordenado conforme a la Constitución. Ya Kelsen, a quien la doctrina unánimemente atribuye la paternidad del «Sistema Concentrado», había sostenido desde principios de este siglo que:

«El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma —la de grado más bajo— se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Sobre la base de las precedentes consideraciones [...] la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, tan solo puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional, y de anularla cuando —de acuerdo con la opinión de ese órgano— sea «inconstitucional». Puede existir [...] un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada «revisión judicial», puede encomendarse a los Tribunales Ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo (de Justicia Ordinaria)».<sup>14</sup>

---

13 Santi Romano, *Principi di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, 1946, p. 156.

14 Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit. por Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 1984, p. 25.

La interpretación constitucional, que es tarea esencial del Tribunal Constitucional, también debe hacerse conforme a la Constitución. 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. Mientras que las primeras son esencialmente políticas (ya sean «autoaplicables», o sean «programáticas», o «estructurales»), las segundas son de básico contenido subjetivo, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo. De dicho modo, la hermenéutica tradicional resultará insuficiente al intérprete constitucional, que para el efecto deberá de recurrir a los propios métodos de interpretación (p. e. el **contrapeso de los valores, el principio de la unidad de la Constitución y la interpretación con arreglo o conforme a la Constitución**), ya que las normas constitucionales, al ser esencialmente normas políticas, distributivas del ejercicio legítimo y legitimado del poder constituido, son continente de valores, principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de una Nación, los mismos que tienen una dimensión históricamente dinámica.<sup>15</sup> Ya en 1862 el jurista alemán Ferdinand Lassalle, en su célebre conferencia berlinesa titulada «Sobre la esencia de la Constitución»<sup>16</sup> había sostenido que la idea de la Constitución escrita no pasa de ser una «mera hoja de papel» si quiere uno conocer la realidad de las cosas hay que atender al sustrato efectivo de poder que está por debajo de las declaraciones formales de la Constitución,<sup>17</sup> de donde se concluye que la Constitución moldea los pilares básicos del país, y la realidad de este a su vez condiciona la vigencia constitucional en una interacción constante que es menester descubrir y manejar con acierto de modo permanente, sobre todo por parte del intérprete constitucional.<sup>18</sup>

---

15 Aníbal Quiroga León, «La Interpretación Constitucional», en: *Derecho* N° 39, Rev. de la Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1985, p. 323 y ss. Véase también Konrad Hesse, «La Interpretación Constitucional», en: *Escritos de Derecho Constitucional-Selección*, CEC, Madrid, 1983, p. 33 y ss. Asimismo, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como [...]*, p. 95 y ss.

16 *Über Verfassungswesen*; cit. por Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, p. 42.

17 Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción [...]*, *op. cit.*

18 Aníbal Quiroga León, «La Interpretación [...], *op. cit.* Para evaluar la vigencia de estos postulados, ver a quienes sostienen que dicho ensayo es uno de los pocos trabajos que



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*»— 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<sup>19</sup> como —al decir de Kelsen<sup>19</sup> Legislador Negativo, esto es, con poder derogatorio directo (Art. 204<sup>o</sup> *ab-initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una «norma sub-constitucional»,<sup>20</sup> de la que es titular el Tribunal Constitucional como «constituyente delegado». Por ello, y por

---

sobre la interpretación constitucional se han hecho en el Perú, en: Enrique Bernales y Marcial Rubio, **Constitución: Fuentes e Interpretación**, Mesa Redonda S.A. Eds., Lima, 1988, p. 101.

19 El calificativo de «legislador negativo» que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional pretende «desjurisdiccionalizar» ni el órgano ni la función. No debe olvidarse 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 austríaco. Escribe Kelsen: «un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo». Cit. por Pablo Pérez Tremps, **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**, CEC, Madrid, 1981, p. 6 y ss. (subrayado y entre paréntesis agregado). La cita de Kelsen se refiere a: Hans Kelsen, **Teoría General del Derecho y del Estado**, (trad. de García Maynez), UNAM, México, 1979, pp. 303-334.

20 Alonso García, **La Interpretación Constitucional**, CEC, Madrid, 1984, p. 13.

expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga solo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el Art. 1º del Título Preliminar del Código Civil, se halla necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: toda ley se deroga solo 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 Art. 203º de su texto normativo.

Siendo lo anterior así, debe determinarse si una ley dubitada, puesta en el debate constitucional por los legitimados para solicitar su derogación por la vía del control directo que ejerce el Tribunal Constitucional, no ingresa limitada, ni condicionada a lo que diga el Tribunal Constitucional: la ley ingresa plenamente vigente y con presunción *Juris Tantum* de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional, y todos los agentes del Estado y la ciudadanía deben respetar y obedecer por mandato de la propia Constitución (Art. 204º de la Constitución, en especial *in-fine*), de modo tal que si el Tribunal Constitucional estima que no hay inconstitucionalidad o no logra la legitimidad *especial* para lograr la voluntad jurídica y constitucional suficiente para oponer su fuerza a la ley dubitada, deberá necesariamente dejarla ir en las mismas condiciones en las que ingresara a su examen de *subsunción*, esto es, en vigencia jurídica y con la presunción de constitucionalidad también vigente por no habérsela enervado conforme a la propia Constitución.

Al efecto, cabe precisar que antes de que el juez constitucional deba realizar tal tarea de *subsunción* entre la norma constitucional y la norma legal dubitada, tiene el deber principal de salvar la constitucionalidad de la ley, de buscar en primer lugar una vía interpretativa que concuerde positivamente la ley dubitada con la Constitución. 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 Héctor Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero si hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea «quirúrgica» que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrolla-

do 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 «hueco» 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. Es este «*horror vacui*» el que determina el principio formulado así por el Tribunal Constitucional Federal alemán: «es válido el principio de que la Ley no debe ser declarada nula (inconstitucional) cuando puede ser interpretada en consonancia o conforme con la Constitución».<sup>21</sup>

El mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán, así también como el Supremo Tribunal norteamericano, no han dudado en conectar este principio con la «presunción de constitucionalidad de las leyes», no como una simple afirmación formal de que toda ley se tendrá por válida hasta que no se logre declarar válidamente su inconstitucionalidad, sino que implica materialmente; i) la confianza que se otorga al legislativo en la observancia y en la interpretación adecuada de los principios y postulados constitucionales; ii) una ley no será declarada inconstitucional a menos que no exista en el Juez Constitucional ninguna «duda razonable» sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución; y, iii) cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permita una interpretación inconstitucional se habrá de presumir, siempre que sea «razonablemente posible», que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha norma legal es precisamente aquella que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.<sup>22</sup>

## II. El Control difuso o americano

A este efecto, parece conveniente recordar que aún en un sistema tan disímil como el americano del «control difuso» o de la «*judicial review*»

21 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como [...], op. cit.*, p. 96 y ss.

22 *Op. cit.*

en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos se ha acuñado desde antiguo el principio esencial de que «la validez constitucional es la última cuestión que la Corte habrá de considerar con respecto a una Ley», lo que constituye un lema esencial para la Corte Suprema estadounidense, una pauta sumamente básica, de que jamás tocará la cuestión de constitucionalidad de una ley a menos que razonablemente no le quede otra cuestión a la cual recurrir. Es decir, el Tribunal Supremo se dirigirá al examen de la cuestión de constitucionalidad de la ley del Congreso solo después de haber agotado todo otro aspecto razonable que pudiera haber servido como una base jurídica en la solución del caso sub-júdice. La Corte Suprema Federal estadounidense nunca buscará un cotejo frontal entre la Constitución y la Ley. La evitará hasta que no haya otra salida razonable, y entonces por fin la llevará, pero siempre cautamente y con reluctancia. La Corte Suprema Federal norteamericana expresó en una de sus sentencias que:

«si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad [...] hasta que sea inevitable».<sup>23</sup>

Lo que determina por fin la cuestión es la pregunta ¿pudiera otro poder del Estado —el Congreso— haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional?, o dicho de otro modo, la cuestión no es ¿cuál será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces constitucionales, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo?<sup>24</sup> Quizás para ilustrar aún más claramente el punto, cabe citar la anécdota que se cuenta en la historiografía constitucional norteamericana: el jurista Cooley, notó de acuerdo con la limitación bajo comentario, que un miembro del Congreso puede luchar contra un proyecto de ley y por fin votar en contra a su promulgación si considera que el mismo entra en conflicto con la Cons-

---

23 Dale Furnish, «La “Revisión Judicial” de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos», en: Aníbal Quiroga León (Comp.), *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990, p. 91.

24 Thayer, «*The Origin and Scope of the American Doctrine as Constitutional Law*», N° 7, en: *Harvard Law Review*, 149 (1893), cit, por Dale Furnish, *op. cit.*, p. 96.

titución. Como legislador, su mera opinión le basta para determinar su voto. Nombrado subsecuentemente como Magistrado de la Suprema Corte Federal, si la misma ley se presentara para una determinación de constitucionalidad, el ex-legislador podría encontrar su deber judicial el sostener la validez de la ley, aunque no haya cambiado de ninguna manera su opinión personal sobre el asunto. Es que, como Juez de la Corte Suprema, tiene el deber de preguntarse objetivamente ¿puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó en favor de la ley? Si la respuesta es positiva, como Juez tiene el deber de fallar en favor de la validez de la ley.<sup>25</sup>

Dentro de este rubro de ideas, conviene en este punto determinar si el Tribunal Constitucional posee, en la acción de control directo de la constitucionalidad de las leyes, la facultad del «control difuso» o de «*judicial review*» de que trata la segunda parte del Art. 138º de la Carta Constitucional.

El «control difuso de la constitucionalidad de las leyes» nace como tal, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la expedición célebre sentencia en el caso *Marbury vs. Madison*, en una acción de *Writ of Mandamus* iniciada en 1782 respecto de la *judiciary act* de 1787 y bajo la presidencia del *Chief 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 Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho.<sup>26</sup>

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»

---

25 *Op. cit.*

26 Dale Furnish, *La Revisión Judicial* [...], *op. cit.*, 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* N° 2, Lima, 1988, p. 100 y ss. Ver también Juan Manuel López Ulla, *Orígenes constitucionales del Control Judicial de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 39-40.

de toda Constitución escrita.<sup>27</sup> 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» porque 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 este 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 solo 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 solo con efectos *inter-partes* y mediante declaración judicial de «inaplicación», solo 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, solo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible.<sup>28</sup> Así aparece de modo uniforme entre nosotros en los arts. 8º de la LOPJ(D) de 1963, 236º de la Constitución de 1979(D), 138º, 2da.

---

27 Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los EEUU 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. Ver Dale Furnish, *op. cit.*, pp. 96 y 97.

28 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 incontrovertibles 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*

Parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14° del vigente TUO de la LOPJ.

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» solo parte —como fuente— de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario. Esto define a la justicia constitucional americana como una «justicia subjetiva» porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable —y su actuación en una realidad determinable—, el que servirá de base y sustento del examen de constitucionalidad.

---

*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 [...]. Dale Furnish, op. cit., pp. 90 a 96. Respecto de la necesidad de un «caso concreto» ver: Ernesto Blume Fortini, «El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución», en: Pensamiento Constitucional N° 3, Año III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996.*

Como se puede apreciar, la justicia constitucional concentrada, o *ad-hoc*, bajo el modelo kelseniano, y que corresponde al Tribunal Constitucional es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, 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 la «dictadura de los jueces» aludiendo a su no legitimación directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre el otro, 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 solo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquella 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. Tal diferenciación y antagonismo ya había sido puesto de relieve por Mauro Cappelletti y John Clarke Adams,<sup>29</sup> cuando afirmaron que:

«Esta coexistencia, cuando no incluso conjunción, de modelos dispares, nos enfrenta a la necesidad de abordar una cuestión nada pacífica entre la doctrina: la compatibilidad o incompatibilidad del sistema difuso de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos, esto es, con los sistemas anglosajones o de *common law* y con los de tradición romano-canonista o civil. [...] existe una incompatibilidad fundamental entre el control difuso de la constitucionalidad de las normas y los sistemas de tradición romanista. [...] la experiencia italiana y alemana anterior a la constitucionalización de sus respectivos Tribunales Constitucionales revela la desadaptación del modelo difuso respecto de los países con sistemas jurídicos de derecho civil. Entre los varios argumentos esgrimidos en

---

29 Mauro Cappelletti y John Adams, *Judicial Review of Legislation: Europeans Antecedents and Adaptations*, Cit. por Francisco Fernández Segado, «El control de la constitucionalidad en Iberoamérica», en: *Pensamiento Constitucional* N° 3, Año III, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1996, p. 238 y ss. y cits. Nos. 33 a 36.



defensa de (esta) posición [...] (se) advierten (los riesgos) que el método difuso pueda conducir a una grave incertidumbre y confusión cuando un Tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional. Esta inseguridad es salvada en los sistemas jurídicos del *common law* mediante el recurso a la doctrina del *stare decisis* [...]. Cuando el principio del *stare decisis* es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos romanistas o de derecho civil, [...] un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser inaplicable por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones.»

Si lo anterior es así, cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, ni debe, ejercer la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, por ser esta abstracta, por aquella pertenecer (la *judicial review*) a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la segunda parte del Art. 138º de la Carta Constitucional, inequívoca y sistemáticamente situado dentro del Poder Judicial (lo que la Constitución reserva expresamente para un órgano, veda implícitamente para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden analogizar, ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales —ver el principio general del derecho contenido en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil—. 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 en cuanto a este punto, es deber racional reconocer 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 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 dispuesto o en aptitud de repetir 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*». <sup>30</sup>

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la Jurisdicción negativa de la libertad (Art. 202º, Inc. 2 de la Constitución), dado que en 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 (Art. 41º de la LOTC). 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 primero, 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 solo 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 del 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, <sup>31</sup> 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.

### III. El Control difuso vs. el Control concentrado

Entonces, resulta evidente no hay actividades constitucionales de control más opuestas que la *judicial review* y el control concentrado de la

---

30 Luis Marcelo de Bernardis, *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal, Aníbal Quiroga León, Director, Cultural Cuzco Eds., Lima, 1995, p. 82 y ss.

31 Ver *supra* N° 21 *ab-initio*.

constitucionalidad de las leyes, por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (Arts. 138º, 2da. parte, y 201º de la Constitución) en lo que la doctrina constitucional peruana ha venido en denominar «sistema dual» o «sistema mixto».<sup>32</sup> Diríamos, junto con García Belaunde,<sup>33</sup> que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: i) El control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada «jurisdicción negativa de la libertad» de la que ya hemos tratado; y, ii) En la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del Art. 39º de la LOTC respecto del Juez del Poder Judicial frente a un fallo del Tribunal Constitucional, en el que la facultad de la «*judicial review*» cede paso por coherencia necesaria y razonable frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional y por mandato propio de la Constitución Política del Estado.<sup>34</sup>

Bajo los parámetros antes expresados, ¿cabe admitir la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda hacer un juzgamiento de constitucionalidad en la segunda parte del Art. 4º de la LOTC, tal como en su momento se le demandó, no sin acusar una débil perspectiva constitucional y política. La respuesta es rotundamente afirmativa, pues nada hay en la Constitución que impida al Tribunal Constitucional juzgar la ley del Congreso que le organiza y desarrolla a la luz de la Constitución, desde el punto de vista del Congreso claro está, si es que eso le es demandado conforme al procedimiento pre-establecido, como es precisamente lo que se hizo en el caso de la Acción de Inconstitucionalidad contra el número de votos necesarios para lograr la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de las leyes.

¿Puede el Tribunal Constitucional ingresar al análisis valorativo de los intereses —contrapeso de valores— y condicionamientos que el Congreso ha tenido en cuenta para legislar en su ley orgánica un sistema de vota-

---

32 Ver Aníbal Quiroga León, *Una aproximación a la Justicia Constitucional [...]*, *op. cit.*, p. 180 y cita N° 72 referida a la posición del doctor Domingo García Belaunde, eximio constitucionalista.

33 Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*

34 Ver *Supra* N° 14 y ss.

ción como el que se halla vigente? La respuesta también es indudablemente afirmativa, pues no hay duda que el Tribunal Constitucional, al hacer interpretación constitucional autorizada o «auténtica» (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*), hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un «control político» de los actos normativos con rango de ley del Congreso.<sup>35</sup>

Y no es del caso referirse ahora a si el Tribunal Constitucional puede o no revisar su propia ley de desarrollo, pues ya se ha visto que ello sí es posible,<sup>36</sup> tanto como lo es que ingrese al proceso formativo de la ley bajo control para, a su vez, establecer el control de este proceso formativo y determinar a partir de allí la existencia o no de causal de inconstitucionalidad que permita válida y legítimamente amparar o desestimar la demanda de inconstitucionalidad, sin perder de perspectiva que el propio atributo constitucional con que está inmensamente dotado el Tribunal Constitucional en un Estado de Derecho le impone el deber y la obligación de partir de la presunción de constitucionalidad y legitimidad de la norma dubitada, por el principio de la lealtad a la Constitución que el Tribunal debe guardar escrupulosamente, y que debe procurar lograr la interpretación de la ley dubitada a la luz de la Constitución, procurando una interpretación armónica que le permita su supervivencia adecuada en el sistema jurídico.

Aparece evidente que el legislador no ha optado, en la elevación del número legal de votos conformes y legítimos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley, y posterior derogación, por la búsqueda de un mayor consenso, y de una mejor legitimidad, ni tan siquiera por el *telos* de que el acto de inconstitucionalidad producto de la labor de control de mayor profundidad; aparece evidente que esta obligación, gravamen constitucional en el mejor sentido jurídico de la expresión, ha sido procurar evitar que la labor de control de haga eficaz, pueda llevarse a

---

35 El ilustre laboralista Enrique Alonso Olea ha señalado, en nuestro medio, que: «Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político como la indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal pues es una elección política. Por consiguiente, es un *órgano de control político* en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria»; en: *La Ley Procesal del Trabajo; Antecedentes y Comentarios*, O. Sandoval A., Editor, IMPREDISA, Lima, 1996, p. 67.

36 Ver *Supra* N° 21 y ss.

cabo, dada la conformación política del Tribunal Constitucional en su origen (Art. 201º *in-fine* de la Constitución Política del Estado), la obligación al consenso necesario en el Partido de la Mayoría que no reúne, *per se*, 80 de los 120 votos disponibles en el Congreso Nacional, las evidentes dificultades para lograr ello<sup>37</sup> que motivaron, inclusive, la dejación del sistema electoral inicialmente planteado y la promulgación de una ley específica para solucionar esta temática. Al revisarse, estudiarse y meditar sobre ello, y revisar las intervenciones de los señores Congressistas, aparece con evidencia que la limitación que se impuso en el Art. 4º, segunda parte, de la LOTC (como en su momento la supresión a la mención «Supremo intérprete de la Constitución» del Art. 1º del proyecto de la LOTC en pleno debate parlamentario, provenientes ambas de la misma mano, no tuvo otro objeto que impedir el adecuado funcionamiento del Tribunal Constitucional.

Dicho esto en otras palabras, resulta tan inconstitucional la premisa en la cual nunca se estatuya el Tribunal Constitucional incumpléndose un mandato directo en ese sentido, o que estatuido este incumpla flagrantemente con sus expresos deberes renunciado de modo bochornoso a sus fueros constitucionales, que existiendo la Institución, la desorbitada exigencia de la ley sin razón admisible estatuya un número inalcanzable de votos que frustre su labor de control debido —precisamente— a su sistema político de elección y al dominio absoluto que por sobre ello la mayoría del Congreso ejerce de modo evidente, mayoría que será la destinataria natural de la labor de control del Tribunal Constitucional en la revisión de sus leyes aprobadas y vigentes. En ello no hay duda, y el Tribunal Constitucional se halla en la facultad de realizar tal inferencia y determinar esta conclusión como válida en el presente caso.

Como Tribunal Constitucional está obligado al cumplimiento del Debido Proceso Legal como garantía del buen razonamiento, o del juicio de razonabilidad, bajos las premisas consagradas en el inc. 3ero. del Art. 139º de la Constitución Política del Estado que escapa, como lo tiene determinada la doctrina sobre la materia desde hace tiempo, a los límites judiciales, jurisdiccionales o meramente procesales. El *Due Process of Law* surge como una institución anglosajona (consagrado en las Enmiendas V

---

37 Véanse el Reglamento Especial en Res. del Congreso Constituyente Democrático N° 031-95-CCD, la Ley N° 26622 y la Resolución Legislativa del Congreso de la República N° 001-96-CR.

y XIV de la Constitución de los EEUU) que trata de los principios y derechos del órgano tutelador a fin de que su decisión sea legítima y aceptada por la razón y el derecho.<sup>38</sup> Pero al lado de este concepto, íntimamente ligado con el buen razonar de un *Pater Familias*, ha surgido el concepto del *Substantive Due Process* en la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, donde el razonamiento judicial echa mano a la razón, o principio de razonabilidad, a fin de determinar la existencia de una inconstitucionalidad o no, usando como criterio, por ejemplo, el contrapeso de los valores (*Value-Oriented School of Jurisprudence*), el Balance de los intereses (*Balancing of interest*), los Derechos fundamentales de preferencia (*Preferred Freedoms*). Es menester entender como el concepto del debido proceso legal (*Due Process Of Law*) ha sido desarrollado en un sentido sustantivo, más cerca de la razonabilidad, el consenso, la tradición (historia), las necesidades del mercado actual, etc.; de manera tal que la legislación bajo revisión afecte de manera significativa a los derechos constitucionales en discusión, que estarán determinados por el método interpretativo a ser utilizado por ésta en su examen de aquella legislación sub-júdice y sometida al test de constitucionalidad,<sup>39</sup> llegando por ello a la determinación de que compete al Tribunal Constitucional el otorgar o no una adecuada tutela constitucional razonable.

En este punto, poco importa lo que sobre el sistema de votación nos habrá de decir el sistema comparado. Siendo el número de votos para lograr la legitimidad de la declaración del Tribunal Constitucional un arbitrio del legislador, este arbitrio puede ir desde la unanimidad hasta la mayoría simple, y ello en abstracto no es ni bueno ni malo, ni óptimo/deseable ni conveniente/deseable. Lo que conviene determinar es si cualquiera de estos, conectado con el sistema de elección de los Magistrados hacen del resultado uno que sea acorde con la misión de control que la Constitución exige de la tarea del Tribunal Constitucional. Expresado esto en otro sentido: si el Tribunal Constitucional sirve para el control de la constitucionalidad de las leyes, y si las leyes del Congreso de la República las controla el Tribunal Constitucional, si es el propio Congreso de la República el que perfila y define los componentes subjetivos del Tribunal Constitucional y sus procedimientos objetivos, aparece evidente que difícilmente el Congreso habrá de facilitar el cumplimiento del control en su

---

38 Aníbal Quiroga León, *Las Garantías Constitucionales* [...], *op. cit.*, p. 303 y ss.

39 Luis Marcelo de Bernardis, *La Garantía Procesal del* [...], *op. cit.*, p. 258 y ss.

real dimensión jurídica y constitucional, pues es viejo el aforismo de la ciencia política, que en su momento Montesquieu acuñara en sentido inverso en su célebre *L'esprit des Lois*, que el «poder nunca se controla a sí mismo», para concluir con la máxima de la política moderna y base del Estado Democrático de Derecho de que solo el poder controla al poder.

Resultaría pues incompatible con el enunciado constitucional contenido en el Art. 201º de la Carta Constitucional, que define al Tribunal Constitucional como el «Órgano de Control de la Constitución» —con todo lo que ello significa— la exigencia irrazonable contenida en la segunda parte del Art. 4º de la LOTC, máxime si con ello esta labor de control no se podrá ejercer adecuadamente, como ya se ha visto en la Sentencia Nº 001-96-I/TC y se dejó constancia de ello; ya que el ejemplo de la determinación de las inconstitucionalidad allí declaradas por unanimidad fueron la excepción —y así deben de leerse sanamente— y el género fue la imposibilidad de la determinación de la inconstitucionalidad por ausencia de los votos legítimos requeridos.

No es del caso contribuir a la discusión bizantina sobre la imposición de la minoría sobre la mayoría, ya que la ley dubitada no ingresa neutra al proceso de inconstitucionalidad y donde ésta tenga que probar su constitucionalidad. Sucede al revés: la ley ingresa constitucional y con presunción *Iuris Tantum* de validez y legitimidad, y estas presunciones jurídico-constitucionales deben ser destruidas en el proceso de inconstitucionalidad, a petición de parte o *ex-officio* por el Tribunal Constitucional, para ser condenada a la extinción por derogación directa conforme la facultad de que está investido (Art. 204º de la Constitución).

Por lo tanto, resulta ocioso ingresar al innecesario análisis de qué es mayoría y qué minoría; bástenos para el efecto determinar que si, conforme a ley, no se logra la mayoría legítima para formar la voluntad del Tribunal Constitucional en el acto derogatorio de una ley, pues tal voluntad es inexistente y la ley se irá del Tribunal como ingresó, con presunción de constitucionalidad y de validez, solo que esta vez esta presunción será *Iuris et de Iure* por los efectos de la cosa juzgada y la limitación objetiva a los jueces del Poder Judicial, en el supuesto de que la misma ley tenga efectos subjetivos que deban ingresar a la evaluación judicial de la *judicial review*, facultad que en este caso cede paso, por la mínima coherencia que exige el sistema de justicia constitucional en el Perú, a la cosa juzgada de que trata el resultado objetivo del Tribunal Constitucional. Pero ello no debe ser atribuido a la minoría relativa del Tribunal Constitucional, sino

a la realidad del sistema de justicia constitucional y a los efectos naturales de la coexistencia de dos modelos o sistema incompatibles en la teoría pero realidad palpable en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La exigencia de una mayoría calificada en un órgano colegiado implica la exigencia de la ley de una *legitimidad* en la decisión y en las consecuencias del colegiado. Así funciona en el Poder Judicial, en la Corte Suprema concretamente, en las sociedades privadas para determinados actos (los aumentos de capital o las fusiones, p.e.), en las decisiones del Congreso de la República para determinados actos (leyes orgánicas, nombramientos con legitimidad popular derivada, p.e., Defensor del Pueblo, Magistrados del Tribunal Constitucional, levantamiento del veto presidencial parcial sobre las leyes, etc.), y así sucesivamente. no es ese el caso. En el presente caso, tomado en su particular contexto, aparece evidente que esa exigencia transpone los límites de la necesaria y privilegiada legitimidad o razonabilidad, para ingresar frontalmente a los límites de la arbitrariedad y la irrazonabilidad cuya finalidad (*telos*) no es otra cosa que impedir legalmente la adecuada función de control de este Tribunal Constitucional, en el hoy y en el ahora, en las actuales circunstancias de la sociedad peruana y de nuestro desarrollo democrático de derecho, punto que es menester tomar en cuenta en nuestra interpretación constitucional.<sup>40</sup> Dicho de otro modo: no interesa realmente en el «test de razonabilidad» que debe hacer el Tribunal Constitucional si hay exigencia legal «sobrecalificada» o aún «unanimitad» si tal fuera el caso, ni tan siquiera si la ley se limita a exigir «mayoría simple», ya que si la mayoría calificada o la unanimidad no fueran óbice a la tarea de control, entonces no habría inconstitucionalidad alguna; y si por el contrario la mayoría simple tampoco permitiese adecuadamente la tarea de control de la Constitución que se impone al Tribunal Constitucional, también sería inconstitucional, pues no es el método lo que importa (ni es lo que debe pasar el test de razonabilidad) ni lo que debe juzgarse constitucionalmente, sino es el resultado y su finalidad es lo que importa en un juzgamiento constitucional. Tampoco importa a este juzgamiento las consecuencias del vacío legal que por cargo de esta decisión se generará, ya que ello será materia de su solución en su momento determinado y este no es lugar pertinente para ello, siendo que las consecuencias jurídicas o políticas de una decisión así debe augurar los mejores parabienes en aras de contribuir a la

---

40 Aníbal Quiroga León, *La Interpretación Constitucional*, *op. cit.*, pp. 325-326.



consolidación institucional del país y al afianzamiento del Estado de derecho y reforzamiento de sus instituciones, el acatamiento y materialización de los principios autoaplicativos e informadores de la Constitución Política del Estado. La conciencia debe quedar tranquila y el espíritu calmo en la convicción de que con una decisión así, se está cumpliendo con un mandato constitucional, y en consonancia con la conciencia y espíritu de hombres y mujeres de derecho que no puede ser cohonestado por los temores de las consecuencias del acatamiento irrestricto a la Constitución.

#### IV. El Control constitucional: Antecedentes

Hace ya algún tiempo señaló Carl Smitt:

«La demanda de un protector, defensor de la Constitución, es en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución. Resulta, por ello, muy interesante e instructivo comprobar que los planes y proposiciones para instruir un protector semejante se inician, en la nueva Historia constitucional, primeramente en Inglaterra, y de modo preciso a la muerte de Cromwell (1658), es decir, después de los primeros ensayos modernos de Constituciones escritas y en una época de interna desintegración política del Gobierno republicano, ante un Parlamento incapaz de adoptar decisiones concretas y en vísperas ya de la restauración de la monarquía. Entonces se propuso, por ejemplo, viniera a mantener la ordenación existente del *comonwealth* y a impedir la restauración de la monarquía. Las ideas referentes a un «defensor de la libertad», a un «defensor de la Constitución», se abrieron paso, particularmente en el círculo de Harrington<sup>41</sup>. Allí tiene su origen la idea de aquellas instituciones que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta la Revolución francesa. [...]».<sup>42</sup>

---

41 F. H. Russel Smith, *Harrington an his Oceana*, Cambridge, 1914, p. 175; las expresiones del original son: *Conservators of liberty* y *Conservators of the Charter*, con el fin *to guard whaetver was decide on and to prevent the restoration of monarchy*.

42 Carl Smitt, *La defensa de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 27-28.

Así pues, la defensa de la Constitución no es una tarea que data de poco tiempo, es una labor, por el contrario, que empezó a pensarse hace ya muchos siglos, y que poco a poco fue estructurándose de acuerdo a la opción o Sistema de Control Constitucional que adopte cada Estado en directa relación con su Sistema Jurídico y, claro está, con sus antecedentes históricos.

Con el pasar del tiempo, aquella idea de defensa de la Constitución que surgió en el siglo XVII va a desarrollarse dentro del Derecho constitucional, para luego, en el siglo XX concentrarse en el Derecho procesal constitucional, pues se elaborará como idea central que la Constitución requiere contar con instrumentos intrínsecos que otorguen a los ciudadanos la posibilidad de defender la supremacía de la Constitución, y su vigencia a la par de defender la vigencia de un Estado de Derecho.

El Derecho procesal constitucional contemporáneo reconoce básicamente tres métodos o «modelos» del control de la constitucionalidad de las leyes:

- El Sistema americano difuso de control de la constitucionalidad de las normas (*judicial review*);
- El Sistema europeo o concentrado de control de constitucionalidad de las normas; y,
- Al lado de estos dos, se reconoce un sub-sistema, el francés, creado en la Constitución de la V República de 1958, a impulso de De Gaulle, que determina el **control preventivo** de las leyes, en sus fase de formación, con la revisión de la constitucionalidad de los proyectos de ley por parte del Tribunal Constitucional —que Francia le llama a partir de la Constitución de la V República de 1958 *Conseil Constitutionnel*—, eliminando de modo previo (de allí lo «preventivo») toda inconstitucionalidad de un proyecto de ley, de modo que pase a discusión legislativa lo ya tamizado, aprobándose solo leyes previamente «vacunadas» de constitucionalidad. Después de ello nadie puede oponer la Constitución a una ley vigente en Francia.

«En todo caso, en nuestros días, la dialéctica control constitucional *versus* control político a perdido virulencia. Más aún, el elemento diferencial característico entre una y otra modalidad de control de la constitucionalidad a dejado de ser el órgano legitimado para llevar a cabo el control —sin que ello implique presuponer que este era el

único elemento diferencial en un primero momento—, para pasar a ser el momento, la naturaleza y los efectos del control. Así, por ejemplo, hoy el carácter preventivo y preceptivo (en ciertos casos del control que lleva a cabo el «*Conseil Constitutionnel*» francés supone una diferenciación mucho más acusada con el modelo de control jurisdiccional existente en otros países europeos (Italia, la RF alemana o España, por solo citar a unos supuestos), que la caracterización orgánica del propio «*Conseil*», que solo en aspectos muy puntuales se separa, radicalmente al menos, de otros órganos europeos titulares de la Jurisdicción Constitucional». <sup>43</sup>

## V. Alcances e influencia de la *Judicial Review* en América Latina

El Sistema difuso de control de constitucionalidad de las normas ha influido en Iberoamérica, habiendo adoptado gran parte de sus Estados este sistema

Así tenemos:

- Argentina  
«1.- Modelo: El control de constitucionalidad es difuso, de forma tal que todo juez, ya sea que forme parte de la Justicia Federal o del Poder Judicial de cualquier Provincia, puede declarar «inconstitucional» una norma, siempre que esto haya sido solicitado por la parte y que el tema forme parte del litigio. La Corte Suprema de Justicia, que es el Superior Tribunal de la Nación, ejerce control de constitucionalidad en forma originaria y exclusiva en los casos del artículo 117º de la Constitución, por apelación en las materias propias de la competencia de la Justicia Federal y por vía del «recurso extraordinario» en los casos del art. 14 de la Ley Nº 48 y en los supuestos de «arbitrariedad» y de «gravedad institucional»»<sup>44</sup>

---

43 Francisco Fernández Segado, «El Modelo francés de control político de la constitucionalidad de las Leyes: su evolución», en: Aníbal Quiroga León, *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990, pp. 107-108.

44 Alberto Dalla Via, «Justicia Constitucional en Iberoamérica». Página de Internet; dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-argentina.htm#arr> <07/11/2003>.

- Brasil (mixto)
- Chile<sup>45</sup> (mixto)
- Colombia (mixto)
- Ecuador (mixto)
- El Salvador (mixto)
- Honduras (mixto)
- México (mixto dentro del Poder Judicial)

«1.- Modelo: El sistema de justicia constitucional mexicano es concentrado, en cuanto que solo son competentes para ejercitar el control de regularidad constitucional los órganos del Poder Judicial de la Federación, y difuso, debido a que tal control se ejercita por los distintos órganos jurisdiccionales que componen ese Poder. Existen tres tipos de control constitucional: el juicio de amparo, como medio específico de protección de las garantías individuales; las controversias constitucionales, que pueden considerarse como vías para el control de las normas generales y de resolución de conflictos derivados de los sistemas de división de poderes, federalismo y las acciones de inconstitucionalidad, que buscan declarar la inconstitucionalidad de normas generales a partir de las demandas planteadas fundamentalmente, por las minorías parlamentarias».<sup>46</sup>

- Nicaragua (mixto)
- Perú (mixto o dual)
- Portugal (mixto)
- Puerto Rico

«1.- Modelo:

El control de constitucionalidad es difuso o descentralizado, siendo el modelo que sirvió de precedente el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América. Todo juez del Tribunal General de Justicia de Puerto Rico puede declarar inconstitucional cualquier ley, acto o disposición, siempre que esto haya sido solicitado por una

---

45 El Sistema constitucional chileno ha previsto una fórmula de control constitucional previo, similar a la del «*Conseil Constitutionnel*» francés.

46 José Ramón Cossios, «Justicia Constitucional en Iberoamérica». Página de Internet; dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-mexico.htm> <07/11/2003>

parte con legitimación en un litigio y que sea necesario para resolver alguna de las controversias ante su consideración. El Tribunal General de Justicia está constituido por el Tribunal Supremo, como tribunal de última instancia, por el Tribunal de Circuito de Apelaciones, como tribunal de instancia intermedia, y por el Tribunal de Primera Instancia

El órgano con autoridad para decretar la inconstitucionalidad de una ley, acto o disposición de manera final y definitiva es el Tribunal Supremo de Puerto Rico, máxime intérprete de la Constitución y las leyes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Las decisiones del Tribunal Supremo son fuente de derecho vinculante. Las mismas constituyen precedentes que deberán seguir todos los tribunales que constituyen el Tribunal General de Justicia. Las declaraciones de inconstitucionalidad de los tribunales de instancias subordinadas solo tienen efecto entre las partes envueltas en el litigio particular». <sup>47</sup>

- República Dominicana (mixto)
- Venezuela (mixto)

## VI. Vigencia del Sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes

Desde hace algún tiempo se difunde la creencia de que el Sistema difuso de control de constitucionalidad de las normas es ajeno y rechazado tajantemente por el constitucionalismo europeo. Esta premisa, creemos, ya superada se puede contrarrestar con la historia de las Constituciones europeas, por ejemplo, la Constitución suiza de 1874 preveía la coexistencia del control concentrado y difuso de las leyes de los cantones; así también la Constitución alemana de 1871 preveía el control judicial de las leyes de los «*Länder*». Cabe resaltar que en ambos casos el control judicial se limitaba únicamente a las leyes «regionales» jamás se confirió dicha facultad a las leyes nacionales. <sup>48</sup>

---

47 Luis M. Villaronga, «Justicia Constitucional en Iberoamérica», Página de Internet; dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-puertorico.htm> <07/11/2003>

48 Juan Manuel López Ulla, *op. cit.*, pp. 39-40.

Entonces, no es que el control difuso o judicial fuera desconocido en Europa continental, lo que sucedió es que se optó por un sistema diferente, el sistema concentrado cuyas características hemos señalado en los puntos precedentes. Ahora bien, resulta interesante advertir porqué esta opción constitucional, la respuesta la encontramos en García de Enterría,<sup>49</sup> quien señala:

«Se ha querido paliar a través de este sistema [el concentrado] tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además entonces era especialmente peligroso en Europa por la vigencia, que en aquel momento la doctrina jurídica acepta, de dogmas como los de la Escuela Libre de Derecho, la libre *recherche* en Francia, la *Volksgemeinschaft* o comunidad de pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar en cierta manera a los jueces de la observancia de la ley. Este riesgo es el que el sistema kelseniano intenta evitar estableciendo como postulado capital la sumisión de los jueces a todas las Leyes, sin perjuicio de que únicamente el Tribunal Constitucional pueda eliminar del sistema, siempre *ex – nunc*, como hemos notado, las leyes supuestamente incompatibles con la Constitución.

[...]

En este sentido se puede decir que el sistema adoptado en Alemania y en Italia va a ser el norteamericano de la supremacía constitucional junto con algunos rasgos de otro sistema en cuanto instrumento técnico, tesis hoy ya común, sobre todo en la doctrina alemana. Así, por ejemplo, el libro del Dolzer sobre la situación jurídico-constitucional del *Bundesverfassungsgericht*, el Tribunal Federal Constitucional, afirma literalmente, que se trata del mismo sistema que la Suprema Corte americana, solo que perfeccionado. Zalgrebelsky, aunque sin tanto énfasis, subraya igualmente la deuda explícita del sistema italiano al modelo norteamericano.»

En consecuencia, la doctrina española al igual que la alemana han coincidido al apreciar que el Sistema de control constitucional que impera en la Europa continental tiene influencias del Sistema americano de control constitucional.

---

<sup>49</sup> Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *Civitas*, Madrid, 3ª Ed., p. 134.

La principal razón por la cual el sistema europeo se aparta del sistema americano de control constitucional radica fundamentalmente en la desconfianza de la comunidad jurídica y política hacia el sistema judicial que el Estado proveía a su sociedad imperante, antes de la Primera Gran Guerra y en el período de entreguerras, y que estaba imperante en aquel momento, y es por dicha razón que a pesar del entusiasmo de erigir un sistema que se avoque a proteger la Constitución y el Estado de Derecho por sobre todas las cosas, se tuvo que crear un órgano especial destinado a dicho fin, y que se encuentre exento de los avatares del diario quehacer judicial, pues a decir de González Pérez,<sup>50</sup> la jurisdicción constitucional no es propiamente una jurisdicción en sentido estricto, al no avocarse a conocer un caso concreto sino por el contrario un caso abstracto de control de la ley. Al mismo tiempo, la doctrina francesa siempre rechazó el sistema americano acusando, a veces con sarcasmo, una ausencia de legitimidad en los jueces del sistema concentrado para imponerse con un fallo que deponía la vigencia de una ley, a la soberanía popular y legitimidad electoral del Congreso. Así, Fernández Segado<sup>51</sup> sostiene que:

«Las instituciones de la Justicia Constitucional vinieron de esta forma a quebrantar el dogma ochocentista de la omnipotencia de la ley, y con el, el de la soberanía de la asamblea parlamentaria; al unísono, como señala Vezio Crisafulli, vinieron a constituir un elemento perturbador del modelo de la «democracia pura», de modo especial, si los órganos a los que iba a corresponder el control de constitucionalidad quedaban privados de legitimación democrática.

Los argumentos que preceden condujeron, en especial en Francia, a acuñar la fórmula del «*gouvernement des juges*» para calificar al sistema americano de gobierno; buen ejemplo de ello nos lo ofrece la clásica obra de Lambert. Con ello se quería subrayar el carácter no representativo de aquel sistema. [...] Valgan ejemplificativo las siguientes reflexiones de René Chiroux: «*Le contrôle de la constitutionnalité des lois aboutit toujours au même dilemme: ce contrôle est exercé par un organe politique, mais quel organe peut entre, en*

---

50 Jesús González Pérez, *op. cit.*, p. 75 y ss.

51 Francisco Fernández Segado, «El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución», en: Aníbal Quiroga León, *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1990, pp. 107-108.

*démocratie, supérieur au Parlement? Il faut alors s'en remettre aux tribunaux, mais est-il concevable, en démocratie, que le dernier mot appartienne aux juges? N'est-ce pas instaurer c'gouvernement des juges tant redouté ?»*

Del mismo modo López Ulla<sup>52</sup> citando nuevamente el diario de debates de la Constitución española de 1931 señala:

«Es menester arrancar a los jueces [el control de constitucionalidad], no porque ellos no sean dignos de administrar esta función, sino por [porque ésta] está colocada en otro ámbito; es otra su naturaleza, y, por lo tanto, a los jueces no puede de ninguna manera favorecerles eso.

[...]

[...] Si la independencia del Poder judicial era un peligro para la monarquía, tiene que ser para la República una de las mejores garantías de que las leyes votadas por el Parlamento no habrán de adulterarse en su ejecución [... Debe crearse] un Poder judicial de tal independencia que no pueda nunca a pesar de las veleidades de la política, ser sometido ni influenciado por el Poder ejecutivo. Crear ese Poder judicial independiente, puede ser [...] restablecer la confianza que el pueblo ha perdido en la Justicia, no tanto por los vicios y flaquezas de la propia Justicia, sino por las influencias que se desarrollan y mantenían alrededor de los que estaban encargados de administrarla [...]

## VII. La cuestión de inconstitucionalidad en España

### 7.1 Antecedentes históricos

El segundo modelo o sistema de control de la constitucionalidad es del presente siglo. Nace bajo la impronta de Hans Kelsen, célebre jurista vienes, y recusa el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, al

52. Juan Manuel López Ulla, *op. cit.*, pp. 69-70.

53 Cabe precisar que la Constitución checa de 1917 había previsto ya la existencia de un Tribunal Constitucional.



que acusa de incierto y carente de legitimidad y de sistematicidad, optando por darle esa responsabilidad y responsabilidad al un órgano autónomo e independiente, que se gesta para contrarrestar el enorme poder del Congreso y la posibilidad cierta (comprobada en más de cien años del constitucionalismo moderno) de los excesos que este pueda incurrir en contra de la Constitución. A este modelo se le llama «concentrado», porque el poder de control se concentra en un solo órgano, el Tribunal Constitucional, a diferencia del anterior en que se halla «difundido» o «difuminado» en todo un sistema judicial.

Es decir, la sola presencia de un Tribunal Constitucional determina la opción del modelo «concentrado» de justicia constitucional; con una actuación que es abstracta, no es concreta, y con capacidad para derogar para todos —esto es, *erga omnes*, una ley—, y no solo inaplicarla, cuando determine su colisión constitucional en el proceso correspondiente.

Esto quiere decir que al lado del sistema judicial «americano» o «difuso», o de espaldas a él, en Europa —donde nunca fue aceptado— se desarrolló en el presente siglo el «Sistema europeo de control constitucional» o «Sistema europeo» o «Control *ad-hoc*» a partir de 1919 en la Constitución del Weimar, sobre la base de un Tribunal Constitucional con facultad de control directo de las leyes y su derogación.<sup>53</sup>

En efecto, como aparece obvio, la sola creación y presencia en una Constitución escrita de un Tribunal Constitucional supone, *per se*, la creación y el designio por el constituyente de un modelo específico de control al Congreso, pues si la tarea primordial del Tribunal Constitucional es la determinación excepcional de que una ley debe ser derogada del sistema jurídico por vicio de inconstitucionalidad, y si la ley es fundamentalmente la obra esencial del Congreso, la conclusión aparece obvia: la creación y presencia de un Tribunal Constitucional implica la opción del constituyente por generar un sistema idóneo, y a la vez eficaz, de control de los actos parlamentarios traducidos en leyes de la República, pues de otro modo no hallaría explicación ni sentido su presencia. En efecto, Manuel García Pelayo<sup>54</sup> sostiene al efecto que:

«Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Consti-

---

<sup>54</sup> Manuel García Pelayo, «El "Status" del Tribunal Constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol 1, N<sup>o</sup> 1, CEC, Madrid, 1981, p. 13 y ss.

tución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, ni a su mera enunciación de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o institucionales «*constitucionalmente relevantes*», sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso jure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el *vértice dell'organizzazione statale*,<sup>55</sup> y, de otro, porque son la expresión orgánica no solo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución».

En efecto, el sistema jurídico debe ser ordenado conforme a la Constitución. Ya Kelsen, a quien la doctrina unánimemente atribuye la paternidad del «Sistema Concentrado», había sostenido desde principios de este siglo que:

«El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma —la de grado más bajo— se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Sobre la base de las precedentes consideraciones [...] la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, tan solo puede hallarse efectiva-

---

55 Santi Romano, *Principi di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, 1946, p. 156.

mente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional, y de anularla cuando —de acuerdo con la opinión de ese órgano— sea «inconstitucional». Puede existir [...] un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada «revisión judicial», puede encomendarse a los Tribunales Ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo (de Justicia Ordinaria).»<sup>56</sup>

## 7.2 Recepción y regulación de la cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad se encuentra prevista en la Constitución española cuyo Art. 163º prevé:

«Constitución española de 1978:

Art.163º.- Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la constitución, planteara la cuestión ante el tribunal constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspendidos.»

Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español prevé:

«Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Española:

Art. 35º.- 1. Cuando un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo puede ser contraria a la constitución, planteara la cuestión al tribunal constitucional con sujeción a lo dispuesto por esta ley.

2. el órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y es-

---

<sup>56</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit. por Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 1984, p. 25.

pecificar y justificar en que medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad resolviendo el juez seguidamente y sin mas tramite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna de clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados, en tanto no se llegue a sentencia firme.

Art.36º.- el órgano judicial elevara al tribunal constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con los testimonios de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere.

Art.37º.-1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciara por los trámites del apartado segundo de ese artículo. No obstante, podrá el tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada.

2. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal general del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de justicia, y, en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán apersonarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en plazo común improrrogable de quince días. Concluido este, el tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días.

Desde el punto de vista procesal podríamos anotar que la cuestión de inconstitucionalidad, en puridad procesal una Cuestión Previa, conlleva el siguiente trámite.<sup>57</sup>

---

57 Jesús González Pérez, *op. cit.*, p. 263 y ss.

- El órgano jurisdiccional competente para resolver si se plantea o no la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional ante el cual se ventile el proceso ordinario donde se suscite dicho conflicto constitucional.

- La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada a petición de parte o de oficio, no obstante lo cual, la decisión de someter dicho conflicto constitucional ante el Tribunal Constitucional corresponde al Órgano Jurisdiccional.

- El Ministerio Público y todas las partes del proceso serán comunicadas de la cuestión de inconstitucionalidad a fin de que se pronuncien al respecto en un plazo de diez días.

- Desde el punto de vista objetivo, la cuestión de inconstitucionalidad solo podrá plantearse respecto de una ley o norma con rango de ley, que se encuentre vinculada de algún modo al objeto de la controversia ordinaria donde se suscita este conflicto constitucional. En consecuencia no puede hacerse de la Cuestión de Inconstitucionalidad un mecanismo indirecto para cuestionar la constitucionalidad de cualquier otra norma que no intervenga en el proceso, no estamos pues ante un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes.

- La cuestión de inconstitucionalidad se deberá plantear al momento en que el proceso se encuentre expedito para dictarse sentencia.

- La formalidad para plantear la cuestión de inconstitucionalidad es mediante un Auto del Juez donde se precisará de modo claro la ley debitada y la norma constitucional que supuestamente se está colisionando, así como en que medida depende la decisión jurisdiccional de la resolución del conflicto constitucional.

- Una vez remitida la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional este admitirá o no a trámite dicha controversia.

- Las partes del proceso ordinario donde se ha suscitado la cuestión de inconstitucionalidad podrán presentar sus alegatos respecto de esta.

- Concluido el plazo para las alegaciones el Tribunal Constitucional dictará Sentencia.

- Cabe señalar que los efectos jurídicos de este conflicto constitucional son los siguientes:

I. Se suspenderá el plazo para dictar Sentencia en el proceso original en tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre la cuestión de inconstitucionalidad.

II. La decisión del Tribunal Constitucional no producirá efectos fuera

del proceso donde se planteó, en consecuencia sus efectos son interpartes y no generales. Este último efecto ha merecido diversas interpretaciones, pues para algunos constitucionalistas españoles los efectos de una sentencia expedida en una cuestión de inconstitucionalidad son similares a los de una sentencia expedida en un recurso de inconstitucionalidad (control abstracto).

### VIII. La singular influencia de la *judicial review* en la cuestión de constitucionalidad española

Luego de revisar los puntos anteriores, nuestra conclusión no será otra sino que comprobar que el sistema americano de control judicial de la constitucionalidad de las leyes ha tenido gran influencia en el desarrollo del sistema europeo de control constitucional, y que se expresa en la cuestión de inconstitucionalidad del Art. 163º de la Constitución española de 1978.

En segundo lugar, creemos que esta influencia es más notoria en un sistema que consagra la **cuestión de inconstitucionalidad** —que, en verdad, es una **cuestión previa procesal** a la relación jurídico material y que se hace valer antes de la sentencia de mérito— que vincula al Poder Judicial con el Tribunal Constitucional como órgano concentrado de la justicia constitucional, puesto que se aprecia cómo se desarrolla el proceso en torno a la inaplicación de una ley en aquellos sistemas que contemplan el control judicial de la constitucionalidad de las leyes o mantienen un sistema mixto de control constitucional —como el caso peruano—, veremos grandes coincidencias:

- Solo se podrá inaplicar la ley para un caso concreto.
- Los efectos de la inaplicación solo se extenderán al caso concreto.
- La dubitación respecto de la constitucionalidad de la ley no constituye una pretensión objetiva de la demanda que dio origen al proceso ordinario.
- La dubitación sobre la constitucionalidad de la ley podrá ser formulada de oficio o a pedido de parte (a excepción del caso argentino).
- Finalmente el efecto en ambos casos es el mismo, la ley declarada inconstitucional como consecuencia de una cuestión de inconstitucionalidad o del control difuso de la constitución solamente tendrá efectos para el caso concreto, estaremos ante una «isla» dentro del

universo de leyes donde la ley declarada constitucional será reputada inconstitucional pero solo para el caso concreto, manteniendo vigencia y validez constitucional para los demás procesos judiciales.