



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.385>

DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL *JUDICIAL REVIEW* EN
EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

*CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF THE JUDICIAL RE-VIEW
IN PERUVIAN CONSTITUTIONALISM*

ZHENIA DJANIRA APARICIO ALDANA¹

Universidad de Piura. Perú

Recibido: 15/08/2021 Aceptado: 29/10/2021

RESUMEN

La inserción del *judicial review* en el sistema constitucional peruano obedece al aporte del constitucionalismo liberal. Esta institución fue asimilada en el Perú a lo largo del S. XX, para llegar a ser consolidada como un mecanismo clave, en el ejercicio de la función jurisdiccional, de órganos como el Tribunal Constitucional y, el Poder Judicial ambos comisionados del poder constituyente.

El *judicial review* es acogido en la Constitución Política del Perú de 1993, en su art 138, bajo la figura de ser una función jurisdiccional y, cuyo antecedente claro, se encuentra en la constitución anterior de 1979. Así, desde su regulación constitucional, se

¹ Abogada Constitucionalista. Licenciada en Derecho. Doctoranda en Humanidades con mención en cultura por la Universidad de Piura. Magister en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Magister en Educación con mención en Teoría y Práctica Educativa. Universidad César Vallejo – Filial Piura.

conocerá como el constituyente peruano, ha ingresado esta institución y, su aplicación como mecanismo para controlar las leyes infraconstitucionales frente a la Constitución.

Al ser un mecanismo de control constitucional, se incidirá en el papel del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la interpretación que del mismo se ha realizado en sus decisiones jurisprudenciales, con la finalidad de dar contenido a la manera de aplicar dicho control de la constitucionalidad en el orden jurídico peruano.

Palabras clave: Constitución, supremacía constitucional, control difuso, Tribunal Constitucional, Poder Judicial

ABSTRACT

The insertion of judicial review in the Peruvian constitutional system is due to the contribution of liberal constitutionalism. This institution was assimilated in Peru throughout the 20th century, to become consolidated as a key mechanism, in the exercise of the jurisdictional function, of bodies such as the Constitutional Court and the Judiciary, both commissioners of the constituent power.

The judicial review is welcomed in the Political Constitution of Peru of 1993, in its article 138, under the figure of being a jurisdictional function and, whose clear antecedent, is found in the previous constitution of 1979. Thus, since its constitutional regulation, it will be known as the Peruvian constituent, this institution has entered and its application as a mechanism to control infra-constitutional laws against the Constitution.

As it is a constitutional control mechanism, the role of the Constitutional Court and the Judicial Power will be influenced in the interpretation that it has made in their jurisprudential decisions, in order to give content to the way of applying said control of constitutionality. in the Peruvian legal order.

Keywords: Constitution, constitutional supremacy, diffuse control, Constitutional Court, Judiciary

Sumario: 1. *Del caso Marbury vs Madison y su importancia para el constitucionalismo: creación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes o judicial review.* 2 *El judicial review en el cosntitucionalismo peruano del s. XX.* 2.1 *Preamble: la inserción del liberalismo en el pensamiento constitucional peruano del s. XIX.* 2.2 *El judicial review en el constitucionalismo peruano.* 2.2.1 *La idea de supremacía en el constituyente peruano de 1993.* 2.2.2 *El control difuso de la constitucionalidad*

de las leyes en la Constitución de 1993 - Artículo 138 del texto constitucional. 3. Problemas en la jurisprudencia constitucional al otorgar contenido aplicativo al control difuso en el Perú 4. Conclusiones

1. DEL CASO *MARBURY VS MADISON* Y SU IMPORTANCIA PARA EL CONSTITUCIONALISMO: CREACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES O *JUDICIAL REVIEW*

Es importante antes de iniciar el estudio del *judicial review* en el constitucionalismo peruano hacer mención general a su origen el cual se encuentra en el constitucionalismo norteamericano. Así, se sabe desde la historia que, el 4 de julio de 1776, se da la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, a partir de ella y, basada en las ideas de Locke y Montesquieu, se afirma que los hombres son libres y ostentan los mismos derechos, siendo la vida, la propiedad y la búsqueda de la felicidad derechos fundamentales del hombre. Producto de dicho suceso histórico se originan consecuencias que desde el derecho constitucional cobran vital importancia, así, tenemos que Estados Unidos de América promulga su Constitución de 1787, estableciendo así el paradigma de los sistemas democráticos liberales.

La Constitución Norteamericana de 1787 fue el resultado más palpable del cambio de un sistema absoluto al liberal, producto de la Independencia de las 13 colonias en julio de 1776. Esta Constitución es la primera importante de carácter escrito y de corte liberal, en la historia de la humanidad². A partir de su contenido constitucional se destaca una buena distribución del poder, entre el nacional o federal y el de los Estados. El sistema federal de los Estados Unidos es complejo pero los principios constitucionales se caracterizan por ser claros. En este sentido, esta Constitución ostenta un doble interés, desde la perspectiva de su virtualidad política y jurídica: el primero, se centra en el principio de separación de poderes; y, el segundo, en la previsión de un procedimiento

² Antonio Pereira Meneaut, *Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, (Santiago de Compostela: Ediciones Tórculo, 1998), 25.

legislativo, específico y especial, para su reforma, lo que posteriormente se llamarán Constituciones “rígidas”³.

En consecuencia, uno de los puntos neurálgicos del constitucionalismo norteamericano es la separación de poderes, entre las ramas legislativa, ejecutiva y judicial que, se ve favorecido por un sistema de controles y equilibrios denominado *checks and balances*. El constitucionalismo norteamericano hace énfasis en cómo se otorga el poder, disperso y limitado. Es por ello, que las potestades otorgadas a cada uno de los poderes del Estado se caracterizan por ser equilibradas por la de los otros poderes; es decir, cada poder actúa como potencial freno de los excesos que pudiera cometer el resto, siendo, la Carta Magna un medio de frenar el poder y asegurar así los derechos y libertades de los ciudadanos.

La búsqueda de que la misma Constitución sea un límite al ejercicio del poder es una constante en los redactores de la Constitución Norteamericana que lo plasmaron a lo largo del contenido constitucional y, que hoy en día es considerado como parte de la vertiente material de las constituciones. No olvidemos, a su vez, que la noción de Estado de Derecho, como producto de los movimientos liberales, se construye sobre dos pilares: la idea de una esfera de libertad individual anterior a la esfera de actuación estatal y, un segundo pilar que es la organización del poder, su separación en miras a la salvaguarda de los derechos fundamentales⁴.

Así, dentro del contexto del constitucionalismo norteamericano y la ansiada búsqueda de la separación de poderes, la sentencia *Marbury vs Madison* (1803)

3 Roberto Blanco Valdés, *El valor de la constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control*, (Madrid, Alianza editorial, 1998), 103.

4 Posterior a lo señalado, desde Carl Schmit se sustentan estos dos pilares mencionados y, que Raúl Ferrero eminente constitucionalista peruano expone para justificar la necesidad de un Estado de Derecho. Así, Ferrero considera que, en base a estos dos parámetros, “[l]a concepción del Estado de Derecho se concreta en el pronunciamiento expreso de los derechos fundamentales y en la separación de poderes, dando así reconocimiento a los derechos inherentes al hombre en cuanto es fin en sí mismo separando los órganos estatales para evitar la tiranía.” Raúl Ferrero, *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, (Lima, Grijley, 2003), 309-310. A su vez, también desde esta línea Landa Arroyo otro constitucionalista peruano, considera que la justicia constitucional esta “directamente vinculada con el desarrollo democrático, ello se debe a que la justicia constitucional se ha constituido como garantía del respeto a la Constitución por parte de los demás poderes del Estado. Lo cual supone que los jueces y tribunales cumplan con su rol de limitar el poder, en particular, mediante el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales.” César Landa Arroyo, “Estudio Preliminar”, en *Constitucionalismo y Judicial Review*, por Mark Tushnet (Lima, Palestra, 2013), 19.

constituye un histórico pronunciamiento del juez Marshall, en virtud del cual, el *review of legislation* o control difuso de la constitucionalidad de las leyes, adquiere valor jurisdiccional consagrando el principio jurídico de supremacía constitucional sobre toda otra norma de carácter infra constitucional. Es en el caso *Marbury vs Madison*, en el que se sustenta la decisión de que una ley federal es inconstitucional por violar los límites de la competencia originaria de la Corte Suprema, establecida en el art. III de la Constitución Norteamericana, lo que dio lugar a la elección entre la norma legislativa y la norma constitucional. Así, Marshall dicta su pronunciamiento centrándose en dos cuestiones relevantes: el principio de supremacía constitucional y el *judicial review* o control de la constitucionalidad de las leyes.

A raíz de ello, Marshall comprende que el *judicial review* implica una revisión judicial, siendo una facultad difusa; es decir, un poder y deber de todo juez federal y estatal en todo el país que se constituye como un atributo inherente y propio de la facultad de resolver casos (*iurisdictio*). De ahí que, en la sentencia del caso *Marbury vs Madison* se señale: “o un acto contrario a la Constitución es nulo, o las Constituciones son vanos intentos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado”. Es por esto, que la sentencia del juez Marshall, marca el inicio del proceso de afirmación del control judicial de constitucionalidad de las leyes, siendo considerado a partir de entonces, como un principio decisivo en el proceso de construcción del principio de supremacía constitucional, lo que engloba el verdadero valor de una Constitución.

2. EL *JUDICIAL REVIEW* EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO DEL S. XX

2.1. PREÁMBULO: LA INSERCIÓN DEL LIBERALISMO EN EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO DEL S. XIX

La doctrina sentada por Marshall se consolidó y amplió, siendo para muchos países de corte liberal un contrapeso al legislativo y al ejecutivo. A partir del *mandamus case*, la revisión judicial de las leyes consagra el valor normativo

supremo de la Constitución, que la hace inmune a ser violada por las leyes ordinarias. Ahora ¿cómo es que se acoge el *judicial review* o el control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional peruano?

Esta pregunta la resolveremos primero, indagando un poco en la historia peruana referida a la inclusión de los ideales liberales, en que se sustenta el constitucionalismo peruano del s. XIX; para luego, ahondar en la regulación peruana del *judicial review* ya en el s. XX.

En esta línea, tal como lo señala Hakansson Nieto⁵ un rasgo común de las constituciones peruanas del s. XIX es que contienen la oposición de dos ideologías: la liberal y la conservadora y, esto se evidencia, en la conformación de las asambleas constituyentes compuestas por ciudadanos reaccionarios al antiguo régimen colonial. En el mismo sentido, es claro que las inclinaciones éticas y jurídicas características del s. XIX, momento en que propiamente nace el constitucionalismo peruano, se desarrollan y evolucionan de manera continua siendo esto reflejado en los textos constitucionales de esta época que otorgan una visión subyacente de las cuestiones sociales⁶. En consecuencia, desde el ámbito político peruano, se sostenía que una constitución con tendencia liberal se manifestaba en el establecimiento de un parlamento fuerte, mientras que una de corte conservadora llevaría a un ejecutivo fuerte con tendencia autoritaria.

Ahora, cuando se hace referencia a la inserción del liberalismo en el pensamiento constitucional, en el Perú nos dirigimos al período republicano (1822-1842) post independencia que se inserta de manera fuerte en este período y, cuyos antecedentes se encuentran en el pensamiento de los precursores de la independencia, como lo fue José Baquijano y Carrillo, Hipólito Unanue y Toribio

5 Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, (Lima, Palestra, 2020), 45. A su vez, desde una perspectiva histórica – jurídica, Jamanca Vega considera que de manera inicial las controversias constitucionales hacia la tendencia liberal se relacionan directamente con lo que se había planteado en las Cortes de Cádiz, en las constituciones revolucionarias francesas de 1791 y 1793, en la Convención de Filadelfia de 1787 y, con menor repercusión lo dado por el constitucionalismo inglés siendo este último modelo el que introduce la idea de Constitución histórica, los poderes del Estado y el checks and balances. Marco Jamanca Vega, “El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales en el s. XIX”, en *Historia Constitucional* 8, (2008), 276.

6 Carlos Ramos Nuñez, *Las constituciones del Perú*, (Lima, Biblioteca Jurídica del Bicentenario 1821-2021, 2017), 21.

Rodríguez de Mendoza, quienes conformaron la conocida Revista de corte ilustrado: “Mercurio Peruano”. Estos pensadores, estuvieron claramente influenciados por la Enciclopedia francesa, el liberalismo venido de la Escuela de Salamanca y, los hechos que desde 1812 incurrieron en la historia peruana y, llevaron a la conformación de la Corte de Cádiz.

Este período republicano se caracteriza, a su vez, por hechos agrestes y conflictivos en diversas manifestaciones, como en lo social, económico, militar con mayor incidencia en lo político. En este sentido, con el nacimiento de la República en el Perú, el liberalismo se vislumbró como la tendencia dominante en el devenir político peruano a inicios del s. XIX y, fue claramente influyente en la elaboración de las Constituciones peruanas de 1823, 1828 y 1834, y, también en los períodos constitucionales de los años 1856 y 1867, unido al debate político parlamentario y, al ascenso político de la república civilista con el desarrollo del positivismo filosófico en los grupos intelectuales de aquella época. Así, la llegada de varias constituciones en este período da lugar a lo que Domingo García Belaunde considera como una realidad de “ilusión del momento y muchas veces el pretexto para salir de una coyuntura política o para cambiarla”⁷.

Así, la historia peruana nos muestra que el período post independencia, se debatió mucho la forma en que se gobernaría al Perú y, por ende, el camino que tendrían sus constituciones. En este sentido, el primer debate se origina entre los monarquistas y los republicanos; lo cual, incide en la primera Constitución peruana de 1823, Faustino Sánchez Carrión es el que comanda las ideas de una idílica visión de un Perú liberal, sustentado en el pensamiento de la Ilustración (s. XVIII), logrando la inserción del republicanismo en el Perú. Sin embargo, producto del caudillismo (1823-1844) se merma la ansiada consolidación liberal y llegó al Perú la incidencia anarquista.

La influencia liberal, ingresaría con más solidez en la Constitución de 1856, con apoyo del mariscal Ramón Castilla quién propicia la caída, en la batalla de

7 Domingo García Belaunde, “Los inicios del Constitucionalismo peruano (1821-1842)”, en *Ayer* 8, (1992), 153.

la Palma, del general José Echenique Benavente (1855) allegado al caudillismo. Es en este momento en que, mediante Convención Nacional se elige a Castilla como presidente provisional y, se deroga la Constitución de 1839, claramente conservadora. Así, se designa una Comisión de Constitución que dio lugar a la dación de la Constitución Política de 1856.

Esta Constitución, si bien rigió un corto periodo, fue producto del liberalismo contrario al conservadurismo que regía la historia política peruana. Desde esta línea, la Constitución de 1856 establece la veda del gobierno, de la facultad de suprimir garantías individuales, el recorte del periodo presidencial a cuatro años, el sufragio directo para los peruanos alfabetos, entre otros lineamientos claros de corte liberal.

El liberalismo en el Perú no pudo sostenerse como hegemónico, llegando en este contexto la Constitución de 1860, la cual, ostenta una inclinación combinada entre conservadurismo y liberalismo, evidenciando éste último un retroceso, ante el movimiento conservador; de ahí que, la Constitución de 1860 se convierte “en aquél documento que moderó algunos extremismos conservadores aparecidos en la Constitución de 1856”⁸ y, esta moderación se logra con postulados propios de liberalismo democrático como lo son: la soberanía popular, la desconcentración del poder en órganos públicos como es la tendencia a la desconcentración de este, incorporación de derechos fundamentales como la libertad y la propiedad, la abolición de la esclavitud, el derecho a la libre asociación, entre otras connotaciones liberales.

2.2. EL *JUDICIAL REVIEW* EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

La Constitución de 1856 es la primera en dar luz acerca del principio del *judicial review*, al señalarse en su art. 10 que es “nula y sin efecto cualquier norma en cuanto se oponga a la Constitución”, sin embargo, esta disposición quedó en el puro ámbito teórico, no sirviendo de base para la formación de un

8 Hakansson Nieto, Curso de Derecho Constitucional...,45.

procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes. Así, es recién en el s. XX y, a partir de la Constitución de 1979 que se incorpora constitucionalmente y, se instaura un sistema de jurisdicción constitucional propiamente dicho, pues, no sólo se considera el *judicial review*, de clara influencia norteamericana, sino que también se ingresa otro modelo de control de constitucionalidad abstracto o concentrado, de influencia continental europea. Este control abstracto o concentrado forma parte del sistema dual de constitucionalidad, que caracteriza al sistema jurídico peruano.

Así, tanto la Constitución Política de 1979 como la Constitución de 1993, hoy vigente, se establece la presencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Tribunal Constitucional (en adelante TC) respectivamente, quienes serían, cada uno en su momento histórico, los encargados de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, siguiendo tanto el modelo europeo concentrado y el norteamericano o difuso de la constitucionalidad de leyes. Este sistema dual implica que, en el Perú, el control concentrado de constitucionalidad ejercido por el TC se combina con un control difuso de constitucionalidad, ejercido por los tribunales ordinarios, donde cualquier juez -incluso de oficio, en todo proceso puede inaplicar una norma que estime incompatible con la Constitución.

2.2.1. La idea de supremacía en el constituyente peruano de 1993

Al hacer referencia al *judicial review* o control difuso de la constitucionalidad de las leyes, es imperioso mencionar como es que la Constitución Peruana, regula el principio de supremacía constitucional, pues, el controlar la Constitución implica tenerla como mira y parámetro, como *lex superior*, para todas las otras normas jurídicas. Para esto, decir que la Constitución se encuentra en la cúspide, es señalar que todas las normas *infra* constitucionales le deben fidelidad y acatamiento; es decir, deben ser congruentes con ella.

Es común, que las constituciones iberoamericanas sean tenidas como “normas de normas” del ordenamiento jurídico siendo tradicional que gran parte de

estas constituciones, se definan ellas mismas como supremas⁹. Desde esta premisa de supremacía, a partir de la cual no cabe otra norma en el ordenamiento jurídico que se superponga al texto constitucional¹⁰, no es ajena la Constitución peruana de 1993; la cual, establece en el art. 51 la superioridad del texto constitucional frente a toda norma legal, estableciéndose claramente el principio de supremacía constitucional y, el de jerarquía normativa que la lleva a ser vinculante frente a los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 38 de la Constitución Política del Perú)¹¹.

A su vez, para el TC reafirmando el principio de supremacía constitucional con su consecuente fuerza normativa, sustenta que la “...Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí, que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos, principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos”¹². Así, desde la influencia de este principio, toda constitución ostenta una fuerza normativa que, nos lleva a entender que su validez determina la validez de todo el orden jurídico positivo. En sí y, desde la idea de supremacía, tanto gobernantes y gobernados, ostentan la obligación de adecuar sus comportamientos a las reglas contenidas en la Ley fundamental, cuya jerarquía jurídica está por encima de las normas que pueden emanar de aquéllos¹³.

9 Carlos Hakansson Nieto, *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*, (Lima, Universidad de Piura, 2001), 103.

10 Marisol Peña Torres, “La arbitrariedad del juez y su incidencia en la justicia constitucional”, en *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión*, dirigido por Luis Castillo Córdova, (Lima, Palestra, 2015), 33.

11 Desde el estudio exegético realizado por Marcial Rubio Correa de la Constitución Política del Perú de 1993 y del artículo 51 del texto constitucional, se señala que “la Constitución es la disposición de superior jerarquía dentro de nuestro sistema legislativo y prevalece sobre cualquier otra norma legal que, siempre, será de inferior categoría que ella.” A su vez, considera el jurista constitucional peruano que para “ratificar operativamente estos principios, el artículo 138 en su segundo párrafo dice: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior»”. Marcial Rubio Correa, *Para conocer la Constitución de 1993*, (Lima, Fondo Editoria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), 117.

12 TC (Pleno). Sentencia N° 05854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre.

13 Gregorio Badeni, *Manual de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires, La Ley, 2011), 201-202.

Es claro, que la Constitución de 1993 sigue el parámetro de la mayoría de las constituciones iberoamericanas, al considerar al texto constitucional envuelto en una supremacía que da luz a todas las demás normas del ordenamiento jurídico, por ejemplo, también es el caso de la Constitución colombiana de 1991; la cual, señala en su art. 4 que su norma constitucional es “norma de normas”, por su parte, la Constitución mexicana, en su art. 133, establece que éste texto normativo y toda norma que surja de ella, serán la Ley Suprema del Estado, para esto, “[l]os jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados”.

Al parecer la manera como se inserta el principio de supremacía constitucional en la Constitución de 1993, es el resultado de la inserción del modelo kelsiano de constitucionalidad. Ahora, desde la doctrina constitucional se pueden distinguir dos modelos tradicionales de constitucionalidad: el anglosajón y, el continental desde Kelsen y su teoría pura del derecho. A partir de estos, se pueden decantar dos formas de ver la supremacía de una constitución.

De esta manera, desde la perspectiva kelsiana la norma constitucional se presenta como la cúspide de un determinado ordenamiento jurídico ordenado en una especie de pirámide normativa, en donde, cada norma se vincula jerárquicamente, siendo la constitución la que se constituye como fuente de validez de toda norma de inferior jerarquía. Para esto, y al referirse al sistema kelsiano, Recaséns Siches¹⁴ sostiene que la razón de validez de todo este orden normativo lo constituye la norma constitucional, a partir del cual todas las normas de un determinado ordenamiento jurídico apoyan su razón de validez jurídica. Por otro lado, Hakansson Nieto¹⁵, sostiene que mirar sólo a la constitución como “normas de normas” es reductivo, pues pese a que se es la idea más difundida en Europa continental e Iberoamérica, no es el único significado de supremacía como tampoco el original.

14 Luís Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México, Editorial Porrúa, 1972), 175.

15 Carlos Hakansson Nieto, *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*, 172.

En la Constitución de 1993 la idea de supremacía está “asociada con la idea de una norma que se encuentra en la cúspide del derecho normativo”¹⁶ esta premisa se aleja en cierta manera a la forma como los constitucionalistas norteamericanos concibieron la idea de supremacía de la constitución; pues estos, la asimilaron desde la idea de poder, teniendo en cuenta que sus jueces si pueden inaplicar leyes (art. VI, sección 2 de la Constitución de 1787) y, no sobre el conjunto de normas que conforman un determinado ordenamiento jurídico como si lo hace el texto constitucional peruano. Es por esto, que la idea de supremacía, en el Perú, viene del positivismo jurídico conforme a la teoría kelsiana que concibe a la constitución como la norma de normas. Así, se aprecia en los artículos 51, 57 y, también en el 138 de la Constitución correspondiente al derecho interno cuyo antecedente es el *judicial review* norteamericano.

2.2.2. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución de 1993 - Artículo 138 del texto constitucional

No hay duda en afirmar, que el antecedente del control difuso en el constitucionalismo peruano es el *judicial review*, establecido en el caso *Marbury vs Madison* en el año 1803. Sin embargo, la “historia de los textos constitucionales peruanos no registra antecedentes materiales de esta atribución constitucional”¹⁷, siendo sólo mencionada de manera general en la Constitución de 1856, pues esta sólo hace mención que una ley contraria a la Constitución recaía en nulidad, sin atribuir esa facultad directamente a la judicatura.

Ahora, si queremos buscar un antecedente inmediato de este mecanismo de control constitucional en el Perú, lo encontraremos en la cláusula normativa del art. XII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferiría a la primera. Es entonces, con la Constitución de 1979 que se inserta formalmente este mecanismo en el constitucionalismo peruano. Actualmente la

16 Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 172.

17 Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 225.

Constitución de 1993, cuenta con dos sistemas de control: difuso y concentrado. El primero, de inspiración norteamericana, a cargo de cualquier juez, y, el segundo, a cargo de un tribunal de clara influencia europea continental.

Relacionado entonces con el principio de supremacía constitucional, tenemos el *judicial review* regulado en la Constitución de 1993 en su art. 138¹⁸, a partir del cual, los jueces pueden llegar a inaplicar una norma que consideren contraria a la norma constitucional. Por tanto, el control de la constitucionalidad de las leyes es una consecuencia ineludible de la superioridad formal de la constitución. En este sentido, "...cualquier tipo de casos civil, penal, comercial etc., en cualquier parte se puede invocar una norma o principio constitucional y plantear una cuestión como parte de su reclamo o defensa. Sí, en la opinión del juez, hay un conflicto entre la norma o principio constitucional relevante al caso, el juez tiene que ejercer la revisión constitucional para resolverlo"¹⁹.

Por tanto, el control difuso sólo puede ser aplicado ante la existencia de un conflicto real y concreto de intereses, en donde, producto del discernimiento del juez y relativo al caso en concreto, se discuta acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma *infra* constitucional. Sin embargo, este control tiene límites que desde la interpretación del TC se centran en lo siguiente: "a) debe realizarse en el seno de un caso judicial; b) sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez; c) es preciso que quien plantee al juez la realización de control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; y d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas

18 El art. 138 señala, en su segundo párrafo: "En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior." También el TC (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto, se ha pronunciado respecto a este tipo de control y señala: "...el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso)"

19 Robert Barker, *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, (Lima, Grijley, 2005), 48.

con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad”²⁰.

El establecer límites por parte del TC, nos hace pensar la manera como ha sido acogido el *judicial review* norteamericano, en el constitucionalismo peruano considerando que el mismo Tribunal ha señalado que este control constituye un poder – deber del juez al que el art. 138 de la Constitución faculta como mecanismo para mantener y preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de normas establecido en el art. 51 de la Constitución Política del Perú²¹; y, es que si asumimos lo establecido por el Supremo Intérprete, vemos que éste relaciona el *judicial review* con el principio de supremacía y la fuerza normativa que de la Constitución se desprende que, en el caso peruano, estos principios devienen del sistema continental europeo y, no del anglo americano, de donde antecede el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o *judicial review* a partir de la sentencia *Marbury vs Madison*.

En este sentido, de acuerdo con la postura asumida por Hakansson Nieto²², la incorporación del control judicial de las leyes no fue de manera inmediata en el constitucionalismo peruano. Esto debido a que no concurrieron los presupuestos que favorecieron la revisión judicial en Norteamérica, a saber: la tradición del *Common Law*, heredada de Reino Unido basada en el precedente judicial, un sistema norteamericano que se sustentaba en una judicatura independiente y una *praxis* judicial de sentar precedentes vinculantes, fueron los que fomentaron el ingreso inmediato de este control al sistema norteamericano.

Por el contrario, en el Perú, la inserción del *judicial review* se realizó vía texto constitucional basado en su supremacía, lo que deja puerta abierta a la interpretación de su contenido por parte de los comisionados del poder constituyente. A su vez, está el hecho de que en la historia del constitucionalismo peruano esta actividad interpretativa no se encuentra muy desarrollada. De esta

20 TC (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto

21 TC (Pleno). Sentencia N° 1383-2001-AA/TC, de 15 de agosto

22 Hakansson, Curso de Derecho...,138.

manera, Hakansson Nieto considera que la participación, en el Perú, de los jueces ordinarios en la historia de los textos constitucionales no ha sido muy acuciosa, “[d]ado que son tres agentes que pueden, juntos o por separado, obstruir una carrera judicial. Hemos de advertir [señala el jurista] que siempre existen excepciones en la Judicatura peruana pero todavía hablamos de una minoría”²³.

Por tanto, a diferencia del ordenamiento jurídico peruano se podría decir que el *judicial review* en Norteamérica, “no fue previsto en la Constitución americana sino conquistada por los jueces e imponiéndose tanto al Ejecutivo como al Legislativo, es decir, fue ganada a pulso”²⁴. Así, es válido lo sostenido por Hakansson Nieto²⁵: “...en Norteamérica existe una tradición de independencia que a más de un país resultaría incompatible con la mentalidad europea continental y quizá inconveniente para su ‘ideal de democracia’”.

En el Perú, por el contrario, el *judicial review* fue incorporado en las constituciones de manera no tan remota, desde la Carta Magna de 1979 y, en la actual de 1993, sin embargo, al hacerlo el constituyente peruano no miró, el origen del *judicial review*, producto de la base judicial -interpretación judicial- que envuelve al constitucionalismo norteamericano y, sobre todo, la existencia de una judicatura capaz de interpretar la ley y, marcar la existencia de precedentes bajo la figura de ser normas constitucionales adscritas. El constituyente peruano, así desde lo establecido en la Carta Magna de 1993, regula el *judicial review* como una facultad y, no sólo eso, sino también como un deber del juez quien tiene la potestad, por medio de este mecanismo, de mantener la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución mediante una jerarquía de normas vinculadas por relaciones jerárquicas de mayor a menor.

23 Carlos Hakansson Nieto, *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*, 235.

24 Carlos Hakansson Nieto, *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*, 234.

25 Carlos Hakansson Nieto, *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*, 235.

3. PROBLEMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AL OTORGAR CONTENIDO APLICATIVO AL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ

El TC y el Poder judicial, han ido dando forma al contenido aplicativo del control difuso, en el sistema constitucional peruano y, esto justamente, ante la exigencia que la misma institución amerita debido a que nuestro sistema, basado en uno de corte europeo continental, no ostenta la suficiente capacidad en la judicatura para determinar de manera fluida, el contenido de dicho control, como sí lo tiene la revisión judicial en Norteamérica. Es claro que, en el Perú, no se goza de una judicatura “fuerte e independiente en sentido material, acostumbrada a interpretar la ley a través del principio del *stare decisis*, y a excluir de esta atribución a los otros órganos constitucionales”²⁶.

Es producto de esta falta que el TC, en aras de ejercer su función de interprete del derecho, arremete sin sentido a dar contenido a una institución de control constitucional, sin tener en cuenta sus antecedentes ni origen que se basan en una distribución de competencias y, funciones establecidas de manera previa por el constituyente peruano. Así, un claro ejemplo, de este “desliz” constitucional lo haya en el denominado “control difuso administrativo” que tuvo una vigencia prolongada en el sistema constitucional peruano (ocho años), otorgada por un precedente vinculante emitido por el Supremo Intérprete de la Constitución.

Para analizar, como es que el control difuso administrativo ingresa al bloque constitucional peruano y como norma constitucional adscrita, producto de una argumentación del TC, es preciso detenerse en el Caso Salazar Yarlenque ²⁷, a partir del cual el TC considera como precedente vinculante lo siguiente:

“Todo Tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, o bien por el

²⁶ Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 235.

²⁷ TC (Pleno). Sentencia N° 03741-2004 AA/TC, de 14 de noviembre.

fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138²⁸, de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: 1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un procedimiento administrativo; 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”

En este sentido, surge la necesidad de analizar el sustento constitucional en el cual se basa el TC para la creación del denominado control difuso administrativo. Ante ello, en el sistema constitucional peruano, antes de la dación de la sentencia contenida en el Caso Salazar Yarlenque, existían dos posiciones contrarias acerca de la inserción del control difuso administrativo, una que negaba de manera absoluta la posibilidad de que la administración pública pueda ejercer dicha facultad y, otra, que admitía la posibilidad del control difuso en sede administrativa.

La primera postura señalaba que corresponde únicamente el ejercicio del *judicial review* al poder judicial, estando la administración pública sujeta al principio de legalidad; para la otra se aducía la existencia de una exigencia hacia la administración pública de inaplicar las normas legales incompatibles con la Constitución, debido al principio de supremacía constitucional. Esta controversia se aprecia en la jurisprudencia anterior al caso Salazar Yarlenque, ya que, el TC había dado atisbos de una posible regulación del control difuso administrativo ante la dicotomía generada en la doctrina. Por ejemplo, el TC, en anterior pronunciamiento consideró:

28 Artículo 38 de la Constitución Política del Perú: Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 51 de la Constitución Política del Perú: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 138 de la Constitución Política del Perú: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

“[e]n tanto la Constitución vincula a todos los poderes públicos y sujetos privados y es, por tanto, la base sobre la que se asienta el ordenamiento jurídico en su totalidad [...] es incuestionable que lo que puede determinarse desde el enfoque de una determinada materia por parte de un tribunal administrativo especializado, puede ser susceptible de control desde la perspectiva estrictamente constitucional, tanto más cuanto que dichas materias y las decisiones que sobre las mismas se adoptan, pueden incidir, ya sea de forma directa o indirecta, en el contenido y la eficacia de los derechos fundamentales. No existe, pues, incompatibilidad entre la jurisdicción administrativa y la potestad de control recaída en la jurisdicción constitucional”²⁹.

Era de esperar entonces, que si el TC se inclinaba a la postura de aceptar el control difuso en sede administrativa buscara el momento propicio para dar la estocada final e insertar este control, teniendo en cuenta que también en anterior sentencia había señalado lo siguiente: “...es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley, o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad”³⁰. Es entonces, que posteriormente y, a partir del caso Salazar Yarlenque, es que el TC se decanta de manera clara por regular el control difuso en sede administrativa, apoyándose en el art 38, 51 y 138 de la CP.

A raíz de esta sentencia -Caso Salazar Yarlenque- que contenía el control difuso administrativo, las posturas en la doctrina peruana no se hicieron esperar. De esta manera, Bullard Gonzales señala que el problema de otorgar control difuso a la Administración Pública se concentra en dilucidar el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía normativa expresado de manera clara en la pirámide kelsiana y, que se refiere a la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes de carácter infra constitucional. Por su parte, el de legalidad implica que la Administración Pública sólo puede actuar sobre la base de competencias concedidas en la misma ley, no siendo viable que dicha autoridad salga del ámbito normativo. Basándose en este conflicto de principios -el de legalidad

29 TC (Pleno), Sentencia N° 3315-2004-AA/TC, de 16 de marzo.

30 TC (Pleno), Sentencia N° 0050-2004-AI/TC, de 3 de junio.

y el de jerarquía normativa-, Bullard Gonzales³¹ considera que “el riesgo de un conflicto [entre estos principios] se reduce, [en que] la legalidad sigue siendo guardiana de los derechos ciudadanos y los límites al poder, encontrando en el principio de jerarquía antes que un enemigo, un aliado en el cumplimiento de su meta.”

Desde este punto, Bullard Gonzáles³² señala que en el caso de que una norma sea manifiestamente inconstitucional, la Administración Pública podría llegar a aplicar control difuso. Así sostiene: “es que el control difuso no se justifica en cualquier violación al ordenamiento, sino sólo aquella que sea manifiesta y evidente [...] [e]l control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional no puede obligar a la Administración a pañarlo...” Sin embargo, el mismo jurista se pregunta “¿Qué es manifiestamente inconstitucional?”. Así, para dar respuesta Bullard Gonzáles considera que debe ser el TC el que establezca lo que es manifiestamente constitucional y lo que no lo es y, que, a su vez, si el control sólo se dirige a proteger derechos fundamentales, pues, lo que debe buscarse es que la norma que se pretende inaplicar vulnere de manera clara los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La respuesta a la postura dada por Bullard González se dio a nivel doctrinal entre los constitucionalistas peruanos, en la que destaca de manera relevante la otorgada por el constitucionalista Luís Castillo Córdova³³ quién señala “que el Constituyente peruano de modo expreso ha encargado al Poder Judicial el deber de en cualquier proceso judicial inaplicar la norma legal o infra legal que contravenga la Constitución (artículo 138 CP). La referencia en uno y otro caso no está formulada para la Administración pública. Ésta no ha sido considerada por el Poder constituyente como órgano que deba velar por la vigencia plena de la

31 Alfredo, Bullard Gonzáles, “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas”, *Themis* 51 (2005): 95, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8792/9184>.

32 Alfredo, Bullard Gonzáles, “Kelsen de cabeza: verdades y falacias...”, 95.

33 Luís Castillo Córdova, “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?, en *Diálogo con la Jurisprudencia* 98, (2006), https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/1940/Administracion_publica_control_constitucional_leyes.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

Constitución, por lo que se entiende perfectamente que no se le haya atribuido ni potestades ni funciones en este sentido [...] lo que significa que la Administración pública no tendría atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes para decidir sobre su aplicación o no en los casos concretos”.

Teniendo en cuenta estas posturas, lo que hace el TC es ingresar el control difuso administrativo en el ordenamiento jurídico peruano, vía relación entre el principio de legalidad y, el de supremacía constitucional. En este sentido, se sabe que el principio de legalidad opera como un límite ante la posible irracionalidad o abuso de poder de la Administración Pública, ya que, se configura como parámetro formal y material de la actuación del funcionario o servidor público que representa la actuación administrativa en su relación con los ciudadanos. El principio de legalidad detiene la arbitrariedad y evita que el poder otorgado a ese servidor público no se extralimite.

Así, al señalar el TC, en el Caso Salazar Yarlénque, que “...si bien la Constitución de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial”. Así, lo que hace el Tribunal es atribuir o, en su defecto forzar la facultad de los jueces de inaplicar las normas contrarias a la Constitución, hacia la Administración Pública, para que la misma ostente una competencia *-judicial review-* que el constituyente no le ha otorgado de manera expresa ni tan siquiera de manera indirecta. Esta premisa dada por el TC, en su fundamento 7, no es coherente con la constitucionalidad, en la medida de que el Tribunal olvida los efectos que el principio de legalidad tiene hacia la actuación administrativa. La Administración pública, sólo debe hacer lo que la Constitución y la ley le han autorizado a realizar expresamente.

Por tanto, es justamente a partir del principio de legalidad que la Administración Pública no puede derogar ni declarar inconstitucional una ley, pues está obligada a ejecutarla. Así, el Tribunal interpreta de manera incorrecta el sentido del art. 138 y, esto porque, considera que darle potestad de inaplicar normas

sólo al órgano jurisdiccional es realizar una interpretación positiva y formal del art. 138 de la Constitución lo que daría lugar, en opinión del Supremo intérprete, a un conjunto de contradicciones insolubles en la validez y vigencia del texto constitucional.

Éste último punto mencionado, es de vital importancia para entender el error en que decae el TC en esta sentencia, pues si bien no se niega el hecho de que la administración pública pueda apreciar la validez o invalidez de una norma legal, hacerlo vía control difuso no es lo correcto. Lo que la Administración Pública debe hacer, en caso de que se dedujera una inconstitucionalidad manifiesta, es proponer su derogatoria o su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.

Ante esto, la Administración, sujeta al principio de legalidad, está sometida a la fuerza normativa que la Constitución ejerce sobre todos los poderes públicos, conforme al art. 38 del texto constitucional y, es de esta manera que cumplirá con el respeto debido a la constitucionalidad que incluye también a las decisiones del TC, como comisionado del poder constituyente e intérprete supremo de la constitución. A raíz de esto, si el constituyente no le ha otorgado expresamente la facultad de inaplicar una norma no puede ejercer dicha competencia, pues su función no es ser comisionado, sino es cumplir la norma, en vista al principio de legalidad. Así, desde el art. 38 de la Constitución no se deduce la facultad de inaplicar, sino el deber general de vinculación a la Constitución de los poderes del Estado y, de los ciudadanos, lo que no implica una atribución directa ni indirecta a la Administración Pública de ejercer el *judicial review*.

Esta postura es desarrollada de manera apropiada por Castillo Córdova³⁴ quien considera que, “los vinculados a la Constitución somos todos, tanto gobernantes como gobernados, porque la Constitución es norma jurídica que a todos vincula.” Así, el jurista explica que “intérpretes de la Constitución podemos serlo todos, en la medida que todos tenemos la capacidad racional para atribuir

34 Luís Castillo Córdova, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, (Lima, Gaceta Jurídica, 2014), 325.

significados a las fórmulas lingüísticas que componen las disposiciones constitucionales; y esto es así, aunque no todos podemos interpretar de modo vinculante la Constitución.”

A su vez, aunado a la postura del jurista, se debe indicar que, aplicando el principio de corrección funcional, destinado a restringir las competencias y potestades dadas por el texto constitucional a las instituciones políticas, la Constitución de 1993 no ha atribuido la posibilidad de inaplicar una norma a la Administración Pública quién esta en la obligación, en su defecto, de armonizar la norma supuestamente inconstitucional con la Constitución, pero no puede llegar a inaplicarla. Si la Administración Pública llegara a ostentar la facultad de inaplicar una norma contraria a la Constitución, originaria una “suerte de hiperactividad de la administración pública para no acatar las normas que dicte el parlamento o el gobierno. La judicatura y el TC (como máxima instancia de interpretación) serán los encargados de proteger al ciudadano frente a los abusos de la administración mediante los procesos constitucionales, siempre que no existan vías igualmente satisfactorias”³⁵.

Ahora, el Tribunal a raíz de ser intérprete y controlador de la Constitución, asienta el derecho constitucional en las decisiones que de él se manifiestan, lo que les otorga “formalidad constitucional”. Sin embargo, a pesar de que sus decisiones pueden ser vistas formalmente como constitucionales no se les quita la posibilidad de ser evaluadas materialmente en su constitucionalidad. Para esto, al ser sus decisiones desde el punto de vista formal constitucionales, en este sentido, “cuando el Tribunal Constitucional interpreta una disposición de la Constitución [...] la concreción normativa que formula irremediamente se adscribe a la norma constitucional directamente estatuida, independientemente de la concreción de la justificación constitucional que se presente. La causa es la fuerza jurídica de quien la formula; en el ejercicio de una función pública de

35 Hakansson Nieto, Curso de Derecho Constitucional...,372.

efectos vinculantes y, además, de carácter supremo [...], se ha presentado una interpretación que comparte la naturaleza del objeto interpretado”³⁶.

Esta formulación de que las decisiones del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete del texto constitucional, son formalmente constitucionales, se aplica al contenido del precedente vinculante originado en la STC Exp. N° 03741-2004 AA/TC. Así, podemos afirmar que la creación del control difuso administrativo en el orden constitucional peruano fue formalmente constitucional, sin embargo, las argumentaciones realizadas por el Tribunal no fueron suficientes para avalar su constitucionalidad material. Por ende, estos contenidos podrán estar formalmente recogidos en el texto constitucional pero serán materialmente inconstitucionales por “contravenir exigencias de justicia que conforma la esencia de toda Constitución”³⁷.

En consecuencia, la norma dada por el Tribunal sobre control difuso administrativo es materialmente inconstitucional, debido a la interpretación incorrecta que el Tribunal realiza de los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución Política, ya que, pretende sustentar el control difuso administrativo, en que la Administración Pública también es controladora de la Constitución. Y, tal como hemos afirmado no lo es, principalmente porque el art. 38 de la Constitución sólo contiene una obligación general para las instituciones políticas y los ciudadanos respecto a la vinculación hacia el contenido constitucional, más no una potestad o competencia directa para la Administración de la posibilidad de ser controladora constitucional, como sí lo es el TC y el Poder Judicial.

Por ende, lo que hizo el Tribunal, en el caso Salazar Yarlenque, es vaciar de contenido al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el cual desde tiempos atrás guarda una naturaleza propia y, es que, las instituciones del derecho tienen un origen que siendo histórico se plasman en una realidad jurídica la cual debe ser respetada y no alterada en esencia. Es en este sentido, que uno de los parámetros fundamentales del control difuso de la

36 Luís Castillo Córdova, Los precedentes vinculantes... 14.

37 Luís Castillo Córdova, “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional* 39, (2011), 24.

constitucionalidad de las leyes o *judicial review*, es que corresponde a los órganos que guardan en sí la *iurisdictio*, propia de los órganos jurisdiccionales y, que por ende, de acuerdo a sus facultades se les posibilita el ejercicio de inaplicar una ley cuando la consideren inconstitucional, siendo este el verdadero sentido del art. 138 de la Constitución peruana, el cual refleja también la adhesión de nuestra organización política al principio de separación de poderes.

Es en vista, principalmente a estos argumentos que, de manera posterior, el mismo TC, mediante el caso Requena³⁸, deja sin efecto el precedente vinculante contenido en el caso Salazar Yarlenque, el cual autorizaba a todo tribunal y órgano colegiado de la Administración Pública, con carácter nacional, inaplicar en un procedimiento administrativo una disposición infraconstitucional cuando considere que esta vulnera de manera manifiesta la Constitución, sea por el fondo o por la forma, otorgándole así a la administración pública control difuso administrativo. Y es que, el TC cambiando de rumbo su interpretación considera ahora que otorgar a la administración pública control difuso, alteraría el sistema de control dual de la jurisdicción constitucional reconocido en el sistema constitucional peruano además del principio de separación de poderes. En esta línea es que el Supremo Interprete se percata de su error, rectificándose en una decisión dada por él mismo. Es en el caso Requena que el TC confirma que los parámetros que sustentaron la dación del control difuso administrativo desnaturalizan una competencia dada por el constituyente, al prolongar la potestad de no aplicar normas a quienes no están incursos en la función jurisdiccional.

Ahora, siguiendo con la línea jurisprudencial del control difuso, otro de los comisionados del poder constituyente que ha dado contenido esencial al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, así como el TC, es el Poder Judicial. Desde esta línea, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, vía consulta, ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante sobre este control³⁹. En esta decisión de la Sala que se ha establecido los lineamientos para la aplicación del control difuso, enfatizando que el mismo se ejerce

38 TC (Pleno), Sentencia N° 04293-2012 PA/TC, del 18 de marzo.

39 Doctrina Jurisprudencial Vinculante (Consulta), Exp. N° 1618- 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

para fines constitucionales preservando el principio de supremacía constitucional y, el bloque de constitucionalidad.

En esta decisión de la Sala se ha establecido lineamientos para la aplicación del control difuso, enfatizándose que el mismo se ejerce para fines constitucionales preservando el principio de supremacía constitucional y, en sí, del bloque de constitucionalidad. A su vez, considera la Sala que el control difuso ostenta carácter excepcional y de última vía, ya que, sólo sería viable su aplicación cuando no se pueda salvar vía interpretación la constitucionalidad de las normas.

Un punto importante de esta sentencia es la relevancia que se le otorga al principio de presunción de constitucionalidad de las normas y su obligatoriedad para todos, siendo función de la judicatura vigilar la seguridad jurídica normativa. Ante esto, el ejercicio del control difuso debe realizarse siguiendo parámetros de compatibilidad constitucional, lo que lleva a reafirmar que este control se realiza y, se ve limitado a un caso en concreto con efecto inter-partes.

Con el propósito de dar contenido aplicativo al control difuso, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República establece las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso⁴⁰:

- a) Partir de la presunción de validez (artículo 109 de la Constitución), legitimidad (artículo 108 de la Constitución) y constitucionalidad (artículo 51 de la Constitución), de las normas legales. Esto nos lleva aseverar que la norma no viene de origen viciada de ilegitimidad, por tanto, quien la enjuicie atacándola de infringir la jerarquía normativa y supremacía constitucional, deberá demostrar de manera objetiva la inconstitucionalidad alegada.
- b) También al aplicar el control difuso, se deberá realizar el juicio de relevancia, en tanto que sólo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso en concreto.

⁴⁰ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, (Consulta), Exp. N° 1618– 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

- c) Para aplicar el control difuso, el juez debe efectuar una labor interpretativa profunda, siendo el control difuso la *ultima ratio*. Para ello, los jueces han de agotar de manera previa todos los recursos interpretativos para mantener la constitucionalidad de la norma, antes de aplicar el *judicial review*.
- d) También se debe iniciar la aplicación del control difuso identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia⁴¹.

Como se puede apreciar, de la doctrina jurisprudencial vinculante, es claro que los jueces lo que han querido es establecer de manera clara los parámetros de aplicación del control difuso, en el sistema constitucional peruano. Sin embargo, tal como se muestra nuestra judicatura, para ella será de difícil aplicación, pues sólo basta que uno de estos elementos, no se den, en un caso en concreto para descartar el control difuso, al ser caracterizado por la misma Sala Suprema como de *ultima ratio*. También es importante el papel que juega, en la configuración de estos parámetros el principio de la seguridad jurídica, pues, lo que busca la Sala es que los jueces ostenten límites bajo responsabilidad al ejercer dicha facultad, que no puede ser considerada de manera irrestricta llegando incluso a poder vulnerar el ordenamiento jurídico constitucional.

41 La jurisprudencia constitucional ha considerado que el test de proporcionalidad implica un análisis de proporcionalidad vinculado de manera directa con el valor superior de la justicia, ya que, se constituye como un parámetro necesario de constitucionalidad para fijar la actuación de los poderes públicos, más aún cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. En este sentido, con la finalidad de que el test sea adecuado se debe tener en cuenta en su aplicación los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. TC (Pleno), Sentencia N° 0050-2004 AI/TC, de 02 de febrero. En esta misma línea Burga Coronel considera que le TC ha considerado el principio de proporcionalidad como uno de carácter general y positivizado, cuyo ejercicio se puede dar en cualquier dimensión del Derecho. Así, para el autor en primer término este principio, se haya regulado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución y, en segundo término, su proyección no se limita sólo al estudio del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, sino que se extiende a cualquier acto de carácter restrictivo de una facultad subjetiva de la persona. De esta manera, el principio de proporcionalidad tiene su origen en la cláusula del Estado de Derecho. Angélica María Burga Coronel, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Gaceta Constitucional* 47, (2014), 257.

4. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo de este artículo, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes tiene su origen en el derecho norteamericano mediante la dación de una sentencia *Marbury vs Madison* en el s. XIX, dicho control se asienta en este derecho, en vista al respeto que sobre la Constitución de 1787 se ostenta y, también por la existencia de una judicatura independiente capaz de crear precedentes vinculantes.

El origen del *judicial review* norteamericano no es el mismo que en los países cuyo sistema es de corte europeo continental. El *judicial review* o control difuso de la constitucionalidad de las leyes en países como el Perú, sustentan su origen en la misma Constitución; la cual, al ostentar supremacía, de acuerdo con la pirámide kelsiana, debe ser respetada por todos los poderes del Estado y, también por el ciudadano. En este sentido, y, tomando la postura de Hakansson Nieto, en la práctica en el sistema normativo peruano, “la Judicatura sólo se encarga de administrar justicia en los procesos civiles y penales, pues, a pesar de que la Constitución establece la *judicial review*, la práctica ha demostrado que el Parlamento puede a través de una ley interpretativa establecer que determinadas disposiciones legales no son susceptibles de revisión por la Judicatura” y, pone de ejemplo el art. 142⁴² de la Constitución Política del Perú.

Así, el *judicial review* en el constitucionalismo peruano ha ingresado vía incorporación constitucional como potestad, a no decir obligación de los jueces o, la judicatura, de inaplicar una norma cuando ésta sea inconstitucional. Para ello, este control de constitucionalidad se agrega en la Constitución de 1993, en el art. 138 de la misma cuyo antecedente próximo se ubica en la Constitución de 1979, no existiendo en la historia de las constituciones peruanas un desarrollo normativo de esta facultad, pues, formalmente se ingresa desde la ya mencionada carta de 1979.

42 Artículo 142.- Resoluciones no revisables por el Poder Judicial No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

Se cree que, ante la falta de desarrollo jurisprudencial constitucionalmente correcto, que dé contenido aplicativo al *judicial review*, en el sistema peruano, por parte de los comisionados del poder constituyente, es que se dio lugar a un desacierto en su aplicación, al otorgarse vía precedente vinculante, a la Administración Pública, la facultad de inaplicar una norma cuando ésta sea considerada inconstitucional. En este sentido, el control difuso administrativo, como creación genuina del Tribunal Constitucional Peruano, rigió por un período prolongado de 8 años basado en una relación forzada hasta la inconstitucionalidad del principio de legalidad y supremacía constitucional.

Posteriormente y, pasada una larga temporada, el TC se percata de su error y decide declarar ineficaz dicho control difuso administrativo, basado en que dicha relación no era coherente constitucionalmente y, por ende, alteraba la estructura e independencia de poderes del Estado Constitucional de Derecho. Con este fin y, de confirmar de una mejor forma la aplicación del control difuso el Poder Judicial, como comisionado del poder constituyente también emitió como Doctrina jurisprudencial vinculante, un conjunto de reglas para la aplicación del *judicial review* que se resumen en lo siguiente: a) Consideración del principio de presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la normas, b) juicio de relevancia, c) interpretación exhaustiva e, d) identificación de los derechos fundamentales vulnerados.

Es entonces relevante, considerar que el *judicial review* en el constitucionalismo peruano ha venido a completar el conjunto de principios de corte liberal que envuelven el constitucionalismo común en los Estados de Derecho y, que a diferencia de su origen norteamericano se sostiene en una facultad otorgada directamente por el constituyente y contenida en el texto constitucional, siendo labor de la judicatura darle contenido pero siempre midiéndose en su aplicación, pues dicho control, tal como lo ha señalado la Corte Suprema debe ser considerado como una medida excepcional y de ultima ratio, evitando así excesos como lo acaecido por el TC en el denominado control difuso; el cual, definitivamente adolecía de inconstitucionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Badeni, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Barker, Robert. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*. Lima, Grijley, 2005.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control*. Madrid: Alianza editorial, 1998.
- Bullard Gonzáles, Alfredo. “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas”, *Themis* 51 (2005) <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8792/9184>.
- Burga Coronel, Angélica María. “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Gaceta Constitucional* 47, (2014).
- Castillo Córdova, Luís. “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. (2006), https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1940/Administracion_publica_control_constitucional_leyes.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- Castillo Córdova, Luís. “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional* 39, (2011).
- Castillo Córdova, Luís. *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, 2014.
- Ferrero, Raúl. *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima, Grijley, 2003.
- García Belaunde, Domingo. “Los inicios del Constitucionalismo peruano (1821-1842)”, en *Ayer* 8, (1992).
- Hakansson Nieto, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra, 2020.
- Hakansson Nieto, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*. Lima: Universidad de Piura, 2001.
- Jamanca Vega, Marco. “El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales en el s. XIX”, en *Historia Constitucional* 8, (2008).
- Landa Arroyo, César. “Estudio Preliminar”, en *Constitucionalismo y Judicial Review*, por Mark Tushnet, 19-56. Lima: Palestra, 2013.
- Peña Torres, Marisol. “La arbitrariedad del juez y su incidencia en la justicia constitucional”, en ¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión, dirigido por Luis Castillo Córdova, 29-54. Lima, Palestra, 2015.
- Pereira Meneaut, Antonio. *Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Santiago de Compostela: Ediciones Tórculo, 1998.
- Recaséns Siches, Luís. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editoria Porrúa, 1972.

Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima, Fondo Editoria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 05854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 1383-2001-AA/TC, de 15 de agosto.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 03741-2004 AA/TC, de 14 de noviembre.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 3315-2004-AA/TC, de 16 de marzo.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 0050-2004-AI/TC, de 3 de junio.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 04293-2012 PA/TC, de 18 de marzo.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 0050-2004 AI/TC, de 02 de febrero

Doctrina Jurisprudencial Vinculante (Consulta), Exp. N° 1618– 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, (Consulta), Exp. N° 1618– 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

ZHENIA DJANIRA APARICIO ALDANA

Abogada Constitucionalista

Departamento de Derecho Público

Universidad de Piura. Perú

djanira.aparicio@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1168-1318>