

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Análisis minucioso de los avances del sistema del Derecho Procesal Constitucional de Perú y de las instituciones orgánicas, sustantivas y procesales incorporadas en el nuevo Código Procesal Constitucional del mismo país

Aníbal Quiroga León (*)

A Héctor Fix-Zamudio de México, generoso maestro del Derecho Procesal iberoamericano y, sobre todo, amigo; con gratitud.

“El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de lo 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 de 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 jurídicas del sistema”.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA

(*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho y ex Editor General de la Revista DERECHO-PUC de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, Roma; y ex co-Director del la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional; Secretario Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco. Abogado en ejercicio.

La invención norteamericana de la 'Judicial Review' y su papel en el sistema.

“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...”

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Derecho Procesal Constitucional

“Es curioso comprobar como hoy los mismos personajes que dieron dura batalla para que no existiera el Tribunal Constitucional en el Perú, y que una vez puesto en la Constitución se opusieron tenazmente para que no se integrara o desapareciera, esos mismos aparecen hoy sustentando y defendiendo un proyecto que pretende dar fortaleza al mismo a costa de esterilizar una importante facultad judicial que exige, además de un estudio más detallado, versado, integral y reflexivo, que nos lleve a un sistema completo y coherente de instrumentos de la defensa y la justicia constitucional a través de un Código Procesal Constitucional; y no a través de una apresurada modificación legislativa, que exige, para empezar, de una reforma constitucional para acabar con más de 100 años de tradición constitucional en el Perú”.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL...

ANIBAL QUIROGA LEÓN
La Judicial Review en el Perú
El Comercio, Lima, Septiembre 13 de 1996

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de esta ponencia concierne especialmente a quienes, desde hace ya varios años, venimos trabajando de manera decidida el tema del Derecho Procesal Constitucional en el Perú, y en Iberoamérica, disciplina de la que ya no se discute sus perfiles propios, tanto desde la actividad académica, iniciada en el segundo semestre de 1985, como en los posteriores e incontrastables trabajos de investigación, con el primordial objetivo de desarrollar, en un primer momento, la definición y adecuada comprensión de los diversos “instrumentos” que el Derecho Constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control Inter-órganos y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución. De ello hay constancia en una profusa bibliografía, sobre todo en la última década¹.

En un segundo momento, se han empezado a desarrollar las características y posibilidades de estos instrumentos orgánicos y de la libertad para que, en su conjunto sean reconocidos como una especialidad de linderos y perfiles propios y claramente definidos. A ello se ha agregado ahora la expresa voluntad de determinar y dar forma al esquema básico de características, presupuestos, estructura y funcionamiento de los mismos en un texto legal-constitucional unificado, como el caso del Código Procesal Constitucional en el caso del Perú².

Esto, que parte de la especial interpretación constitucional,³ llega a los confines del Derecho Procesal Constitucional desarrollando toda su gama, no siempre bien comprendida y, lamentablemente, a veces mal tratada en la norma, en la sentencia o en la vida práctica del sistema jurídico nacional. Se trata de avanzar en el análisis y desarrollo detallado de los aspectos más notables, los instrumentos y las principales características del novísimo Código Procesal Constitucional del Perú, ya

¹ Eduardo Ferrer Mac Gregor. *Derecho Procesal Constitucional*. Cuarta Edición. México: Porrúa, 2003. 4 tomos.

² Ley 28237, publicada en el Diario Oficial “*El Peruano*”, el 31 de mayo de 2004, y que luego de una *vacatio legis* de seis meses, entró en vigor el 1º de diciembre del mismo año.

³ Aníbal Quiroga León. *La Interpretación constitucional*. En: Derecho, No. 39, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1985. pp. 323 y ss.

en vigencia, y de algunos aspectos que nos parecen críticos del mismo y merecen ser prontamente corregidos y mejorados, sin perjuicio de contribuir con el constante debate doctrinario sobre el particular, para lograr su mejora en todo sentido.

Este texto legal, integral de las acciones de control y de las acciones de garantía constitucional en el Perú, fue un caro anhelo reclamado en no pocas ocasiones. Así, al mandato constitucional contenido específica e inequívocamente en el sexto párrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993, que obligaba a concentrar todas estas acciones constitucionales en una ley orgánica, se habían sumado diversas voces que también lo reclamaban⁴, al punto que luego de casi 25 años de vigencia en el plan de estudios de la Facultad de Derecho del curso titulado “Garantías Constitucionales” (idea y obra de Domingo García Belaunde, pionero en el Perú de estos estudios vinculados básicamente al *habeas corpus* y al amparo), a nuestra iniciativa, recogida prontamente por nuestra Universidad, la Facultad de Derecho rebautizó oficialmente en su plan de estudios esta materia, reemplazando el *nomen iuris* por el que en verdad le corresponde, Derecho Procesal Constitucional⁵.

El Código Procesal Constitucional tuvo como antecedentes en el Congreso de la República, los siguientes proyectos de ley, a saber: 3346; 3394; 3405; 3427; 3433; 3459; 3450; 3530; 3545; 3594; 3647; 3680; 3697; 3702; 3957; 3982; 4124; 4238; 4288; 4568; 4570; 5011; 5198; 5363; 5926; 6004; 6428; 6440; 6449; 7260; 7370; 7554; 7859; 8317; 8598; 9211 y 9371. El Código fue dictaminado en la Comisión de Constitución el 30 de marzo de 2004, y en

⁴ Véase el artículo de opinión “La Judicial Review en el Perú” del autor, publicado en el diario “El Comercio”, el 13 de septiembre de 1996, constituyendo el primer reclamo público de hacer realidad un Código Procesal Constitucional en el Perú, donde en su parte pertinente sostuve que: *“Es curioso comprobar como hoy los mismos personajes que dieron dura batalla para que no existiera el Tribunal Constitucional en el Perú, y que una vez puesto en la Constitución se opusieron tenazmente para que no se integrara o desapareciera, esos mismos aparecen hoy sustentando y defendiendo un proyecto que pretende dar fortaleza al mismo a costa de esterilizar una importante facultad judicial que exige, además de un estudio más detallado, versado, integral y reflexivo, que nos lleve a un sistema completo y coherente de instrumentos de la defensa y la justicia constitucional a través de un Código Procesal Constitucional (...)”*.

⁵ Hace más de 10 años me correspondió redactar el primer syllabus o programa desarrollado del curso que, aún el título “Garantías Constitucionales”, esbozó una temática completa del Derecho Procesal Constitucional en el Perú.

la Comisión de Justicia el 29 de abril del mismo año. Tal dictamen fue aprobado por amplia mayoría en ambos casos, y la votación del pleno fue bastante alta, como para ser considerada aprobada como ley orgánica, sin inconveniente alguno⁶.

Como texto integral y sistemático, recoge la necesidad manifestada por diversos sectores académicos del Perú, y sin duda hace justicia al avance y desarrollo de la doctrina peruana del Derecho Constitucional y, en particular, al Derecho Procesal Constitucional, como bien lo resaltara Domingo García Belaunde,⁷ a la sazón presidente de la comisión de juristas autoconvocados, autora del anteproyecto del Código⁸, que fuera base de casi el 90% de la versión final aprobada por el Congreso de la República.

Puede decirse, en primer término, que el mérito principal del Código Procesal Constitucional, además de ser pionero a nivel iberoamericano en el orden nacional, es el de concentrar e intentar sistematizar por primera vez todos los instrumentos tanto del control constitucional orgánico y cuanto de la defensa de los derechos fundamentales, en el control de las libertades, en un solo texto, con una misma redacción y con una misma técnica procesal constitucional. Eso es innegable. Nuestra regulación en materia de *hábeas corpus* se inicia en 1897; la que está vigente consta de más de 15 normas diferentes, no siempre conexas, de fácil manejo para el juez constitucional o para el magistrado judicial o para el operador jurídico. Muchos menos para el justiciable.

Así, en un solo texto normativo se desarrollan, en parte porque continúa vigente el artículo 14 del Texto Unico Ordenado (TUO) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo desarrolla, los preceptos del

⁶ Véase: Diario de Debates. Congreso de la República del Perú. Lima marzo-mayo de 2004. El autor desea, además, expresar su agradecimiento al apoyo y material brindado con prontitud y generosidad por el Sr. Congresista Antero Flórez-Araoz de Unidad Nacional, hoy Presidente del Congreso por derecho propio.

⁷ Domingo García Belaunde. *Cómo estudiar Derecho Constitucional*. En. DERECHO PUC N° 39, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial 1985. p. 177-189. Ver también del mismo autor: *Cómo estudiar Derecho Constitucional; (una década más tarde)*. 2ª Edición. Lima: Grijley. 1999.

⁸ AAVV. Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y legislación vigente. Lima; Palestra, 2003.

sistema difuso peruano de revisión judicial de las leyes previsto en el artículo 138, segunda parte de la Constitución de 1993; los de la contienda de competencia (que el Código da en llamar con poco estilo “proceso competencial”, expresión poco feliz, sin duda) del artículo 203 de la propia Constitución; y todos los instrumentos procesales referidos en el artículo 200 del mismo texto constitucional, dos de control: la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (*proceso de inconstitucionalidad*), la Acción Popular (*proceso de acción popular*), y los cuatro de garantía de derechos fundamentales o de la libertad que nuestro sistema provee, a saber: *hábeas corpus*, *amparo*, *hábeas data* y *la acción de cumplimiento*. Los anteriores también fueron rebautizados desde una “nomenclatura clásica”, según una nueva y “moderna” tendencia procesal, tal como reza en la exposición de motivos⁹. Tal exposición consta en los proyectos legislativos del Congreso, que fueron aportados por la misma Comisión de Juristas¹⁰.

Sin duda alguna, en casos como el *hábeas corpus* o el *amparo*, existe el aporte que la experiencia de casi 25 años de vigencia en el Perú, con niveles más o menos inciertos y no pocas expectativas ciudadanas. Pero, en algunos casos, hay disposiciones que no se entienden bien y algunos claros retrocesos. Por eso, la idea ahora es que este *corpus iuris*, que ya fuera promulgado y se encuentra vigente, desarrollar un profundo estudio del producto ofrecido por esta Comisión de Juristas, cuya auto convocatoria fue tan meritoria como singular y, sin duda, cerrada y poco democrática, sin que haya habido mucho tiempo y oportunidad para el debate de las ideas, el aporte de otros sectores y, en definitiva, para concretar, al decir de Hesse o Häberle, aquello de la transparencia y la apertura democrática en el accionar de los sectores que habrán de influir en las instituciones nacionales, en este caso, en el esquema de protección, control y protección de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella consagra.

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

⁹ AAVV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. Lima: Palestra, 2004. p. 133, 1152 y 153.

¹⁰ Véase: AAVV. *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y legislación vigente*. p. 12, 24 y 25.

En el origen y definición del concepto de justicia o jurisdicción constitucional podremos encontrar que:¹¹

“El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional¹² surge con el proceso mismo

¹¹ Aníbal Quiroga León. *Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano*. En: AAVV. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p. 152 y ss.

¹² Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, Fix-Zamudio. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. (1940-1965)*; *op. cit.*, como en el trabajo que tiene con Jorge Carpizo, *La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente*. En: Revista Parlamentaria Iberoamericana, N° 2. Madrid, 1986. En este caso la denota incuestionablemente como justicia constitucional García Belaunde, en *Protección Procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979* en: Revista DERECHO PUC N° 35; P.A. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1981; así como en el ensayo *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, opta sin lugar a dudas por la de jurisdicción constitucional. Kelsen, como bien apunta García Belaunde, las denota indistintamente, quizás por la variedad idiomática o la traducción. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debamos la opción de García Belaunde. Sin embargo, la denominación de justicia constitucional que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor *justicia* dentro del texto constitucional, diferente del valor *justicia* en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (Fix-Zamudio) y un iusfilósofo (García Belaunde) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional en un esquema jurisdiccional. Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver Francisco Fernández Segado, *La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional* en: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N° 1. Madrid: Reus. 1988; Mauro Cappelletti. *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional* en: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984; y Juan Fernando López Aguilar. *Notas sobre la aportación de la justicia constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España*, en: Revista de las Cortes Generales N° 12, Madrid: 1987; al propio Fix-Zamudio en *La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad* (documento de trabajo, fotocopia), Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Bogotá, 1977. Ver también el Prólogo de García Belaunde a la obra de Alberto Borea Odria, *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Lima: Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, 1985, p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*; Sousa Calle Danos Ordoñez en: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima: Cuzco, 1987, p. 281 y ss. Más recientemente, véase Domingo García Belaunde, *De la jurisdicción*

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

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de Cromwell en 1858.¹³ Como lo apunta el propio Schmitt,¹⁴ en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el Siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 de Sajonia de 1931.¹⁵

Por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional”.

Así, también Almagro Nosete¹⁶ señala:

constitucional al Derecho Procesal Constitucional, en: Libro homenaje a Peter Häberle. Lima, Grijley, 2000.

¹³ Carl Schmitt. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos 1983. p. 27 y ss

¹⁴ *Op. cit.*

¹⁵ Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe *De la defensa de la Constitución*, se refiere además a las atribuciones del Tribunal de Justicia Constitucional, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el Gobierno y los Estamentos. *Op. cit.* y cita 5 Stoerk, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

¹⁶ José Almagro Nosete. Breves notas sobre el Derecho Procesal Constitucional. En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Madrid: EDERSA, 1979. p. 684.

Por eso, el Derecho Procesal, recibe del Derecho Constitucional la positivización de los principios y reglas que inspiran o limitan el desarrollo legislativo en materia procesal. Pero, a su vez, el Derecho Constitucional, en cuanto a objeto de tutela jurisdiccional, recoge del Derecho Procesal las técnicas que permiten la primacía efectiva de la Constitución en supuestos de controversia. Al primer conjunto de normas le he denominado Derecho Constitucional procesal. Al segundo, Derecho Procesal constitucional. El "bloque" normativo integrante del Derecho Constitucional procesal está formado, exclusivamente, por preceptos constitucionales y su fin es la fijación, con rango constitucional, de determinados principios y reglas reguladoras del Poder Judicial y de las garantías procesales básicas. En cambio, no todos, ni la mayoría de los preceptos que forman el Derecho Procesal constitucional tienen rango constitucional, porque lo a este conjunto normativo no es el rango de las normas sino la peculiaridad del objeto sobre el que versa el proceso.

Antes que él, el gran procesal constitucionalista mexicano Fix-Zamudio,¹⁷ había señalado que:

"(...) debemos partir de la idea de que existen dos disciplinas que hemos denominado "derecho procesal constitucional" y derecho constitucional procesal", como lo señalamos anteriormente. Aun cuando dichos nombres parecen un juego de palabras como lo considera Domingo García Belaúnde. No lo es, porque la primera es un sector del derecho procesal y la otra del constitucional, aunque ambas son estudiadas por cultivadores de las dos ramas de las ciencias jurídicas, debido a su carácter limítrofe, pero no poseen el mismo contenido, sino diferente, aun cuando tengan su fuente en las normas constitucional.

¹⁷ Héctor Fix-Zamudio. *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977. p.10 y ss. Ver también: *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*. México: Porrúa, 1987, p. 221 y ss. Ver igualmente: *Los problemas contemporáneos del poder judicial*. en: *Grandes tendencias políticas contemporáneas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1986. p. 4.

En efecto, el "derecho procesal constitucional" tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder.

De manera distinta el que se puede calificar como "derecho constitucional procesal" examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en (la) segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran de forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia. Como las dos disciplinas que hemos mencionado tienen por objeto el examen sistemático, pero desde distintas perspectivas, de instituciones procesales, ambas se entrecruzan de manera constante, por lo que deben considerarse como estudios de frontera y de confluencia, lo que requiere de una constante colaboración de los cultivadores de las mismas. Debido a lo anterior, en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se aprobó como la primera de sus condiciones, la recomendación de que: "Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profandidad y en forma integral las materias que corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial".

A partir de esto es posible referirse a la definición que la doctrina le da al denominado Derecho Procesal Constitucional. Según González Pérez:¹⁸

¹⁸ Jesús González Pérez. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1980. p. 49.

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

(...)

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

García Belaunde¹⁹, con singular acierto, resume por su parte, que:

“La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos.²⁰

(...)

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en América Latina, en torno a la Jurisdicción Constitucional. O la Justicia Constitucional, como algunos querían.

¹⁹ Domingo García Balaunde. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* 2ª Edición. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. 2000.

²⁰ Edward S. Corwin. *The “Higher Law” background of American Constitutional Law*. Cornell University Press, 1955.

Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso del Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía Justicia Constitucional cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales,²¹ y jurisdicción constitucional, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez.)²² Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.

(...)

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del Derecho Procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo jurisdiccional puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aún teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como Derecho Judicial, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca²³ lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el Derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del Derecho Público,

²¹ Héctor Fix-Zamudio. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*. México Universidad Nacional Autónoma de México. 1968.

²² Jesús González Pérez, *op. cit.* p. 50.

²³ Juan Montero Aroca. *Introducción al Derecho Procesal Jurisdiccional*. Madrid: Tecnos, 1976.

y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde reconoció que la figura del juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

(...)

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

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

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando -hasta nuevo aviso- el concepto de "Derecho Procesal Constitucional".

Más recientemente, Fix Zamudio²⁴ ha continuado aportando al señalar lo siguiente:

"También debemos estar conscientes que hay una presencia de las diversas disciplinas procesales respecto del derecho sustantivo

²⁴ Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. México: Fundap, 2002. Colección Derecho, Administración y Política. p. 19-23 y 38-39.

es relativamente reciente y que ese desprendimiento ha sido paulatino, comenzando por el derecho procesal civil y penal, y sólo posteriormente los derechos procesales administrativos, de trabajo, agrario, etc. y una de las ramas más modernas, sino es que debe considerarse la más actual, es precisamente el Derecho Procesal Constitucional.

(...)

26. Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, (...) pero se ha convertido en un verdadero tribunal constitucional ya que la mayoría por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos, por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo que se llama stare decisis (obligatoriedad de precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones”.

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

Ello, claro está, se encuentra determinado por ciertos límites, los mismos que en principio podremos encontrar en el propio texto constitucional y que responden en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político, con una expresión y un ropaje jurídico;²⁵ en tanto que, en otros

²⁵ “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico” (citado por Kaegi).

casos estos límites pueden encontrarse en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales; éstas, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional puesto que su contenido se refiere al mismo, desarrollándose sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta Constitucional, de la que, como hemos visto, emana la naturaleza normativa de la misma.

Una primera y rápida revisión de la Constitución peruana de 1993 nos podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el artículo 200 de la Carta Constitucional; puesto que si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993 encontraremos que en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado artículo 200, tenemos que el artículo 138, en su segunda parte y el artículo 202, inciso 3, forman parte también del Derecho Procesal Constitucional peruano.

Así este esquema determina que indiscutiblemente son ocho los procesos constitucionales contemplados en nuestra Carta Constitucional, aunque sin mayor sistematicidad, y que conforman el marco de instrumentos orgánicos y de las libertades del Derecho Procesal Constitucional peruano en la hora actual, los que a continuación se enumeran:

1. Control difuso o *judicial review* de la constitucionalidad de las normas legales (artículo 138, segunda parte).
2. Acción de *hábeas corpus* (artículo 200, inciso 1).
3. Acción de *amparo* (artículo 200, inciso 2).
4. Acción de *hábeas data* (artículo 200, inciso 3).
5. Acción de *inconstitucionalidad de las leyes* (artículo 200, inciso 4).
6. *Acción popular* (artículo 200, inciso 5).
7. *Acción de cumplimiento* (artículo 200, inciso 6).
8. *Contienda de competencia constitucional* (artículo 202, inciso 3).

Por ello, se puede organizar en un primer intento todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: (i) las acciones de control constitucional de defensa orgánica, y (ii) las acciones propiamente de garantía o de defensa de las libertades. La diferencia entre ambos tipos

de procesos constitucionales radicarán en su objeto, finalidad, naturaleza y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestado además el tipo de proceso a través de la pretensión específica, y sus efectos, que se vaya a solicitar al juzgador constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es:

- (i) el difuso (*judicial review*) o Americano, y
- (ii) el concentrado o europeo.

Lo antes expuesto determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales, donde sólo existe sistema de control concentrado, que la “jurisdicción constitucional” pueda ser válidamente ejercida, no solamente por los magistrados del tribunal constitucional, sino también por los magistrados ordinarios del poder judicial (los que así reúnen permanentemente una doble cualidad inmanente de jueces ordinarios y jueces constitucionales), cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio podemos decir que la “jurisdicción o justicia constitucional” es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del poder judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso), contemplada ahora en el artículo 138, segunda parte, de la Constitución; como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades.

Se ha señalado que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radica fundamentalmente en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional. Así, son dos los tipos de procesos constitucionales: los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades, y cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme le está reconocido por la Constitución, y las acciones de control constitucional u orgánicas, cuya pretensión objetiva, en todas sus variantes, estará dirigida a preservar y defender en

abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado, a través de sus órganos y organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

De acuerdo con lo expuesto, la reformulación del orden constitucional y su deficiente estructuración, en el artículo 200 de la Carta Constitucional, conforme a su adecuada naturaleza, serán propiamente acciones o mecanismos de control constitucional orgánico:

- (i) La acción de inconstitucionalidad.
- (ii) El control difuso de la constitucionalidad de las leyes.
- (iii) La acción popular.
- (iv) La contienda de competencia constitucional.

Por su parte, serían propiamente acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades:

- (i) El hábeas corpus.
- (ii) La acción de amparo.
- (iii) El hábeas data.
- (iv) La acción de cumplimiento.

III. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y SU TRATAMIENTO POR EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El “control difuso” o, también llamado el control judicial de la constitucionalidad de las leyes nace, como lo reconoce hoy de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, como consecuencia de la expedición de la célebre sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, en un *writ of mandamus* (una suerte de “acción de cumplimiento”) bajo la presidencia del *Chief of Justice John C. Marshall*. Tal sentencia 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.²⁶

El llamado “sistema difuso” o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes, basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial; a saber: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional “innominado” de toda Constitución escrita²⁷. 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 difundido, difundido entre todos los Jueces del poder judicial), como un atributo de éste y no susceptible de transvase por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos Inter-partes y mediante declaración judicial de inaplicación, sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe 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, sólo en tanto y en

²⁶ Dale Furnish. *La revisión judicial*. p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte más importante de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo traducido al español en: *Lecturas sobre temas constitucionales*, No. 2. Lima. 1988. p. 100 y ss.

²⁷ Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de Estados Unidos 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 desde 1803, siempre dentro del poder judicial. Ver Dale Furnish, *op. cit.* p. 96 y 97.

cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible.²⁸

Así aparece de modo uniforme entre nosotros, en los artículos 8 de la LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL(D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979(D), 138, segunda parte, de la Constitución de 1993, en vigencia, y 14 del T.U.O. de la LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, que dice:

“Art. 14.- De conformidad con el Art. 236²⁹ de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Los son igualmente las sentencias en segunda instancia en las

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 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.* p. 90 - 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. Pontificia Universidad Católica del Perú. del Perú, Lima, 1996.

²⁹ Véase el artículo 138, 2ª parte, de la Constitución Política peruana de 1993.

que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

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

El Código Procesal Constitucional peruano inicialmente ha pretendido regular este instrumento de control constitucional, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, de la siguiente manera:

“Art. VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”.

Como se puede ver el Código Procesal Constitucional peruano ha regulado en un principio el instrumento del control difuso de control constitucional tímidamente, de manera genérica, casi sin convicción respecto del mismo, casi sin tener en consideración el antecedente normativo sobre el particular, y en forma asistemática, debido que este cuerpo normativo no mejoró, ni sustituyó, ni derogó (al menos en una simple revisión del título XIII - Disposiciones transitorias y derogatorias) el aún vigente artículo 14 del TUO de la LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL, produciendo un innecesario conflicto de interpretaciones; es decir, en este aspecto, en vez de mejorar se ha retrocedido en el inicio de su normatividad.

En un análisis comparativo, como ya se ha visto, el artículo 14 del TUO de la LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL peruana fue la norma que desarrolló la parte conceptual y procesal de manera adecuada a la *judicial review*, o sistema de control difuso en el Perú, mucho más simple clara y completa que aquella que hoy, trece años después, viene a ofrecer inicialmente el novísimo Código Procesal Constitucional, máxime si la citada norma ha regulado el procedimiento que el magistrado ordinario puesto en el ropaje y en el talante de juez constitucional, debe seguir para dar cumplimiento a dicho instrumento constitucional, y que deberá aplicarse en cada situación en particular, llegando hasta la propia

intervención de la propia Corte Suprema de Justicia de la República. Este simple hecho se comprobaba con lo establecido en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional Peruano, que excluye de manera expresa, como objeto del mismo, la regulación del control difuso:

“Art. I.- Alcances.-

El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200° y 202° inciso 3) de la Constitución”.

Esta regulación inicial exigua de la *judicial review*, por parte del Código Procesal Constitucional Peruano, parecería indicar la poca convicción de sus autores sobre este instrumento de control orgánico, o su limitación para el adecuado manejo e interrelación del mismo con el resto del sistema, y parte del hecho de desconocer que ésta 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”, “inter partes”, nunca le puede relevar de su función de hacer “reparto” o “distribución de los bienes jurídicos tutelados”, cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos, materia de la controversia judicial; y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de “contralor concreto de la Constitución” como parte adicional de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario, y con una pretensión material y concreta.

Sin embargo, una reciente modificación del Código Procesal Constitucional³⁰ ha venido en gran parte a corregir esto, ya que si bien se mantiene el tenor del artículo VI de su *Título Preliminar*, incorpora de

³⁰ Efectuada mediante la Ley N° 28946 de 24 de diciembre de 2006.

manera más franca el ejercicio del *control difuso* al interior de los procesos constitucionales de la libertad en el Perú. Esta norma modificatoria señala, siguiendo el criterio del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo siguiente:

“Art. 3.- Procedencia frente a actos basados en normas.

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.

Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos los casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

(...)

La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley”.

IV. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Por otro lado, la justicia constitucional concentrada, o *ad-hoc*, bajo el modelo kelseniano, que corresponde al tribunal constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, y hasta opuestos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios del presente (la doctrina francesa la llegó

a denominar despectivamente la “dictadura de los jueces”, aludiendo a su no legitimación popular directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre la otra, ni viceversa. Simplemente, corresponde enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquélla es subjetiva, ésta es abstracta, puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, esta es *erga omnes*; mientras aquélla está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, ésta se halla concentrada en un sólo órgano diseñado en la Constitución para ese efecto; mientras aquélla surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad 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. El resumen magistral que de esto hace Fix-Zamudio³¹ resulta, sin duda, esclarecedor:

“En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es concentrado, principal, general y constitutivo”.

Si lo anterior es así, cabe concluir que no se debe, ni se puede, esperar que el tribunal constitucional ejerza válidamente la atribución de la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes; es decir, de la acción directa del control de las leyes, ya que ésta es abstracta y aquélla pertenece al ámbito específico de la competencia exclusiva y excluyente del poder judicial, conforme la inequívoca acepción de la segunda parte del artículo 138 de la Carta Constitucional, sistemáticamente situado dentro del capítulo reservado al poder judicial

³¹ Héctor Fix-Zamudio. *La justicia Constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*. En *Latinoamérica: Constitución, proceso y Derechos Humanos*. México:1988. p. 337 y ss.

(lo que la Constitución reserva expresamente para un órgano, excluye implícitamente, para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden válidamente analogizar, ni extender interpretativamente, pues son taxativas y excepcionales; al respecto, baste ver el principio general del derecho, contenido en el artículo del Título Preliminar del Código Civil.³² De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el poder judicial ¿No se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución, puede también ser extendida a cualquier otro órgano del Estado aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente, debe reconocerse que la doctrina del tribunal constitucional en la justicia constitucional *ad-hoc*, o concentrada, es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución; por su parte, el control constitucional, con la *judicial review*, a través del poder judicial, es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso, en la mayoría de los casos, la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del tribunal constitucional, en el modelo de justicia constitucional concentrado o *ad-hoc*, antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *judicial review*, basada en el poder judicial, no siempre bien dispuesto o en aptitud de repetir adecuadamente el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *common law*.³³

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la jurisdicción negativa de la libertad (artículo 202, inciso 2 de la Constitución), dado que dicha facultad, expresa, pero excepcional por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional, siempre que hayan sido denegadas a quien las pretende, por parte del poder judicial y siempre que al mismo tiempo medie recurso de agravio constitucional (artículo 18 del Código Procesal

³² *Código Civil Peruano. Título Preliminar.*- Art. IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

³³ Luis Marcelo De Bernardis. *La garantía procesal del Debido Proceso*. Lima: Cuzco. 1995. p. 82 y ss.

Constitucional). Esto significa que, en la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad, el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer caso, sí hay un caso concreto, partes adversarias y derechos subjetivos en controversia. No se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente. Por ello, como parece obvio, en la jurisdicción negativa de la libertad el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review*, como derivación judicial (reconducción desde el poder judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar³⁴, con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de autocontrol de sus poderes o *self restraint*, que ha caracterizado siempre su actividad y funcionamiento, en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

V. LAS ACCIONES DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LAS ACCIONES DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución peruana de 1993 agrupa a estas acciones en conjunto, sin una clasificación ordenada ni debidamente sistematizada, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales y de interpretación. Este mismo derrotero ha sido seguido por el Código Procesal Constitucional Peruano, que no deslinda estos dos tipos de acciones. Esto, según González Pérez,³⁵ responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del Derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal.

³⁴ Ver supra No. 21 ab-initio.

³⁵ Jesús González Pérez, *op. cit.* p. 50.

En adición a lo antes expuesto habría que señalar que, no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una ley orgánica que regule todas las acciones de garantía constitucional,³⁶ hasta el año pasado no se habían dado pasos en serio que condujeran a tal finalidad, la promulgación de un Código Procesal Constitucional, como se ha logrado al fin ahora, no sin algunos problemas en su concepción.

Uno de estas peculiaridades radica ahora en el afán de “rebautizar” absolutamente todos los instrumentos del Derecho Procesal Constitucional en el Perú, sobre la presunta base de un “purismo procesal” que tampoco se llega a entender, ni mucho menos a compartir. Con ello, se abandona, sin mayor explicación sólida, una incipiente tradición y uso de casi veinticinco (25) años que, sin duda, facilitaba su uso. En Perú ha sido tradicional ese afán de crear y recrear un “derecho originario”, a veces extravagante, que nadie conoce y que nos hace creer fundadores de doctrinas tan especializadas como ocultas, en apariencia imprescindibles e infalibles.

En otro aspecto, en todas las acciones de garantía y en las de control constitucional se ha cambiado, sin necesidad, sentido ni modernidad alguna (aquí sí hubo olvido de la modernidad que se invoca en otras partes) para optarse por el concepto de la prescripción, conforme se denota en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, abandonándose a su moderno y seguro sucedáneo de la caducidad, tal como la ley expresa y lo regula a la fecha. Se trata entonces de una institución de orden público y fatal, que hace desaparecer la pretensión material válidamente invocable y, sobre todo, que debe ser apreciada de oficio, para retrocederse a la de prescripción, siendo que en estos procesos no caben las excepciones, y que los jueces, por imperio de la ley, con excepción de alguna inadmisibilidad, no pueden apoyar ni invocar una prescripción extintiva que no ha sido invocada por las partes. De tal manera, el Código Procesal Constitucional Peruano olvida el carácter de orden público constitucional que tienen las acciones de control y las de garantía constitucional.

³⁶ Entiéndase por ello el que todos los procesos constitucionales de control y garantía previstos en el artículo 200 de la Constitución de 1993, más la contienda de competencia (artículo 203) y el control difuso o revisión judicial de las leyes (artículo 138, Segunda Parte), debían ser sistematizados en una ley orgánica como lo ordenaba la Constitución, artículo 200, *in-fine*. Ver *supra*: Introducción.

Para el adecuado ejercicio de la jurisdicción de la libertad o de garantía constitucional, se han puesto tantos requisitos para su admisibilidad, más que en el Código Procesal Civil, sobre todo en el caso del amparo constitucional (a tal efecto baste una lectura del artículo 42 del Código) que se facilitará su rechazo liminar, no sólo cuando carezca de sentido, sino cuando teniéndolo y mucho, al implicar una lucha contra el poder político de turno, el juez provisional, timorato o taimado, decida deshacerse de un proceso incómodo o “políticamente caliente”. Esta previsión parece colisionar con lo previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, del cual Perú es signatario, y que señala lo siguiente:

“Art. 25º.- Protección Judicial.-

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o Tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocido 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”.

Esto permitirá un escaso desarrollo jurisprudencial en esta materia, al generar incentivos a los juzgadores en la expedición de resoluciones inhibitorias, por la falta de simples requisitos formales. Ello, aunado a los problemas políticos que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional, por la inevitable, y hasta necesaria y saludable, confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de que la naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización, “concretización”,³⁷ aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo proactivo, progresivo y creativo de estos instrumentos de defensa y control constitucional.

VI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

³⁷ Honrad Hesse. *La Interpretación constitucional*; citado por, Aníbal Quiroga León, *La interpretación constitucional*, en: DERECHO PUC, No. 39, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 323 y ss.

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el “Órgano de control de la Constitución”.³⁸ Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia en el 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 “modelo europeo” o de “justicia constitucional concentrada”,³⁹ con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Como órgano de control de la Constitución, al Tribunal Constitucional 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 obligatorio 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 o 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. Se debe tener 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, y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado premoderno. En el moderno Estado de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que su gran lema de lucha, que hoy está más vigente que nunca, ha sido el cambio cualitativo logrado frente el antiguo y arbitrario *government by men*, por el actual, democrático y

³⁸ Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el gobierno transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001, se ha sugerido que la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de intérprete supremo de la Constitución. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución Española de 1978, desarrollada en el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.

³⁹ Héctor Fix-Zamudio. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1968)*.

jurídico *government by laws*.⁴⁰ Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la **lex superior** o **higher law**.

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

En la Constitución Peruana, el Tribunal Constitucional se haya definido específicamente en el artículo 201, al señalar como características del mismo, las siguientes:

- a. Ser el órgano del control constitucional.
- b. Ser autónomo e independiente.
- c. Estar compuesto por siete miembros, denominados magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años no reelegibles para un período adicional, salvo dejando pasar un periodo.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra Carta Magna, en función de lo expuesto con anterioridad. Esta deficiencia no ha sido superada por el Código Procesal Constitucional, el cual no perfila el verdadero rol interpretativo del Tribunal, que se infiere en lectura muy indirecta del tercer párrafo del artículo VI del título preliminar de dicho cuerpo normativo:

*“Art. VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional
(...)”*

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios

⁴⁰ Kaegi y Von Ihering, citados por Eduardo García De Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas. 1985. p. 49 y ss.

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

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 1929,⁴¹ 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, vinculante y obligatorio, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, recreación y determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular, cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional será la tarea esencial del Tribunal Constitucional, la que también debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual muy diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas, sean “autoaplicables”, “programáticas” o “estructurales”), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado sería erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado control concentrado o *control ad hoc*, de índole abstracto, y por tanto incompatible en ese y en otros puntos con el control difuso o *judicial review*, en donde corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto, sin referencia a

⁴¹ Aníbal Quiroga León. *Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano. En: Sobre la Jurisdicción Constitucional*, (Aníbal Quiroga León-Compilador). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p. 153 y ss.

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 regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como legislador negativo, según Kelsen;⁴² es decir, con poder derogatorio directo (artículo 204 *ab initio* de la Constitución), creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una “norma sub-constitucional”⁴³, de la que es titular el Tribunal Constitucional como “constituyente delegado”. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico de que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el artículo I del título preliminar del Código Civil peruano,⁴⁴ se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. No obstante eso, debe anotarse que el concepto originario de “legislador negativo” se halla a la fecha ampliamente superado por las

⁴² El calificativo de “*legislador negativo*” que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no 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 austriaco. Escribió Kelsen: “*un tribunal facultado para anular leyes -en forma individual o de manera general- funciona como un legislador en sentido negativo*” (citado por Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEC, 1981, p. 6 y ss. (entre paréntesis agregado)). La cita de Kelsen está en: *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de García Maynes, México: UNAM, 1979, p. 303 - 334.

⁴³ Alonso García. *La interpretación constitucional*. Madrid: CEC, 1984, p. 13.

⁴⁴ *Código Civil Peruano. Título preliminar*. Art. I.- La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

doctrinas italiana, española y alemana, proveniente de sus respectivas cortes constitucionales.⁴⁵

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

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía "quirúrgica" del sistema jurídico, al decir de Fix-Zamudio, la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el "vacío" que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una "situación de mayor inconstitucionalidad" en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

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

La acción popular es uno de los instrumentos de control constitucional y legal del Derecho Procesal Constitucional que provee la Constitución Política del Estado a los justiciables, para el control de la

⁴⁵ Eliseo Aja. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada; es decir, para el control en sede judicial de las normas administrativas con carácter general cuando éstas contravengan la Constitución o las leyes. Es por tanto una acción de control directo de la legislación derivada, ley en sentido material, de orden abstracto, de puro derecho en trabajo de subsunción interpretativa, y de legitimación abierta, sin requerir factor de conexión entre la norma dubitada y el agente que aparece como reclamante, cuya titularidad corresponde al poder judicial como agente del control constitucional.

Al respecto, el artículo 84 del Código Procesal Constitucional Peruano, abre de modo desmedido e innecesario la legitimación activa en dicho proceso de control constitucional, de suyo abierta. No existe un límite para ello, pudiendo hasta una persona extranjera, natural o jurídica, poseer dicha calidad, sin tener un sustento teórico concreto en la exposición de motivos respectiva. Es decir, personas que luego van a carecer de responsabilidad absoluta respecto de lo que hagan o pidan.

La doctrina y la legislación ponen en sede del poder judicial, la posibilidad de que éste, de un modo abstracto, pueda determinar si aquello normado por la Administración Pública en la legislación derivada, se adecua o no a los parámetros establecidos en la ley y en la Constitución.

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

Nuestra Carta constitucional ha optado por otorgar competencia al poder judicial para que en su sede se determine, a través de la acción popular, si los reglamentos y normas administrativas que tienen efectos generales, colisionan con la ley y con la Constitución, debiéndose realizar

el examen de la legalidad y constitucionalidad de la norma acusada de violación, en el orden antes señalado, pues no toda "ilegalidad" supone siempre una necesaria "inconstitucionalidad".

El artículo 94° del Código Procesal Constitucional Peruano regula, de manera "novísima", la posibilidad de concederse medidas cautelares en el proceso de acción popular; es decir, de lograr derogaciones o nulidades, cuando no está de por medio ningún derecho particular, ninguna pretensión material ni subjetiva, desnaturalizando así la finalidad misma de la medida cautelar. Sin embargo, similar criterio no se adopta en el caso del denominado "proceso de inconstitucionalidad", desconociendo las razones por las cuales se realiza la diferenciación, al tener ambos procesos la misma naturaleza.

Sin perjuicio de lo expuesto, la acción popular, como mecanismo de control constitucional, tiene como única finalidad la de preservar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos y normas administrativas de carácter general, y para que ello sea determinado por el juzgador constitucional, deberá necesariamente llevarse a cabo un exhaustivo análisis de subsunción de la norma que supuestamente vulnera la ley y/o la Constitución. Tal examen debe partir de la indispensable labor interpretativa de la ley y la Constitución. En este análisis se debe considerar, indispensablemente, la premisa básica de interpretación de que toda norma nace siempre bajo la presunción de ser válida y constitucional.

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

Como se ha señalado, el conflicto de competencia es también un proceso constitucional, cuya finalidad es la interpretación del texto constitucional y el control, por parte del tribunal constitucional, del ejercicio de las facultades que le son atribuidas a las diferentes entidades del sector público. Es un proceso que puede clasificarse dentro de la jurisdicción constitucional como de control de la constitucionalidad, legalidad y cumplimiento de las competencias constitucionales y legales.

Los procesos constitucionales sobre conflicto de competencia pueden ser clasificados así:

- (i) Conflicto negativo de competencia. Cuando un órgano demanda ante el Tribunal Constitucional para que se le atribuya una competencia a su contendor, desprendiéndose de ésta mediante una interpretación vinculante.
- (ii) Conflicto positivo de competencia. Cuando un órgano constitucional demanda al Tribunal el que se le atribuya una competencia determinada, que es contestada o disputada por su contendor, a quien se la deberán restar explícitamente mediante interpretación vinculante.

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

El artículo 109 del Código Procesal Constitucional Peruano, señala que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia se limita a los siguientes conflictos de competencia:

- (i) Entre el poder ejecutivo y uno o más gobiernos regionales o municipales.
- (ii) Entre dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí.
- (iii) Entre los poderes del Estado entre sí o cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí.

Sin embargo, otra innovación realizada por el Código Procesal Constitucional Peruano es el uso del nombre "proceso competencial", que no tiene parangón en la doctrina comparada, parece estar reñido con la propia semántica de la lengua española. Además, viene a contramano de lo previsto en el propio Código Procesal Civil Peruano que llama a esta institución como "contienda de competencia" o "proceso de contienda de competencia".

Finalmente, hasta la fecha el Tribunal Constitucional Peruano no ha desarrollado una jurisprudencia considerable respecto a esta competencia. Este proceso constitucional de naturaleza orgánica no ha

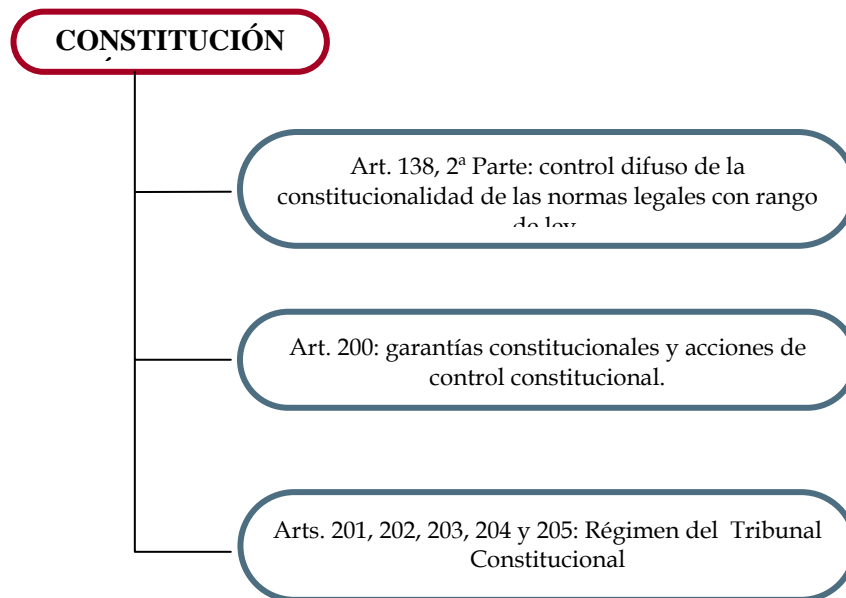
tenido tal vez la importancia que, por ejemplo, ha logrado en España, a raíz de los conflictos que cotidianamente surgen entre el gobierno central y las diversas comunidades autónomas. Quizás en el futuro cercano, cuando los procesos de regionalización avancen y vayan consolidando en las llamadas macroregiones, podamos observar mayor injerencia del Tribunal Constitucional en este instrumento del control orgánico de la Constitución.

Anexo I

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

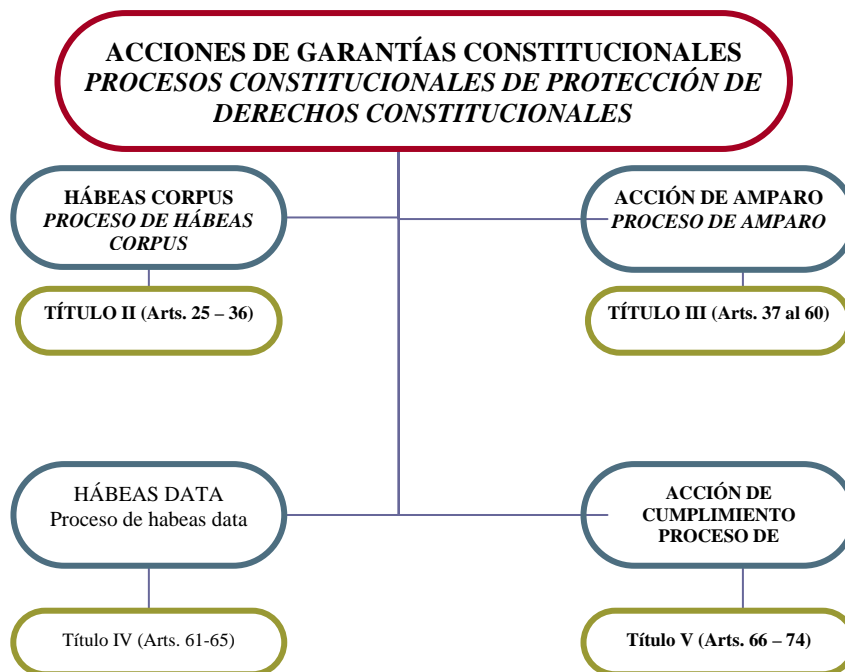
-ESQUEMA-

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PROCESAL CONSTITUCIONAL



ANEXO II

LEGISLACIÓN SOBRE ACCIONES DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
Y CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL
LEY 28237 (31.05.2004)



ANEXO III

LEGISLACIÓN SOBRE ACCIONES DE CONTROL CONSTITUCIONAL

