

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: EL MODELO PERUANO

Víctor García Toma

Aspectos generales

Dicha acepción alude al órgano o conjunto de órganos estatales encargados de impartir justicia en materia constitucional. Por ende, tiene la facultad de conocer y resolver los conflictos vinculados con la prelación jerárquica de las normas adscritas a un determinado ordenamiento jurídico; la amenaza o efectiva vulneración de los derechos fundamentales; el conflicto de competencias o atribuciones entre dos o más órganos u organismos constitucionales; y la renuencia de un ente estatal a acatar el cumplimiento de una norma o acto administrativo.

La jurisdicción constitucional es aquel instrumento institucionalizado que teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y *la necesidad de someter el ejercicio del poder estatal a la racionalidad del derecho*, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental. Su existencia ratifica y preserva la fuerza normativa de la Constitución.

Dicha jurisdicción deviene en el comisionado o vocero que instituye el poder constituyente, a efectos que se encargue del cuidado y resguardo de la constitucionalidad. Para tal cometido, se le ha asignado la función de intérprete del contenido preceptivo del texto supra; amén de garante de su despliegue y adaptación a los retos del tiempo.

Dentro de la jurisdicción constitucional es donde se ejerce la actividad del control constitucional. Por ende, viabiliza la utilización del conjunto de procesos que permiten asegurar la plena vigencia y respeto del orden constitucional; al cual se encuentra sometido toda la normatividad que emane de los poderes constituidos y la conducta funcional de sus apoderados políticos.

El orden constitucional se ve garantizado en su realización y continuidad a través de la referida jurisdicción.

El Tribunal Constitucional en el caso Presidente de la República (Expediente N° 00020-2005-PI/TC) ha señalado que la Constitución exige que las normas ya creadas o las que se creen tras su vigencia sean compatibles y armónicas con ella: caso contrario deben ser expulsadas del ordenamiento constitucional. Para tal efecto, existe una jurisdicción especializada sobre la materia.

Dicha tutela –como advierte Pablo Lucas Murillo de la Cueva [“El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía popular”. En: *Ius et Praxis*, N° 14. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989]– revierte necesariamente en la protección de los derechos fundamentales de la persona; más aún –como afirma el propio Murillo–, tal actividad contralora implica la culminación del *Estado Constitucional de Derecho*, en la medida que constituye la máxima expresión del proceso de justificación y racionalización de la vida política.

Como señala Karl Loewenstein [*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984]: *“La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda, por el hombre político, de las limitaciones del poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a [...] la autoridad existente”*.

La jurisdicción constitucional opera como un órgano o conjunto de órganos de poder o extrapoder, según sea el caso, encargada de defender la eficacia y efectividad del sistema constitucional. Para ello cuenta con una fuerza político-jurídica capaz de detener, revertir, enmendar, subsanar, inaplicar y hasta invalidar cualquier norma o acto generado por un operador estatal o un particular, contrario a un principio, valor o precepto contenido en el texto fundamental. Más aún, deviene en expresión de su propia eficacia y dinamismo.

1.- Los alcances de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional solo cobra sentido plenario en el seno del Estado Constitucional de Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes y gobernados; el eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado; el asegurar el sometimiento de este a la Constitución y al orden jurídico derivado de esta; y el velar por la afirmación de los derechos de la persona.

Ernesto Blume Fortini. [*El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*. Lima: Ersa, 1996] expone que la jurisdicción constitucional defiende y preserva la constitucionalidad, entendida esta como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que esta diseña.

Víctor Ortecho Villena [*Jurisdicción y procesos constitucionales*. Lima: Rodhas, 2000] señala que “la constitucionalidad como expresión jurídica, política y social es la expresión de la supremacía de la Constitución”. En ese aspecto, la jurisdicción

constitucional supone la imagen de un "guardián de la constitucionalidad".

La constitucionalidad implica la situación que acredita que las autoridades se encuentran comprometidas cabal y seriamente en la realización de los fines, metas y objetivos constitucionales; cumplimiento para el cual –entre otras importantes tareas– se requiere de manera imprescindible que sea complementada con una pluralidad de leyes y demás normas de inferior jerarquía que aseguren su operatividad y funcionamiento.

Este "desarrollo" de la Constitución implica que los legisladores, magistrados, funcionarios de la administración pública y particulares manifiesten a través de sus acciones una vocación de lealtad, fidelidad y nobleza plena con sus postulados; lo cual conlleva, a su vez, que las tareas legislativas encuentren su compatibilización formal y material con la Constitución.

La conexión congruente, eurítmica y simétrica entre los postulados de la Constitución y las normas infraconstitucionales, establece y define el marco de la constitucionalidad.

El control que se ofrece dentro de la jurisdicción constitucional implica asegurar la regularidad del ordenamiento jurídico, así como la tarea paulatina de su *integración* mediante la interpretación dinámica de la Constitución; en este último rubro expresa la actividad de intérprete sumo de la constitucionalidad.

Esta labor interpretativa-integrativa de la constitucionalidad es vinculante para todos los poderes públicos y expone una acción creadora de efectos genéricos hacia la sociedad. Como señala Luis Sánchez Agesta [*Curso de derecho constitucional comparado*. Madrid: Universidad Complutense, 1980], la jurisdicción constitucional "representa la eficacia práctica frente a la inmutabilidad y la adaptación frente a la cristalización de una ley falsamente divinizada".

Entre los fundamentos sobre los cuales se erige la noción de jurisdicción constitucional, tenemos los siguientes:

a) *La Constitución es un corpus normativo* que enuncia regulaciones preceptivas, principios y valores que la elevan a la condición de centro del ordenamiento jurídico-político-social de una colectividad y por donde transitan todos los aspectos medulares del derecho nacional. Como afirma Luis Carlos SÁCHICA [*El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Bogotá: Temis, 1988], las normas constitucionales no derivan ni son consecuencia del desarrollo de otros preceptos superiores que pudieran orientar y/o condicionar su aplicación, sino que se trata de un conjunto de "normas de normas".

La existencia de las normas constitucionales tiene una relación inmediata y directa con los hechos políticos, históricos y culturales determinantes de su tendencia, contenido y finalidades de su modo de ser preceptivo, los mismos que son condicionantes a su vez de todo el orden normativo nacional.

Walter F. Carnota ["La interpretación constitucional". En: *Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001] señala que la Constitución es el referente de vida de todas las demás normas positivas; por ende, "no es un mero catálogo de ilusiones (*wish list*) en donde se apilan y amontonan las aspiraciones sociales, sino que es fuente de legalidad; cuyos preceptos obligan de manera imperativa".

Al colocarse a la Constitución en la cúspide o cima del ordenamiento jurídico se requiere y exige que las demás normas del sistema le deban fidelidad y acatamiento; de allí que estas últimas tengan que ser redactadas y aprobadas de manera consistente, congruente y compatible con sus sentidos y alcances axiológicos, teleológicos, basilares y preceptivos.

b) *La Constitución tiene efectos vinculantes erga omnes*, ya que es de acatamiento obligatorio tanto por los gobernantes como por los gobernados.

Pablo Lucas Verdú ["Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes". En: *Separata de Constitución y Gobernabilidad*. Lima: Instituto de Gobierno de la USMP, 2008] expone que la jurisdicción constitucional asegura el orden constitucional en la medida que garantiza que el texto supra sirva de patrón o medida inexcusable en las relaciones político-jurídicas de una comunidad.

Así, *la relación entre gobernantes y gobernados y todo el funcionamiento de la organización estatal se rige por la Constitución*. Esto es, la sociedad política "vive" bajo una Constitución; empero no debe olvidarse que la Constitución es aquello que sus intérpretes oficiales dicen que es.

c) *La Constitución contiene un programa político y asume un modelo de sociedad*, que se debe asegurar en su proclamación y goce, teniendo los derechos fundamentales de la persona, en ese contexto, particular importancia.

Alrededor de la jurisdicción constitucional se entrelazan los sistemas o modelos encargados de la tarea de la salvaguarda de la constitucionalidad, y los procesos a través de los cuales se vela por la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona.

Su existencia se justifica en razón de la necesidad de revisar la inquietante y creciente "voracidad" legislativa de los órganos estatales; por la necesidad de asegurar la vigorosa defensa de los derechos fundamentales

como valladar frente al abuso y la arbitrariedad estatal y el abuso en las relaciones entre privados; y por la necesidad de integrar las lagunas constitucionales.

1.1.- Los presupuestos jurídicos de la jurisdicción constitucional

Desde nuestro punto de vista los elementos esenciales para el establecimiento de la denominada jurisdicción constitucional serían los siguientes:

a) *La existencia de una Constitución morfológicamente rígida*

Las constituciones rígidas son aquellas que formalmente solo pueden ser modificadas mediante un procedimiento especial de reforma. Como afirma James Bryce [*Constituciones rígidas y flexibles*. Madrid, 1952], así queda garantizada la supremacía normativa del texto supra.

Dicho presupuesto, permite distinguir los alcances del poder constituyente y los poderes constituidos.

Néstor Pedro Sagüés [*Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997] expone que la rigidez es la expresión denotadora que permite percibir a la Constitución como una super ley.

b) *La existencia de un órgano de control de la constitucionalidad dotado de competencias resolutivas*

Los órganos encargados de la defensa y control de la constitucionalidad deben encontrarse dotados de competencias que les permitan apartar, anular o inaplicar la normatividad infraconstitucional contraria a los principios, valores y normas de la Constitución. Por consiguiente, no basta la mera indicación, sugestión, opinión o advertencia; se requiere contar con el atributo de la vinculación obligatoria e inapelable de sus decisiones.

c) *La existencia de un conjunto de procesos y procedimientos que permitan orientar las demandas o solicitudes relativas a la defensa del control de la constitucionalidad; los mismos que deben concluir con resoluciones o sentencias en donde se utilicen las técnicas propias del derecho*

En ese sentido, se deben determinar los tipos de acciones procesales, las reglas de organización judicial, el marco competencial, el trámite de los procesos y la ejecución de las *decisiones* relativas al órgano contralor.

Las *decisiones* que se adopten deben responder al conjunto de rubros vinculados con el quehacer jurídico (léxico, forma de razonamiento, tipo de interpretación, aplicación e integración normativa, etc.).

d) *La acción u omisión de un órgano estatal o de una persona sujeta a una acción determinada forma de*

actuar según la Constitución; y cuya consecuencia sea la vulneración de lo por ella dispuesto.

1.2.- La naturaleza de la jurisdicción constitucional

Los órganos encargados del control de la constitucionalidad tienen una naturaleza funcional binaria; vale decir, constan de dos elementos: el jurídico y el político.

Ello, en razón a que como expusiese el máximo órgano de justicia norteamericano en el caso Estados Unidos vs. Classic (1941), la Constitución de un lado, es un instrumento de gobierno; y del otro es poseedora de un carácter jurídicamente vinculante de sus prescripciones.

Fernando Serrano Migallón ["Jurisdicción constitucional y política". En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009] señala que estos están dotados de fuerza política y funciones jurídico-arbitrales de custodia y garantía.

La protección de la Constitución se viabiliza en muchas oportunidades a través de procedimientos y técnicas jurídicas pero con contenidos y proyecciones sustancialmente políticas.

El primer elemento es jurídico en la medida en que dirime conflictos y controversias vinculadas con las conductas institucionales o personales sujetas a un orden coactivo, a través de un proceso cuyas decisiones adquieren la autoridad de cosa juzgada, las cuales son factibles de ejecución. Para tal efecto, tiene como referente inexorable toda la dogmática emergente de la ciencia jurídica.

Este componente jurídico aparece cuando a petición de un justiciable, se busca a través de una *litis*, el esclarecer la verdad de los hechos que afectan el orden constitucional, haciendo prevalecer mediante una sentencia las prescripciones de la Constitución y las demás normas del bloque de constitucionalidad.

Así, aparecen la competencia de *decisión* en donde se declara judicialmente la resolución de un conflicto; la de *ejecución* que permite al ente exigir que se cumplan sus mandatos dentro de los límites por él señalados; la de *coerción* que implica constreñir la voluntad ajena o apremiar a través del poder de policía; y la de *documentación* que tiene sustento en la necesidad de acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales; así como en la de fijar indubitadamente en el tiempo, el modo y estilo como se desarrollará dicha actividad procesal.

En suma, la actividad jurisdiccional permite o impele a exigir a una persona jurídica o natural, el cumplimiento de una determinada conducta jurídica.

El segundo elemento es político en la medida que es la fuente de sus poderes, y, por ende, es basa para el

ejercicio dos de las funciones de gobierno: la contralora y la gubernativa.

Mediante la *función contralora* deviene como plantea Alfonso Santiago (h) ["Los modelos institucionales de la Corte Suprema". En: *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Aboco, 2000] en una suerte de "contrapoder" en tanto cautela que las actividades legislativas y las decisiones de gobierno sean compatibles y armoniosas con la Constitución; la que como tal deviene simultáneamente en el proyecto de vida comunitaria pactado por el pueblo, en el estatuto de poder de las relaciones entre gobernantes y gobernados, en la póliza de salvaguardarla de los derechos fundamentales de la persona y en la base y fundamento del orden político-jurídico.

Eduardo Ojeriza [Citado por Alfonso Santiago (h). ob. cit.] señala que "la atribución de declarar la inconstitucionalidad del accionar de los poderes determina que [...] participen en el terreno de la política de Estado al constituirse en la pieza de control más importante del sistema constitucional".

Jorge Carpizo explica que ella constituye por esencia una función política, enmarcada dentro de la Constitución, que se actualiza a través de esta y "con técnicas, metodologías y parámetros jurídicos, sin desconocer los aspectos valorativos y axiológicos en su interpretación".

Eduardo García de Enterría [*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994] consigna que en ella se decide conflictos políticos; aun cuando la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos.

El elemento político aparece como expresión del aseguramiento de los límites establecidos por la Constitución al ejercicio del poder. Así, se garantiza la preeminencia de los valores y principios constitucionales relativos al Estado, al Gobierno y la persona, sobre aquellas decisiones políticas manifestadas por los órganos y organismos creados por el texto supra, en la dación de una ley o en un acto extraño a las competencias asignadas.

A la par, ejecuta incidentalmente una *función gubernativa* en la medida que sus decisiones contribuyen a consolidar la gobernabilidad y la gobernanza de un Estado; amén que algunas de sus decisiones determinan el trazado de específicas políticas globales e incentivan la ejecución de acciones concretas destinadas a su verificación en la praxis política.

El elemento político aparece nítidamente en lo que Alfonso Santiago (h) denomina fallos institucionales. Estos expresan decisiones trascendentes y relevantes para el cuerpo político, y en donde lo que se determina

excede con largueza el mero interés de las partes y que, por ende, se proyecta no solo hacia el presente inmediato, sino que se extiende hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad.

Los órganos encargados del control de la constitucionalidad mediante los fallos institucionales ejercitan un poder político, en razón a que residual o incidentalmente participan en la conducción general de la marcha del Estado, ya que ante ciertos hechos expresados en un proceso constitucional, delinean, esbozan, e indican el rumbo de las políticas generales y hasta orientan a la adopción de medidas políticas, sociales o económicas concretas en un espacio y un tiempo determinado. Más aún, ejercen complementariamente la función legisferante por la vía de la negación de validez, al expulsar o inaplicar una ley contraria a la Constitución.

Manuel Medina Guerrero [*Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, 2001] expone que "desde el momento en que el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos [...] consiguientemente ha de pronunciarse sobre la actuación del Parlamento y el Gobierno, se hace evidente, que a menudo, presentan una notable carga política las controversias que se le plantean, y que, paralelamente, sus decisiones puedan [...] tener repercusiones de tal índole".

El carácter binario de la jurisdicción constitucional se acredita en atención a que la dilucidación acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, así como la necesidad de defensa de un derecho fundamental frente a un acto de poder (hábeas corpus, amparo, etc.) es una actividad jurídica; empero, en razón al ejercicio de un control de poder el efecto expresivo de la determinación jurisdiccional y la supremacía interpretativa acerca de los alcances del instrumento de gobierno denominado Constitución, le aparejan una actividad conceptualmente política.

En esa línea Mario Capelleti [*La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: UNAM, 1961] señala que la defensa de la Constitución implica un concepto genérico de la salvaguarda de las disposiciones fundamentales que abarcan su ámbito fisiológico o de función orgánica; esto es, el sistema político, social, etc.

Emilio Fernández Vázquez [*Diccionario de derecho público*. Buenos Aires: Astrea, 1981] señala que la *función gubernativa* no solo comprende la manifestación de actos políticos, sino que se expresa también en la ejecución directa de una norma constitucional para la seguridad y el orden del Estado. Expone que se trata de "una actividad de orden

superior referida a la dirección suprema y general del Estado, dirigida a determinar los fines de la acción del Estado, a señalar las directivas para las otras actividades de orden diverso y a coordinar el ejercicio de otras funciones, buscando la unidad de orientación que corresponde a la fundamental unidad de la soberanía estatal".

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad queda patentizada, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto, opera como un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos. Así, impone una actuación democrática al correcto uso de las potestades funcionales delimitadas por el reparto de las competencias y la protección de los derechos ciudadanos ante el abuso derivado de un acto de poder.

Es evidente que tras la actuación de los órganos encargados de la jurisdicción constitucional en pro del afianzamiento de los mandatos, valores y principios constitucionales, estos por sí mismos despliegan una función política al "encauzarse" la forma y modo de actuación de los poderes públicos y la conciencia ciudadana.

En ese contexto, aparecen la *potestatum correctionem* y la *potestatum moderari* que se dirigen a corregir, enmendar y rectificar lo defectuoso derivado de la acción política de los poderes constituidos; así como también a hacer que estos actúen en la justa y precisa medida establecida por la Constitución.

Raúl Bocanegra ["Cosa juzgada, vinculación de fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, 1981] expone que "El papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tienen que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y trascendencia política, muchas veces de importancia decisiva [...]".

El elemento político surge en las circunstancias siguientes:

- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad se abroga una ley o una norma con rango de ley, por consiguiente, los magistrados constitucionales aparecen como legisladores negativos. Alfonso Santiago (h) [ob. cit.] señala que los órganos de control de la constitucionalidad "ejercen poder político ya que hacen prevalecer su decisión sobre lo dispuesto por el Poder Ejecutivo o Legislativo". Asimismo, declara que la imposición "frente a los otros

detentadores del poder, es en realidad una decisión política". El propio Karl Loewenstein [ob. cit.] expresa que cuando los órganos de control jurisdiccional ejercen dicha actividad "dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en detentadores de un poder semejante, cuando no superior, a los de otros detentadores del poder instituido".

- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad por ocio legislativo, por consiguiente, puede ordenarse –entre otras opciones– la expedición inmediata de una ley reglamentaria de la Constitución.
- Al plantearse un caso de conflicto de competencia, se resuelve la discrepancia sobre las actividades o tareas asignadas, entre dos órganos u organismos constitucionales, a efectos que se determine la titularidad de las mismas, así como se anulen las disposiciones, resoluciones u actos viciados de incompetencia. En consecuencia, el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia y la carencia de legitimidad de una determinada decisión emitida con vicio de poder de actuación de por medio, rebasa lo meramente jurídico y alcanza los fueros de una función política.
- Al emitirse una sentencia normativa (interpretativa-manipulativa), una ley impugnada de inconstitucionalidad "sale" del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que originalmente la había asignado el órgano legisferente; por ende, los magistrados constitucionales ejercitan una actividad paralegislativa. Al respecto, Luis López Guerra ["Democracia y tribunales constitucionales". En: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC, 2000] señala que al realizar una tarea de creación normativa por la vía de la interpretación, se asume una función complementaria a la que ejercita el Poder Legislativo.
- Al resolverse una controversia o conflicto de naturaleza constitucional, la decisión surge luego de una predeterminación de las consecuencias políticas, sociales y económicas que estas ocasionan sobre la actividad del Estado y sobre la vida cotidiana de los ciudadanos.

Es incuestionable que el fenómeno de lo político no solo se presenta en el ámbito de la decisión sino que

abarca el referido a la reflexión. Otto Bachof ["Nuevas reflexiones sobre lo jurisdiccional entre el derecho y la política". En: *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 1986] señala que "*Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas [...]. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez [...]*".

Gerhard Leibholz ["El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la oposición judicial de la política". En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 146, 1966] expone que la magistratura constitucional debe incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas que desencadenaría la orientación de su determinación. Más aún, a la técnica de interpretación jurídica debe sumarle un enfoque político sistemático.

En efecto, la interpretación constitucional tiene la responsabilidad de afirmar los principios y valores contenidos en la Constitución; vale decir, que, debe contribuir decididamente a asentar la ideología, la doctrina y el programa político inserto en dicho texto.

En esa orientación como vocero del poder constituyente, la jurisdicción constitucional resuelve bajo los cimientos del derecho conflictos de raigambre política, en la medida que estos disponen su solución bajo el resguardo de la ideología, la doctrina o el programa político de la Constitución; ergo, actúan ante la amenaza o vulneración de un valor, principio o precepto expreso o implícito en la Carta Política de un Estado.

En suma, cumple una función política en la medida que a través de su actividad jurisdiccional hace prevalecer los principios y valores políticos establecidos en la Constitución frente a normas y actos emanados de los poderes públicos, corporaciones privadas, etc.

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad se liga con los orígenes mismos de la institucionalización de la jurisdicción constitucional.

Al respecto, Alberto Spota ["Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos". En: *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abaco, 2000] señala que tras la decisión del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* aparece que la Constitución de los Estados Unidos (1787) estableció mediante los artículos III y VI, la concepción de un Poder Judicial (órgano encargado del control de la constitucionalidad) como poder administrador de justicia y simultáneamente como un ente con funciones políticas.

En ese contexto, el citado autor refiere que "lo esencial es que lo judicial no solo es capacidad para administrar justicia, sino fundamentalmente poder político para compeler al cumplimiento de la distribución de competencias entre el Estado federal y los estados miembros".

Dicha concepción apareció en el contexto de la fallida experiencia confederacional (1776-1787) en donde los estados miembros atentaron contra la unidad del conjunto, como consecuencia de los conflictos de competencia entre el órgano confederal y el derecho de nulificación de los cuerpos políticos miembros. Es por ello que surgió la necesidad de arbitrar dicha problemática política.

A través de esta función política asignada al Poder Judicial se proyectaba evitar la desintegración nacional, como consecuencia de los conflictos de determinación de competencias federales y locales.

Más aún, con la posterior aprobación de la Ley de Organización de la Justicia (1789) se estableció el mecanismo del recurso extraordinario, que no tuvo esencialmente el objeto de dirimir un conflicto entre partes en pugna, sino fundamentalmente obligar al respeto de la distribución de competencias entre la instancia federal y las instancias locales, para así consolidar la identidad del Estado federal.

La singular naturaleza de los órganos encargados del control constitucional, se resume en las afirmaciones del Presidente norteamericano Theodore Roosevelt (p. 1901-1908) cuando en 1902 señaló lo siguiente: "*Los jueces de la Suprema Corte del país, deben ser no solo grandes jurisconsultos, sino deben ser también grandes y constructivos estadistas*".

1.3.- Los ámbitos de la jurisdicción constitucional

A nuestro criterio cabe distinguir los espacios de actuación de la jurisdicción constitucional. Ellos serían los siguientes:

- a) El ámbito o espacio orgánico en donde se cautela que la actividad legislativa de los órganos con funciones legisferantes sea armónica y coherente con la Constitución.
- b) El ámbito o espacio personalista en donde se cautela que las conductas funcionales o ciudadanas sean armónicas y coherentes con la parte dogmática y principista de la Constitución; vale decir, resguarda la libertad y demás derechos fundamentales.
- c) El ámbito o espacio competencial de los distintos órganos estadales, en donde se cautela que las tareas asignadas por la Constitución a un órgano del cuerpo político no sean "invadidas" por entes no

legitimados o "abandonadas" por su legítimo titular.

Juan Colombo Campbell ["Funciones del Derecho Procesal Constitucional". En: *Ius et Praxis*, vol. 8. Talca, 2002] clasifica los conflictos constitucionales de la manera siguiente:

- a) Conflictos entre los órganos y organismos constitucionales. En este caso la *litis* se centra en el reparto de competencias.
- b) Conflicto entre el Estado y los particulares. En este caso la *litis* se centra en la supuesta amenaza o violación de un derecho fundamental; así como en el incumplimiento de una ley o acto administrativo.
- c) Conflictos entre particulares. En este caso la *litis* se centra en la amenaza o violación de un derecho fundamental.

1.4.- Los objetivos de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional se orienta a afirmar el principio de "soberanía" constitucional, la racionalización del ejercicio del poder, la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y la acción interpretativa e integradora de la Constitución.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La afirmación del principio de "soberanía" constitucional*

Alude a las cualidades o propiedades centrales de la Constitución en lo relativo a su incontrastabilidad, incondicionalidad, irrenunciabilidad e imperio sobre los poderes constituidos al interior del Estado.

En ese sentido, es notorio que frente a los mandatos de la Constitución no cabe oposición, resistencia u obstáculo que impida su verificación práctica; los cuales no pueden ser objeto de transferencia, cesión o delegación por parte de los obligados ante ella; amén de superponerse en su juridicidad y valor político sobre cualquier acto o norma emanada de los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Es de verse que el orden jurídico y político del Estado, se encuentra estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga simétrica y homológamente a gobernantes y gobernados.

En función a los alcances de la "soberanía" de la que la Constitución es portadora, esta se impone dentro de una comunidad política en dos aspectos:

En el primero, la Constitución aparece en el ápice de la pirámide jurídica de un Estado, constituyéndose, por lo tanto, en la fuente y fundamento de todas las demás normas restantes imperantes dentro del Estado; no

admitiéndose formal o sustancialmente contradicción alguna.

En el segundo, la Constitución aparece en el ápice del orden político al constituirse en la fuente de legitimación del poder político, ya que como afirma José Rivera S. ["Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia". En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002] esta "tiene implícita toda una filosofía que sirve de orientación no solo a los gobernantes sino también a los gobernados".

La "soberanía" de la Constitución resulta del hecho que esta es la que establece y organiza las competencias de los órganos dotados con poderes políticos, por lo que es superior a las autoridades que se encuentran investidas con las competencias de la naturaleza descrita.

Tras el principio de "soberanía" de la Constitución aparece que la actuación de los órganos políticos y la conducta de los gobernantes y gobernados debe necesariamente operar dentro del cauce constitucional.

En ese contexto, se acredita dicha "soberanía" por cuanto:

- Las normas dictadas por los órganos políticos que sean contrarias al texto o el espíritu de la Constitución, serán consideradas nulas y desprovistas de valor jurídico.
- Los actos realizados por los órganos políticos que sean contrarios al texto o el espíritu de la Constitución, serán declarados nulos y sin efecto legal alguno.
- Las delegaciones o comisiones de competencias privativas de los órganos políticos, serán declaradas nulas y sin efecto legal alguno.
- El incumplimiento de aquellas normas y disposiciones emanadas de los órganos políticos que hubieren acreditado armonía y coherencia con la Constitución, será objeto de sanción política, judicial o administrativa, según sea el caso.

Es dable consignar que del principio de "soberanía" constitucional se desprenden las reglas de supremacía jerárquica y de control de la constitucionalidad.

La *regla de supremacía jerárquica* hace referencia a la prelación de la Constitución sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado.

Al respecto, cabe señalar que Hans Kelsen expuso en su obra *Introducción a la teoría pura del derecho* (1934) que el ordenamiento jurídico de una sociedad política deviene en un sistema de normas dispuestas jerárquicamente entre sí; de modo tal, que, traducido a una imagen visual, se asemeja a una pirámide formada por varios pisos superpuestos; postulando así una prelación normativa con arreglo a la cual las normas se diversifican en una pluralidad de categorías escalonadas según su rango jerárquico. Esta estructuración jerárquica se basa en un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas.

Tal como lo plantea la doctrina, en el ordenamiento constitucional de un Estado debe acreditarse una actividad legisferante sujeta a la regularidad constitucional; vale decir, debe existir una relación de correspondencia y conformidad entre los grados inferiores y superiores de dicho ordenamiento.

Como afirma Francisco Fernández Segado ["La jurisdicción constitucional en la actualidad". En: *Ius et Praxis*, N° 16. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1990] la pirámide jurídica, "implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización de conformidad con lo cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello a su vez conlleva a que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizadora, en cuya cúspide obviamente, se sitúa la Constitución".

Charles Eisenman [Citado por Segundo Linares Quintana. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976] señala que "la Constitución constituye el grado supremo o desde el punto de vista dinámico, [...] nada le es superior, porque no hay nada que le sea lógicamente anterior".

En ese orden de ideas las normas constitucionales poseen supremacía jerárquica sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando estas se le oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras. Como anota Manuel García Pelayo ["Estado legal y Estado constitucional de derecho". En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988]: "Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa, o indirecta con la Constitución".

La regla de control de la constitucionalidad hace referencia a la existencia de acciones procesales concretas destinadas a asegurar la vigencia plena de la Constitución. En ese sentido, consigna la necesidad de la existencia de mecanismos de resolución de los conflictos políticos, sociales o jurídicos que se manifiestan ya sea como actos normativos propiamente dichos; como relaciones intersubjetivas

sujetas al derecho constitucional; o como comportamientos político-jurídicos que constituyen amenazas o manifestación concreta de violación a la Constitución.

b) La racionalización del ejercicio del poder

Con ello se busca organizar la sujeción del ejercicio del poder público al control del derecho, así como armonizarlo con los fines y valores que este busca alcanzar en el plano de la sociedad.

Como afirmara James Madison [Alexander Hamilton y otros. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974] "Si los hombres fueran ángeles; no sería necesario el gobierno. Si ángeles fueran a gobernar a los hombres no sería necesario ningún control interno o externo sobre el gobierno. En la organización de un gobierno administrado por hombres sobre otros hombres [...] lo primero que se debe hacer es permitir al gobierno que controle a los gobernados; y luego obligarlo a controlarse a sí mismo".

Es por ello que se crea un conjunto de órganos y mecanismos procesales vinculados con la tarea de examinar integralmente la constitucionalidad de las normas que se dictan en el seno de una colectividad política, y que además permiten resolver los conflictos de competencia que pudieran presentarse entre los órganos con poder estatal y los demás organismos constitucionales.

El Tribunal Constitucional en el caso Diodoro González Ríos (Expediente N° 02409-2002-AA/TC) ha señalado que la jurisdicción constitucional "verifica que los actos de los operadores del Estado sean conformes a las asignaciones competenciales establecidas en la Constitución". Por ende, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional y evitar cualquier forma de abuso y arbitrariedad.

c) La vigencia plena de los derechos fundamentales

Con ello se busca asegurar el respeto y protección de los derechos básicos de la persona humana.

Giancarlo Rolla ["El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo". En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002] consigna que "la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible".

En ese contexto, es claro que adicionalmente a su rol de cautelador de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, también actúa en pro de la difusión, generalización e implementación de los mismos.

La acción cívica y didáctica sobre esta materia es incuestionable; consiguiéndose así no solo el goce pleno de dichos derechos; sino también información general y fomento de una cultura ciudadana en pro de su respeto y promoción. Sobre lo expuesto, Giancarlo Rolla [ob. cit.] refiere que dicha jurisdicción contribuye "de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social, en lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado democrático de derecho".

d) La afirmación de la acción interpretativa e integradora de la Constitución

Con ello se busca afirmar los valores y principios contenidos en el *corpus* constitucional, así como asegurar su correspondencia con la realidad, amén de preservar su vocación de presencia permanente.

Mediante la acción interpretativa se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales, en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben ser aplicados. En ese contexto, la interpretación constitucional se consagra cuando al percibir *in totum* los elementos que integran la norma objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella, que se adecua a los fines y valores que cimientan el *corpus* constitucional.

Al respecto, tal como lo señalara en 1907, el magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Charles Evans Hughes [Citado por Segundo Linares Quintana. ob. cit.] "*Nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es*".

Mediante la acción integradora se suplen las omisiones o defectos en que pudiere haber incurrido la Constitución. Así, ante la existencia de una laguna normativa se "crea" o "recrea lógicamente" a favor del ordenamiento constitucional, una disposición jurisprudencial que permita asegurar la "vivencia" de los principios y valores del texto fundamental del Estado.

Es dable advertir que la jurisdicción constitucional en modo alguno representa una contradicción con el principio de separación de poderes en la medida que ella tiene una acción concordada con su naturaleza, objeto y fines; amén que en clave constitucional tiene como todos los órganos estadales un reparto de competencia a título principal y secundario (administrar, legislar, impartir justicia y controlar) los

que en su caso le permite al sistema constitucional apuntalar la idea de equilibrio y balance en el ejercicio del poder.

En atención a lo expuesto, la jurisdicción constitucional que resuelve las tensiones que surgen entre lo abstracto y lo concreto en el ámbito de las normas, o entre lo que manifiesta la Constitución y los comportamientos del Estado y sus ciudadanos, cumple las funciones siguientes:

a) Función de valoración

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional examina, estima y aprecia la relación de concordancia o discordancia existente entre lo preceptuado en una ley o norma con rango de ley en relación a los principios, valores y normas que con carácter supraordinante se encuentran consignados en la Constitución.

Dicho proceso se lleva a cabo en razón a la incertidumbre que genera la norma objeto de valoración acerca de su compatibilidad y subordinación al texto constitucional.

b) Función de pacificación

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional – luego de efectuada la acción de valoración– determina la expulsión u otorga certificación de concordancia de la norma que generaba incertidumbre en cuanto a su validez constitucional.

En cualquiera de las hipótesis descritas la jurisdicción apacigua, aplaca o acaba con todo atisbo de inseguridad, duda, recelo o sospecha acerca del carácter supraordinado de una ley o norma con rango de ley respecto al *corpus* constitucional.

c) Función de ordenación

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional ya sea mediante la interpretación acerca del alcance y sentido de los principios, valores y normas contenidas en la Constitución, o por los efectos vinculantes de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley determina la sujeción del Estado y de los particulares en relación a dichas decisiones. Es decir, conlleva la obligación de uniformizar los actos de interpretación y aplicación normativa de conformidad con lo resuelto por el órgano contralor de la constitucionalidad.

La ordenación implica establecer una decisión con efecto vinculante sobre los aplicadores del derecho. Más aún, las consecuencias de lo dispuesto alcanza tanto al Estado como a los particulares.

d) Función de estabilización

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional genera que no se produzca una escisión entre la norma

constitucional y la realidad. Esta actividad a través de las sentencias interpretativas, permite que permanentemente se rejuvenezcan los principios y valores constitucionales.

Asentada sobre la moderación y equilibrio, entre el "entumecimiento" y la "progresión" de los significados constitucionales, se promueve una razonable adecuación del sentido de la Constitución a las necesidades sociales de la comunidad, en un espacio-tiempo preciso y determinado.

e) *Función de colaboración*

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional sugiere, plantea o propone la adopción futura de prácticas funcionales o decisiones normativas con el propósito de optimizar el cabal y pleno funcionamiento del sistema constitucional.

f) *Función de transformación*

Mediante dicha acción la jurisdicción promueve la evolución de las relaciones coexistentes en una comunidad política, en verificación práctica de un valor, principio o norma constitucional "congeladas" por el ocio legislativo o las ataduras del orden preexistente al poder constituyente. Ello se formaliza a través de la redefinición de significados y alcances de los derechos constitucionales, el reconocimiento de derechos implícitos, la asimilación de la jurisprudencia supranacional, la cobertura de los vacíos generados por el ocio legislativo, etc.

En ese contexto, son citables los casos de *Brown vs. Consejo de Educación de Topeka* (estableció en 1954 la igualdad e integración social en las escuelas norteamericanas); caso *Reynaldo Sánchez Pérez* (estableció en el 2006 el reconocimiento de las denominadas familias ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano).

g) *Función cívica*

Mediante dicha acción la jurisprudencia promueve el cabal conocimiento de las instituciones constitucionales de los derechos constitucionales, el sentimiento, valoración y respeto de la Constitución.

1.5.- Los orígenes de la jurisdicción constitucional

El concepto de jurisdicción constitucional tiene antecedentes en la experiencia inglesa de los siglos XIII al XIX y en las experiencias francesa y norteamericana de los siglos XVIII al XX.

Al respecto, cabe recordar la posición asumida en Inglaterra por el juez Edward Coke en el célebre caso *Bonham vs. Henry Atkins, George Turner, Thomas Mounford y otros* (1610). Así, en 1606, Thomas Bonham, médico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido por el Real Colegio de Medicina a un

examen de conocimientos. Efectuada la evaluación, fue declarado incompetente indefinidamente –en tanto no fuese considerado técnicamente apto– para la práctica médica, amén de ser multado con cien chelines por ejercer sin la respectiva licencia. En acto de resistencia, Bonham –quien había obtenido su título de medicina en la Universidad de Cambridge– no solo incumplió con pagar la multa impuesta, sino que además continuó ejerciendo la profesión en Londres; acción por la cual fue confinado por desacato, en una prisión por el lapso de siete días por orden del citado colegio.

Al respecto, es dable señalar que en 1518, durante el reinado de Enrique VIII (r. 1509-1547), se creó el Real Colegio de Medicina otorgándole además las Cartas Patentes de la Corporación.

Dichas cartas señalaban que el ejercicio de la profesión médica en la ciudad de Londres o sus suburbios quedaba a criterio de dicha institución; amén de encargarle facultades propias del poder de policía en lo relativo a la vigilancia, investigación y corrección profesional sobre la materia.

Asimismo, mediante un Acta expedida por el Parlamento conocida como la Ley 14 de Enrique VIII (1540) se le confirió facultades punitivas como la determinación de multas (cuyos montos se compartían con la Corona) y detenciones en los casos de desconocimiento de sus competencias corporativas.

Apelando a las reglas del *common law*, Thomas Bonham acudió ante la Corte de Agravios Comunes presidida por Edward Coke, solicitando auxilio jurídico por considerar que en su caso se había producido una indebida detención.

Dicho magistrado elaboró una resolución judicial en donde a modo de proemio repitió los argumentos jurídicos expuestos en el caso Fuller (1607-1608) cuando el rey Jacobo I (r. 1603-1625) intentó resolver personalmente un conflicto de competencia que había surgido entre la jurisdicción eclesiástica y la del *common law*.

Así, el 13 de noviembre de 1608, este se había enfrentado a todos los jueces ingleses señalando que eran meros delegados suyos; y que, por ende, podía avocarse a cualquier caso que escogiere e incluso tenía potestad para retirarlo de la jurisdicción de los tribunales y decidirlo personalmente. El monarca estimaba que los jueces eran simples "sombras y ministros [...] y puede, si le place, presidir y juzgar en Westminster Hall, poniendo en tela de juicio sus sentencias [...]".

La respuesta final de Coke a las argumentaciones del rey consistió en señalar en una conferencia dictada el 13 de noviembre de 1608 [E. L. Woodward. *La historia de Inglaterra*. Madrid: Alianza Editorial, 1996] lo

siguiente: *"Es verdad que Dios ha dotado a su majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, a la herencia, a los bienes, o a las fortunas de sus súbditos, no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo; el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos [...]"*.

En suma, planteó la supremacía del derecho sobre las prerrogativas del rey.

La historia registra que ante la supina molestia del monarca, quien exigía se le respondiese si él quedaba sometido al derecho, Coke inclinando todo el cuerpo ante el monarca –en su afán de suavizar el grave momento– contestó: "El rey no debe estar sujeto a los hombres sino solamente a la ley de Dios".

En relación a las peculiaridades del caso presentado por Thomas Bonham, Coke fijaría en su sentencia lo siguiente: *"Y se desprende de nuestros libros que en muchos casos, el common law controla a las Leyes del Parlamento y en ocasiones debe juzgarlas como inválidas: pues cuando una Ley del Parlamento está contra el derecho y la razón tradicionales, o es repugnante o imposible de ser aplicada, el common law debe controlarlo y juzgar a dicha ley como inválida [...]"*.

Al respecto, debe advertirse que dicha argumentación significaba cambiar la interpretación judicial expuesta en el caso del cirujano Roger Jenkins (1596); el cual fue hallado culpable de ejercer la medicina sin licencia. La judicatura había convalidado la multa impuesta y el cese de actividad.

En el fallo elaborado por Coke se declaró fundada la petición de Bonham; para tal efecto, contó con la adhesión de los magistrados Warburton y Daniel; el voto en minoría fue suscrito por Walmesley.

En el fondo del asunto se aprecia que la actitud de Coke se inspiró en la necesidad de establecer un control de legitimidad de una ley por ser contraria a los principios del *common law*; vale decir, intentó establecer la supremacía de este último sobre los actos del poder estatal. Por ende, sentó las bases para la aplicación de la *Judicial Review* (revisión judicial).

Sobre la materia, cabe señalar que Coke sostuvo que no era admisible que el Real Colegio de Medicina actuase en propia causa como una suerte de Corte, asumiendo simultáneamente las veces de demandante, fiscal y juez; amén que el referido ente terminaba beneficiándose con parte del pago de la multa que devenía en recurso propio.

Así, en dicha histórica sentencia se consignó lo siguiente: *"La causa por la cual imponen una multa o detienen debe ser determinada y susceptible de ser impugnada; ya que aunque tengan las Cartas Patentes y una Ley del Parlamento, como la parte agraviada no cuenta con otro recurso, ni la acción (writ) de error o algún otro, y como ellos no pueden dictar sentencia porque no son jueces, a pesar de haber una autoridad para hacerlo, la causa de su consignación es susceptible de ser impugnada mediante una acción de falsa o indebida actuación contra ellos [...]"*.

En resumen, Coke estableció que Bonham podía ser multado por el Real Colegio de Medicina por práctica ilícita, más en modo alguno –aun cuando lo permitiese la ley– ordenar encarcelarlo por ello; habida cuenta que según el *common law* no admitía que una persona pudiese ser simultáneamente juez y parte al mismo tiempo.

Cabe señalar que pese al disgusto que ocasionó su decisión a Jacobo I, el juez consiguió ser promovido en 1613 a la condición de magistrado del Supremo Tribunal de Inglaterra. Lamentablemente, tiempo después a instancias del propio rey fue destituido.

La historia registra que Thomas Bonham tras la expedición de la sentencia se trasladó a Oxford para ejercer su profesión.

En el período de la augusta Revolución Francesa apareció la concepción teórica del Jurado o Magistratura Constitucional, cuya elaboración correspondió al abate Emmanuel Sieyès. Este propuso la selección de un grupo de representantes, encargados de vigilar que los actos del Órgano Legislativo se ajustasen a la Constitución (puede concebirse como el origen propiamente dicho de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes).

Sieyès precisó su concepción en las llamadas "Opiniones" que presentó a la Convención (ente parlamentario de la Revolución Francesa), al señalar que para resguardar a una Constitución rígida se requería necesariamente de un jurado de ciento ocho miembros de naturaleza cooptativa, a efectos que ante él se pudiese denunciar los actos y leyes que le fuesen contrarios. Así, estos en caso de ser observados como transgresores de la Constitución, eran declarados nulos y sin valor jurídico alguno.

Textualmente, Sieyès expuso lo siguiente [Citado por Edgar Carpio Marcos. "Un antecedente del Tribunal Constitucional. El juez constitucional. Una lectura heterodoxa de Sieyès". En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, octubre 1999]: *"Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada si no se pregunta ¿Quién es su guardián, dónde estará la*

magistratura de este código? Es necesario ofrecer una respuesta.

[...]

Si queréis dar una salvaguarda a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, entonces estableced un Jurado Constitucional [...]. Pido, pues, un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se puedan hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución".

La creación de este órgano representativo, extensivo y corrector del fuero parlamentario, estaba destinado a salvaguardar la Constitución de la pasión, la intriga y del descomedido uso del principio de mayoría, expedirá resoluciones de anulación de toda ley incompatible con el texto base de la naciente República.

La composición de dicho ente debía renovarse anualmente por tercios, en las mismas fechas que el cuerpo legislativo. La elección de dicho tercio (treinta y seis representantes) la llevaría a cabo el propio Jurado Constitucional de entre miembros del Parlamento que vencía su mandato.

La conformación primicial del referido Jurado la llevaría a cabo la Convención mediante escrutinio secreto.

La propuesta de Sieyès fue rechazada con dureza durante los debates de la elaboración de la Constitución de 1795. De alguna manera la propuesta será retomada en la Constitución de 1852.

En este recuento, cabe referir el caso de la instauración del concepto de la *Judicial Review* en los Estados Unidos. Cabe señalar que dicha noción no fue explícitamente recogida por la Constitución norteamericana de 1787; sino que surgió como expresión de un largo proceso de "concientización" por la vía jurisprudencial, el mismo que se gestó con anterioridad al texto fundamental anotado (queda claro, para la doctrina, que entre 1776 y 1787 se había consolidado el principio de supremacía normativa).

Según plantea Francisco Fernández Segado [ob. cit.], la proclividad norteamericana hacia la *Judicial Review* se encuentra en la concepción política que subyace en la Declaración de Independencia de fecha 4 de julio de 1776. Esta declaración –invocada por Fernández Segado como "*ratio*" para la adhesión norteamericana a la *Judicial Review*– contiene en uno de sus párrafos lo siguiente: "*Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos,*

que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad [...]".

Ahora bien, en la jurisprudencia norteamericana anterior a la constitución del Estado federal, podemos citar los tres antecedentes siguientes:

- En 1776, la Corte Suprema de Rhode Island en el caso *Trevett vs. Weeden* se negó a aplicar una ley local que no preveía el juicio por jurado en ciertos casos penales, por considerarla contraria a los principios de la Constitución de dicho Estado.
- En 1782, el Tribunal de Apelaciones del Estado de Virginia, en el caso *Commonwealth vs. Caton*, declaró la inconstitucionalidad de una ley local que denegaba la facultad de otorgar indultos al Órgano Ejecutivo; pese a que esta misma había sido conferida por la Constitución de dicho Estado. El mismo principio fue reafirmado por el Tribunal Superior de Nueva York en el caso *Rutgers vs. Waddington*.
- En 1786, en el Estado de Carolina del Norte, en el caso *Bayard vs. Singleton*, la Corte Suprema del Estado se negó a aplicar una ley que suprimía el juicio por jurado.

Con posterioridad a la Convención de Filadelfia en 1787, Alexander Hamilton [ob. cit.] en una saga de artículos escritos en *El Federalista*, plantearía que "*No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que el amo*".

Como señala Francisco Fernández Segado [ob. cit.]: "*En lógica conexión con las consideraciones precedentes, Hamilton atribuirá a los tribunales la trascendental función de interpretar las leyes, prefiriendo la Constitución en el supuesto de que se produzca una discrepancia entre esta y cualquier ley ordinaria*".

Así, pues, Alexander Hamilton [ob. cit.] consignó lo siguiente: "*La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así*

debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior. En otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intervención del pueblo a la intervención de sus mandatarios".

Finalmente, en 1803, la Suprema Corte de los Estados Unidos, a través de la resolución del célebre caso *Marbury vs. Madison*, delineó en definitiva la doctrina de la *supremacía de la Constitución*, vía su instrumentalización a través de la declaración judicial de constitucionalidad, amén de concebir el papel de la judicatura como intérprete del *corpus* constitucional. En razón de la importancia de dicho caso y del rol asumido por el Presidente de la Corte John Marshall, procederemos a continuación a resumir lo suscitado en torno a aquel proceso.

1.5.1.- El caso *Marbury vs. Madison*

Dicho proceso judicial se generó en el contexto de un abierto conflicto político entre federalistas y demócratas republicanos; vale decir, entre los republicanos y los demócratas de hogaño.

Es del caso señalar que en los estertores de su gobierno, el Presidente de los Estados Unidos John Adams, reubicó en enero de 1801 a su secretario de Estado John Marshall como nuevo Presidente de la Corte Suprema. Asimismo, consiguió que un Congreso adicto aprobase en febrero de 1801, la Ley de las Cortes de Circuito (*Circuit Court Act*), que creaba dieciséis judicaturas federales de circuito y la Ley Orgánica del Distrito de Columbia (*Organic Act of the District of Columbia*) que establecía cuarenta y dos juzgados de paz para dicho distrito. Todo ello con el objeto de colocar a conspicuos partidarios que habrían de defenderlo políticamente de la incertidumbre generada por la derrota de su organización en los comicios presidenciales.

En aplicación de dicha ley, el propio Congreso procedió al nombramiento de los titulares de los nuevos juzgados.

El Presidente Adams firmó las resoluciones de nombramiento y Marshall en su primigenia condición de secretario de Estado, selló dichas órdenes el mismo día en que expiraba el mandato presidencial.

John Marshall ferviente partidario federalista; tras un "*nombramiento de medianoche*" había asumido el cargo de Presidente de la Corte Suprema; empero, había continuado despachando como Secretario de Estado hasta el relevo presidencial a cargo de Thomas Jefferson.

A lo expuesto, debe agregarse que por un error administrativo cometido por un dependiente y a la par hermano de Marshall no se llegó a despachar las resoluciones de William Marbury, Dennis Ramsey, Robert Townsend y William Harper.

En ese contexto, el flamante Presidente Thomas Jefferson ordenó a su secretario de Estado James Madison, detener la remisión de las resoluciones de nombramiento pendientes de entrega; en tanto que el renovado Congreso con mayoría demócrata-republicana acordaba derogar las cuestionadas leyes.

En ese contexto, William Marbury y los otros afectados interpusieron un Writ of Mandamus contra Madison, para que este cumpliera con la remisión de sus resoluciones de nombramiento.

Marshall no obstante su estrecha relación con los hechos reseñados, decidió asumir el conocimiento y resolución de la causa. Para tal efecto, utilizó el método deductivo, centrando el análisis jurídico en tres cuestiones:

a) El establecimiento de la existencia o no existencia de derechos por parte de William Marbury y demás demandantes, en lo relativo a la recepción de los nombramientos judiciales otorgados durante la administración Adams

Al respecto, en la sentencia aparece que los nombramientos expedidos durante la administración anterior y con sujeción a lo establecido en la Ley de Cortes de Circuito, tenían el carácter de irrevocables por conferir derechos legítimos que se encontraban protegidos por las leyes de la Federación. Asimismo, estableció que pese a haberse acreditado la no remisión o despacho de las resoluciones, así como la derogación de la ley correspondiente, en modo alguno, ello podía perjudicar los títulos de nombramiento en sí mismos.

b) La existencia o inexistencia de los mecanismos procesales de defensa del derecho de los demandantes encabezados por William Marbury, en el caso de acreditarse fundada la petición planteada

Al respecto, en la sentencia aparece que William Marbury y demás codemandantes podían ejercitar una acción para hacer efectivo su derecho. En ese supuesto, determinó la aplicación de un apotegma del *common law*: "*Where there is a right, there is a remedy*" (*donde hay un derecho, debe haber un remedio para su defensa*).

c) La atribución de la Corte Suprema de conocer como instancia originaria la petición del mandato de remisión de los nombramientos judiciales otorgados por el Congreso, a favor de los demandantes encabezados por William Marbury

Al respecto, en la sentencia se señaló que no cabía interponer la acción de mandamiento judicial ("*mandamus*") directamente ante la Corte Suprema de Justicia, en los términos previstos en la Ley de Organización de la Judicatura de 1789, en razón a que dicha norma infraccionaba la Constitución al haber ampliado o extendido su jurisdicción originaria. Así, se sostuvo que en este caso la actuación del máximo organismo de justicia solo podía producirse en vía de apelación.

Sobre esta última cuestión cabe recordar que la sección II del artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos establece lo siguiente: "*En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Suprema Corte ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Suprema Corte ejercerá jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescribe el Congreso*".

Ahora bien, con posterioridad a la aprobación de la Constitución en 1787, el Congreso norteamericano hizo aprobar en la sección 13 de la Ley de Organización de la Judicatura de 1789 lo siguiente: "*Promúlguese que la Suprema Corte tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un Estado fuere parte, salvo entre un Estado y sus ciudadanos, y salvo también entre un Estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme con el derecho internacional; y tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas iniciadas por embajadores u otros ministros públicos o aquellas en las que un cónsul o vicecónsul fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Suprema Corte en todas las causas contra ciudadanos de los Estados Unidos se llevará a cabo por jurados. La Suprema Corte también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrán el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designada en su oficio bajo la autoridad de los Estados Unidos*".

De conformidad con lo reseñado, la ley atribuía a la Corte Suprema la facultad de emitir directamente *writs* o "*mandamus*" en ciertas circunstancias.

De la lectura de ambos textos se podía apreciar la existencia de falta de coherencia o armonía entre lo señalado en la sección II del artículo 3 de la Constitución y la sección 13 de la Ley de Organización de la Justicia de 1789.

La referida sentencia tomó como soporte jurídico-constitucional para fundamentar su parte resolutive la *cláusula de supremacía*, recogida en el artículo 6 de la Constitución federal, que señalaba: "*Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de su promulgación y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiera alguna disposición contraria en la Constitución o leyes de los estados*".

Es evidente que de la contrastación normativa aparece que la Constitución no le otorgaba a la Corte Suprema competencia para emitir órdenes directas de ejecución de conductas sobre los funcionarios públicos.

El fallo elaborado por John Marshall proclamó el principio esencial de que los puntos en disputa sobre constitucionalidad deben ser discutidos en litigio. Asimismo, consideró que las facultades del Congreso de los Estados Unidos se encuentran delimitadas por el texto de la Constitución, y que los tribunales no deben acatar ni aplicar aquellas normas dictadas por el Congreso que fuesen opuestas a la Constitución, siendo por el contrario obligación de la judicatura reafirmar la vigencia y aplicabilidad del texto fundamental como ley suprema del país.

En puridad, los argumentos de John Marshall recogían las consideraciones expuestas por Alexander Hamilton en el número LXXVIII de *El Federalista*, en donde se planteaba que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional se encontraba sujeto a limitaciones. Estas se ventilarían en la acción jurisdiccional, cuya tarea en este caso consistía en declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución.

A través del fallo de John Marshall –según expresa Francisco Fernández Segado [ob. cit.]– se ponía de relieve que "una Constitución escrita y rígida, como la norteamericana, representa el ápice y la cumbre de la normación". En esa idea, puede afirmarse con Nicolás Pérez Serrano [*Tratado de derecho político*. Madrid: Civitas, 1984] que "la Constitución [...] es una ley fundamental, la primera en jerarquía e importancia de todas las leyes, de donde resulta obligatorio proclamar su superioridad y supremacía".

Resulta oportuno transcribir a continuación los párrafos más significativos de la histórica sentencia: "*Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y*

actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo, la cuestión merece recibir un atento tratamiento.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la corte debe decidirlo conforme a ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley, la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la corte debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar solo a la

ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas –una Constitución escrita– sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis. Pero las manifestaciones particulares que contiene la Constitución de los Estados Unidos construyen un andamiaje de argumentos adicionales en favor del rechazo de esta interpretación.

El Poder Judicial de los Estados Unidos entiende en todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

¿Pudo acaso haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución no debería atenderse a su contenido? ¿Qué un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?

Esto es demasiado extravagante para ser sostenido.

En ciertos casos, la Constitución debe ser interpretada y analizado su contenido por parte de los jueces.

Y si de este modo los jueces pueden abrir y examinar la totalidad de la Constitución ¿qué parte de ella está prohibido leer u obedecer? [...].

La Constitución prescribe que ‘No se sancionarán leyes conteniendo condenas penales individualizadas ni leyes retroactivas’.

Si, no obstante, tales leyes son sancionadas y una persona es procesada bajo tales leyes, ¿debe la corte condenar a muerte a esas víctimas a quienes la Constitución manda proteger?

Dice la Constitución: ‘Ninguna persona será procesada por traición salvo mediante el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto o mediante su confesión pública ante un tribunal de justicia’.

En este caso, el lenguaje de la Constitución está especialmente dirigido a los tribunales. Les prescribe directamente una regla de prueba de la que no pueden apartarse.

Si la legislatura modificara esa norma y permitiera la declaración de un solo testigo o la confesión fuera de un tribunal de justicia como requisitos suficientes de prueba, ¿debería la norma constitucional ceder frente a esa ley?

Mediante estos y muchos otros artículos que podrán seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la legislatura.

¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces su cumplimiento? Este juramento apela ciertamente a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial.

¿Qué modalidad sería imponérselos, si ellos [los jueces] fueran a ser usados como instrumentos –y como instrumentos conscientes– de la violación de lo que juran respetar!

[...]

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda Constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.

Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase".

Como afirma Enrique Álvarez Conde [*Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999]: "*Ciertamente, la Constitución norteamericana no parecía permitir las conclusiones a las que llegó Marshall. Es decir, el atributo de control judicial de las leyes a los tribunales de justicia, no era una competencia establecida por la Constitución, sino que se trata de una función autoapropiada por los tribunales norteamericanos*".

De lo expuesto en dicha sentencia se colige que el juez John Marshall estableció lo siguiente:

- a) Que William Marbury tenía derecho a reclamar la remisión y entrega de su resolución de nombramiento.
- b) Que la Corte Suprema carecía de competencia para conocer en instancia originaria dicha pretensión.
- c) Que la Ley de Organización de la Judicatura de 1789 era en sí misma contraria a la Constitución.
- d) Que ninguna disposición legal contraria a la Constitución podía ser aplicada en un caso concreto por ser inválida y sin valor jurídico alguno.

A manera de colofón debe indicarse que John Marshall ocupó el cargo de Presidente de la Corte Suprema durante treinta y dos años (1803-1835). En el caso de William Marbury, este nunca llegó a recibir su título de nombramiento como juez de paz, en razón a que pese a haber replanteado su demanda, una serie de demoras procesales ocasionaron que su reclamo excediera el plazo legal de cinco años que duraba el ejercicio de dicho cargo. Finalmente, la causa fue desestimada por abstracta.

No obstante lo expuesto, con mayor organicidad y tecnicismo, la noción jurisdicción constitucional aparecerá en la doctrina constitucional del siglo XX, durante el período de entreguerras (1919-1939). Entre los primeros divulgadores destacan nítidamente el gran tratadista austriaco Hans Kelsen –creador del modelo de jurisdicción concentrada, la pirámide normativa, etc.– y, en menor medida, Boris Mirkin-Guetzévich y M. Charles Eisenmann.

Es de verse, que en Checoslovaquia (1920), Austria (1920), Liechtenstein (1921) y España (1931) se crearon órganos autónomos, especializados y extrapoder conocidos como Tribunales Constitucionales con el objeto de establecer un mecanismo orgánico de defensa de la Constitución. Por ende, su rango jerárquico tenía que ser homólogo a los órganos de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Dichos entes aparecen con la responsabilidad política de defender los valores, principios y normas jurídicas, de los actos de poder espurios dictados mediante mecanismos jurídicos.

La propuesta de Hans Kelsen explicitada en su obra *La garantía constitucional de la Constitución* surge en el marco de una confrontación política entre jueces y legisladores; y de una tensión académica entre los partidarios de una fundamentación positivista del derecho y los alabarderos de la sustentación de la teoría del derecho libre, en donde imperaba la flexibilidad normativa.

Marina Gascón Abellán [*Diccionario de derecho constitucional*. México: UNAM; 2002] sostiene que la creación de un órgano *ad hoc* e independiente encargado del control de la constitucionalidad implicó el intento de conciliar la defensa del texto supra y la libertad política del Parlamento frente a la judicatura, así como recuperar la aplicación racional y controlable del derecho.

En efecto, Hans Kelsen consideró que la defensa de la Constitución requería de garantías respecto de los órganos constitucionales capaces de provocarle infracciones mediante actos de libre creación jurídica, desligados de su sujeción al texto supra. Por ende, el contralor de la misma no debía ser ningún ente que pudiere mediante sus actos ser su violador. De allí que

formulase la creación de un organismo independiente a las competencias del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o Poder Judicial.

En ese sentido, para garantizar la regularidad y juridicidad del funcionamiento de los órganos con poder se requiere de la existencia de un ente independiente de estos, a efectos de salvaguardar el correcto uso de los repartos competenciales establecidos en la Constitución.

En la teoría kelseniana se estimaba que la garantía de la Constitución reposaba en la posibilidad de nulificar los actos de creación normativa. Dicha facultad no podría ser atribuida al Parlamento por devenir en su potencial infractor, ya que en tal caso este se consideraría competente para efectuar una creación libre de la ley y no como un mero aplicador de la Constitución. Por ende, se hacía necesario implementar un ente técnico e independiente al Parlamento. Dicho ente es concebido como una suerte de legislador negativo; vale decir, con atribuciones para determinar la perención de una norma por inconstitucional.

Asimismo, planteó que tampoco podía ser asignada dicha función al Poder Judicial, en razón a que su ejercicio, requiere de una preparación y perspectiva político-jurídica diferente de la del juez común. Más aún, señaló que dicha actividad contralora se entroncaba más directamente con la gobernabilidad que con la impartición de justicia ordinaria.

En dicha teoría el órgano contralor de la Constitución aparece con propiedades disímiles a las de la judicatura. Entre ellas pueden mencionarse el modo de elección de sus miembros, la ubicación y rol asignado en el sistema político, etc.

En suma, la desconfianza de Hans Kelsen sobre la actividad contralora del Parlamento —y en ese contexto al propio Poder Judicial— se sustentó en la grave posibilidad que se asumiese la práctica de la denominada Teoría del Derecho Libre planteada a comienzos del siglo XX por Eugen Ehrlich y Hermann Kantorowicz. En efecto, ello hubiera implicado la autónoma formulación del derecho incluso por encima de la Constitución, en caso se considerase necesario para plasmar un grado mayor de justicia.

Como refiere Marina Gascón Abellán ["Los límites de la justicia constitucional". En: *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*. Lima: Ara Editores, 2013] el planteamiento de Hans Kelsen aparece enfocado en contrarrestar "un positivismo jurídico desacreditado y un derecho libre desbocado".

Hans Kelsen consideraba que la creación y aplicación de la ley no eran funciones estatales coordinadas, sino un unívoco proceso; de allí que debía garantizarse la

constitucionalidad de las leyes para proteger el carácter supra de la Constitución. Por ende, ideó un *control formal* sobre la producción legislativa.

Esta concepción se sustentaba además, en la necesidad de asegurar el respeto de las minorías parlamentarias, frente a la mera aplicación rígida del principio de mayor número de adhesiones en torno a una postura.

2.- Los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad

Estos sistemas o modelos presentan la característica de ser originarios o derivados.

Los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad *originarios* son aquellos que históricamente han surgido como consecuencia de la actividad creadora de principios, categorías y reglas destinadas a asegurar la supremacía de la Constitución. Estos son de dos clases: de control político y de control jurisdiccional (este último tiene dos variables: concentrado y difuso).

Los sistemas de control de la constitucionalidad *derivados* son aquellos que recogiendo la matriz de algún modelo originario, son objeto de una adaptación a una necesidad o realidad político-constitucional específica. Se insertan en estados carentes de tradición jurídica propia; los cuales en ese contexto se empeñan en desarrollar una tarea de trasplante de instituciones, como sucede con los países del área latinoamericana. En ese orden de ideas, son cuatro las adaptaciones conocidas a la fecha: el control sobrepuesto, el control mixto, el control dual y el control sinérgico.

Ahora bien, la diferenciación de los sistemas o modelos se hace por el tipo de órgano estatal que tiene a su cargo la responsabilidad del control de la constitucionalidad.

2.1.- Los modelos originarios

De acuerdo con la doctrina se comprende como tales al control orgánico político y al control orgánico jurisdiccional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.1.1.- El control orgánico político

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad al órgano parlamentario en su condición de portavoz omnicompreensivo de la soberanía popular. Excepcionalmente, puede ser encargada a un ente *ad hoc* no jurisdiccional constituido sobre la base de una designación puramente política.

La fundamentación de su existencia radica en el principio genérico de la autonomía legislativa, que proscribe el control judicial de la legislación parlamentaria. En ese sentido, se sostiene que la

magistratura únicamente puede participar *secundum legem* y no como *legisvus*. Ello en atención a que la magistratura no proviene de la voluntad ciudadana, sino de la designación por un órgano estatal; por tal motivo se encuentra impedido de anular o abrogar una ley, que es la expresión suma de aquella soberanía.

Enrique Álvarez Conde [ob. cit.] expone que en este modelo un mismo órgano —el Poder Legislativo— se convierte simultáneamente en juez y parte de sus propias decisiones. Ello supone el apostar y confiar en la capacidad institucional de la autocensura y la moderación corporativa; en la presencia activa de las minorías parlamentarias como agentes de control de los excesos legisferantes de la mayoría; y residualmente en el derecho de acción de la ciudadanía.

Este modelo se sustenta en la premisa que el Parlamento como expresión directa de la voluntad supra del pueblo, representa un valor político absoluto que no admite ninguna erosión del principio de la omnipotencia de la ley; amén de preservar las decisiones institucionales de renovación legislativa y acción reformadora.

Como expone Víctor Ferreres Comella [*Una defensa del modelo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011] el principio de separación de poderes planteado por Carlos Luis de Secondant, barón de la Brede y Montesquieu instituyó la idea del juez vedado de escrutar la constitucionalidad de las leyes. Así en su obra *El Espíritu de las Leyes*, este expone que al Parlamento no solo le corresponde la función de crear sino además de interpretar la ley. Bajo dicho influjo el novísimo republicanismo francés de finales del siglo XVIII, introdujo el denominado Recurso de Urgencia ante la Asamblea Legislativa, por el cual el ente legisferante aclaraba a solicitud del juez, la voluntad de la ley.

A lo sumo, la acción legislativa tenía como parámetros de control el veto del Poder Ejecutivo y la lealtad constitucional del pueblo.

Los antecedentes del control orgánico político pueden encontrarse en la Ley del 16-24 de agosto de 1790, mediante la cual la Convención francesa dispuso que "*los tribunales no podrán tener directa o indirectamente ninguna injerencia en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el rey, bajo pena de prevaricación*". Asimismo, en la Constitución de 1791 se fijó claramente que "*los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo ni suspender la ejecución de las leyes*".

Al respecto, como sintetiza Maurice Hauriou [*Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Comares,

2003] lo expuesto apuntaba a "exaltar la ley y abatir al juez".

Como hemos expuesto, dicho modelo fue inspirado en los postulados planteados por el abate Emmanuel Sieyès en un texto conocido como *Opiniones* y sustentada durante los debates de las constituciones de 1791, 1793. Dicho ente alcanzaría una cierta en la concretización en la Constitución francesa de 1852.

Al respecto, debe anotarse que la desconfianza en el operador jurisdiccional provenía de los ataques ideológicos perpetrados por la en ese entonces supérstite magistratura del *Ancien Regime* contra las bases del constitucionalismo democrático emanados de la Revolución Francesa. Como tal encontrará cierta cabida en el constitucionalismo liberal europeo.

La expresión tenue de este modelo en el constitucionalismo liberal europeo, renovará su influencia a través de la Constitución estalinista de 1936; lo que promoverá su impronta al resto de los países de la entonces estentórea orbita socialista.

La incorporación de este modelo en la experiencia estadual marxista leninista emana de la doctrina del centralismo democrático y en donde el Parlamento deviene en el portador clasista de la soberanía nacional.

Al respecto, cabe señalar que en la teoría marxista del derecho se considera que el control de constitucionalidad es parte del engranaje del principio de separación de poderes; el cual es una pauta basilar de la sociedad burguesa en donde el interés de clase hace "necesario" fragmentar el ejercicio de poder y sujetarlo a un sistema de frenos y de contrapesos. En cambio, en el marco de la utopía de la sociedad sin clases, no se hace necesario el control constitucional al margen del poder único e indivisible expresado en la voluntad monolítica del proletariado.

En América Latina aparecerá, entre otras, en la Constitución del Perú de 1826 con la creación de la Cámara de Censores; en la Constitución de Brasil de 1830 y en las constituciones ecuatorianas de 1830 y 1851.

Daniel Soria Luján [*Los mecanismos de defensa de la Constitución en el Perú. El poder conservador y el Consejo de Estado*. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995] refiere que en nuestro país durante la vigencia de la Constitución de 1828, el Parlamento a través de su órgano denominado Consejo de Estado ejerció, por primera vez un control de constitucionalidad al anular mediante una disposición de fecha 26 de enero de 1830 un decreto supremo expedido por el Poder Ejecutivo por el cual se ordenaba observar en todas las instancias de justicia de la República un acuerdo de la Corte de Lima.

Asimismo, mediante disposición de fecha 22 de noviembre de 1832 anuló un decreto supremo expedido por el Poder Ejecutivo que contrariamente a lo dispuesto por la Ley de Presupuesto, transfería una partida de contribución a favor de la provincia de Huaylas al Colegio de Huaraz.

En esa orientación, Francisco Fernández Segado [*La justicia constitucional: una versión del derecho comparado*. Madrid: Dykinson, 2009] expone que en el sistema político francés, el Presidente de la República ejerce una función de arbitraje político; en tanto que el Consejo Constitucional asume la responsabilidad de garantizar desde una perspectiva técnica las reglas constitucionales que rigen el funcionamiento de los poderes públicos.

Las razones de su aplicación se basan en lo siguiente:

a) Concentración y unidad de las funciones de elaboración-control de la legislación en el órgano parlamentario, al que se considera como supremo poder estatal

Se asume que siendo aquel órgano el portador de la soberanía popular, le corresponde en exclusividad el ejercicio del control de la constitucionalidad. Como consecuencia de lo expuesto, surge la atribución multánime de establecer la normatividad general; verificar que su actividad legisferante sea armónica y coherente con el texto fundamental; y vigilar la efectividad de su aplicación.

b) Defensa del principio de exonerabilidad consistente en la inadmisibilidad de que los actos parlamentarios puedan ser objeto de observancia o control por otros órganos estatales

La tutela de la defensa de la constitucionalidad se deposita en el propio Órgano Legislativo, como consecuencia de razones históricas, ideológicas y pragmáticas que tienden a relieves el papel de dicho ente; a manifestar una vocación recelosa de la actividad jurisdiccional; así como a una imputación prejuiciosa contra el Poder Ejecutivo, acusado de voraz y abusivo.

Entre los procedimientos utilizados por los órganos de control político, tenemos los siguientes:

a) El procedimiento de la cuestión previa se manifiesta en el momento de deliberar sobre una iniciativa legislativa o de manera precedente a la promulgación de una ley. En este caso, corresponde al Presidente del ente parlamentario el declarar de oficio o a petición de parte que no abrirá paso a la deliberación de fondo de un proyecto de ley, en razón de que la propuesta normativa es aparentemente inconstitucional. Por lo demás, cualquier parlamentario puede solicitar dicha declaración por la razón expuesta.

En ambos casos se apela al Pleno del Parlamento para que se decida preliminarmente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto presentado.

b) El procedimiento de revisión previa se manifiesta como un acto previo a la sanción de la ley, a pedido de un órgano extraparlamentario.

c) El procedimiento por acción popular se manifiesta mediante una petición formulada por un mínimo determinado de ciudadanos, a fin de que se reexamine la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

Como puede observarse en el primer y segundo caso existe un control *a priori*, y en el tercero un control *a posteriori* o reexaminador de una decisión normativa emanada del Parlamento.

Al respecto, pueden citarse las experiencias siguientes:

La Constitución de Finlandia de 1919, tras la reforma constitucional del 2000, ha ratificado su adscripción a dicho modelo que data de 1882.

En ese sentido, dicho texto señala que es función de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento, el emitir su dictamen sobre la constitucionalidad de las proposiciones de dación de ley.

La referida Comisión tiene carácter permanente. La tradición parlamentaria exige que por lo menos la mitad de sus miembros tenga formación en materias constitucionales; amén de que el ente cuente con el apoyo de expertos externos.

La Constitución cubana de 1976 establece que corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes y demás disposiciones legales. Para tal efecto, al interior de su seno se ha creado la Comisión de Asuntos Constitucionales; la cual es la encargada de emitir dictámenes propositivos a la Asamblea Nacional.

La Constitución china de 1982 señala que corresponde al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional el interpretar y supervisar el cumplimiento de la Constitución; esta incluso tiene facultades de revocación de todas las disposiciones legales contrarias a la Constitución.

Dentro de una óptica especial aparece en la Constitución francesa de 1958 el denominado Consejo Constitucional. Dicho ente se compone de nueve miembros; los cuales son designados paritariamente por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

El Presidente del Consejo es designado por el Presidente de la República.

Tiene la responsabilidad de *examinar preventivamente* las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas

parlamentarias. Asimismo, se podrá someter a la evaluación de constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, a petición del Órgano Ejecutivo.

La calidad de ente político es esgrimida por Bernard Chenot –ex Presidente de dicho órgano– al afirmar en 1977 que "El Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple". Por ende, deviene en la perspectiva francesa en una "pieza clave de contención política".

En esa orientación, Francisco Fernández Salgado [*La justicia constitucional: una versión del derecho comparado*. Madrid: Dykinson, 2009] expone que en el sistema político francés, el Presidente de la República ejerce una función de arbitraje político; en tanto que el Consejo Constitucional asume la responsabilidad de garantizar desde una perspectiva técnica las reglas constitucionales que rigen el funcionamiento de los poderes públicos.

2.1.2.- El control orgánico jurisdiccional

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad de manera directa o indirecta en un ente administrador de justicia. Dicho modelo puede ser clasificado en: americano o de jurisdicción difusa y europeo o de jurisdicción concentrada.

Marina Gascón Abellán [ob. cit.] señala que, entre otros, la distinción radicaría en que el modelo americano o de jurisdicción difusa está orientado primordialmente a generar garantías sobre los derechos fundamentales; en tanto que el modelo europeo o de jurisdicción concentrada está orientado esencialmente a cautelar la conformidad constitucional de la elaboración y contenido de una ley. En ambos casos la acción contralora es asumida por un órgano jurisdiccional

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.1.2.1.- El modelo americano o de jurisdicción difusa

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del Órgano Judicial ordinario (se le denomina también de revisión judicial –*Judicial Review*– o de contralor judicial). Así, la pluralidad de los jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial.

En este caso no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*, sino que son los jueces comunes los que ante una determinada controversia deberán examinar si existe contradicción entre la norma invocada – teóricamente aplicable para amparar un supuesto derecho–, y los alcances de la propia Constitución, por

lo que, de ser el caso, aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la ley inconstitucional.

En efecto, la facultad contralora no se concreta en una sola sala o tribunal, sino que se disemina o dispersa en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una ley inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta; ergo, no puede ser planteada como una acción directa. Por otra parte, la decisión judicial tiene efectos declarativos; consiguientemente, al decidirse la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, generará su inobservancia. Así, dicha ley no surtirá efecto alguno en el caso sometido a consideración.

Cabe explicar que la inaplicación surge cuando el juzgador debe evitar resolver una *litis*, en base a una norma inconstitucional.

Como expone Pedro Cruz Villalva [*La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: CEC, 1987] "la cuestión se resuelve como un incidente en el desarrollo del proceso y la eventual apreciación de inconstitucionalidad encuentra su reflejo en el fallo dictado como si la norma en cuestión no existiese".

Al respecto, tal como señala Gumersindo Trujillo Fernández [*Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. Tenerife: Universidad de la Laguna, 1970]: "*El juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que los efectos de su declaración son lógicamente retroactivos; y dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (efectos ex tunc e inter partes)*".

Por tal motivo, la ley en pugna con la Constitución no queda afectada, en principio, en su vigencia general. Ahora bien, en aplicación del principio de *stare decisis*, los jueces quedan vinculados por la fuerza del precedente, por lo que, en la práctica, a través del tiempo tal declaración alcanzará efectos de carácter total.

En suma, a este modelo o sistema se le puede situar bajo el signo de la acción defensiva. La ley calificada de inconstitucionalidad no es anulada, sino que simplemente se rechaza su aplicación dentro del pleito generado por un accionante. Así, vía una *decisión judicial* el juez "veta" la aplicación de una ley inconstitucional para resolver una controversia. Para tal efecto, reviste su decisión con la autoridad de la cosa juzgada.

En resumen, las características del sistema de jurisdicción difusa son las cuatro siguientes:

a) Control extendido

La declaración de inconstitucionalidad es una atribución que corresponde ser ejercida por cualquier autoridad judicial, con prescindencia de su grado o jerarquía funcional.

b) Control incidental

El pronunciamiento de inconstitucionalidad surge a partir de la existencia previa de una cuestión judicial generada a través de cualquier proceso rutinario y planteada entre personas naturales y/o jurídicas.

c) Control con eficacia relativa

El pronunciamiento de inconstitucionalidad solo alcanza a las partes comprometidas en una cuestión judicial. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos, en principio, interpartes e inaplicativos.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que de manera mediata por efecto del *stare decisis* un pronunciamiento puede alcanzar eficacia plena. Ello subsecuentemente en razón al respeto y acatamiento al precedente vinculante, los órganos jurisdiccionales deberán seguir lo obligatoriamente decidido por otro que en uso de jerarquía lo ha establecido como tal.

d) Control residual

Tal pronunciamiento surge de una actividad "añadida" a la tarea judicial de dirimencia en los conflictos derivados entre dos partes litigantes.

Dale Furnish ["La revisión judicial de la constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos". En: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999] resume los alcances de dicha jurisdicción en que la validez constitucional de una ley, es la última cuestión a examinarse en el marco de un proceso judicial sobre derechos en conflicto.

Expone que existirá abstención de pronunciamiento en caso se constate la existencia de una "cuestión política". Asimismo, en lo relativo a la Corte Suprema esta tiene discrecionalidad para decidir sobre conocer o no conocer un determinado proceso judicial.

Es de verse que ante lo resuelto por la instancia inmediata inferior (Corte de Apelaciones) la Corte Suprema expide o se abstiene de otorgar el auto de avocación.

Dicho auto es la manifestación del instituto denominado *certiorari*, mediante el cual la Corte Suprema decide discrecionalmente –en atención a la importancia de los intereses jurídicos en juego– el revisar o no revisar una resolución judicial.

2.1.2.2.- El modelo europeo o de jurisdicción concentrada

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional especial (se le denomina *ad hoc* o de contralor concentrado), a quien se le ha confiado el control de la constitucionalidad a un ente particular y autónomo del resto de los órganos del poder estatal.

En dicha creación tuvo protagónica responsabilidad Hans Kelsen; el cual posteriormente fundamentó sus alcances doctrinarios en una obra denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928).

Domingo García Belaunde [*Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Tecnos, 2001] señala que el sistema de jurisdicción concentrada se caracteriza por entregar el control a "un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la tríada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial [...]". Este órgano tiene atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la declaración –que produce efectos generales– de inconstitucionalidad de una ley, declaración que se desarrolla por vía principal y sin necesidad de que exista un conflicto particular previo. Es decir, existe un órgano especialmente encargado de conocer las acciones de inconstitucionalidad.

El resultado de la intervención jurisdiccional ocasiona que la ley cuestionada sea anulada (es decir, se le considere inexistente); decisión que se reviste de la autoridad absoluta que emana de la cosa juzgada. Así, la impugnación de la ley por esta vía, puede llevar a su expulsión definitiva del ordenamiento jurídico. Ello generalmente se produce desde el momento mismo del pronunciamiento jurisdiccional (efectos *erga omnes* y *ex nunc*).

El efecto *ex nunc* (a futuro) se explica por el propósito de tutelar principios como la estabilidad y la seguridad jurídica, que podrían verse gravemente afectados en caso de que se admitiesen alcances retroactivos del fallo declaratorio de inconstitucionalidad.

En puridad, este sistema se basa en la existencia de un órgano estadual, diferente y autónomo de los tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), el cual ejerce control a partir de una privativa jurisdicción constitucional. A este ente, compuesto por magistrados orgánicamente ajenos al cuerpo administrador de justicia ordinaria, se le reserva el derecho excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley y, por extensión, la facultad de su derogación con efectos rescisorios generales, así como el establecimiento de los mecanismos de corrección del acto inconstitucional.

Eduardo García de Enterría [La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981] señala que "Se trata de un control abstracto de las normas, que se rige no en función de un conflicto de interés, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia absoluta sobre la interpretación del texto constitucional con relación a su compatibilidad con una ley singular".

En resumen, las características de este sistema serían las siguientes:

a) Control condensado

La declaración de inconstitucionalidad corresponde ser ejercida única y exclusivamente por un órgano especializado.

b) Control principal

El pronunciamiento de inconstitucionalidad se produce cuando se plantea directamente ante el órgano especializado, un proceso especial denominado acción de inconstitucionalidad. Por ello, no es necesaria la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial.

c) Control abstracto

El órgano especializado se encarga de analizar una norma cuestionada de inconstitucionalidad, en forma aislada e independientemente de la existencia de aplicación de una ley a un caso concreto que afecte intereses particulares. En ese contexto, se promueve una resolución de puro derecho.

d) Control con eficacia general

El pronunciamiento de inconstitucionalidad opera de manera derogante y genérica. Las consecuencias de la decisión del órgano especializado afectan al Estado y a todos los ciudadanos y adscritos a él. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes* y abrogativos.

En el sistema de jurisdicción concentrada, el juzgador *ad hoc* responde en los hechos a una iniciativa *legislativo-jurisdiccional* en donde se le plantea decida a favor de una "derogación" *sui generis*, vía la expedición de una sentencia, de una ley inconstitucional.

Este sistema inspirado en el pensamiento de Hans Kelsen, rompió con la tradicional concepción según la cual no se podía modificar, anular o suprimir la vigencia de una ley, ya que ella era, hasta ese entonces, la expresión omnímoda del pueblo reunido en el Parlamento. Al respecto, debe anotarse que Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu [El espíritu de las leyes. México: Porrúa, 1992] había señalado lo siguiente: "El juez es simplemente la boca

que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor".

El sistema europeo o de jurisdicción concentrada se presenta en países como Austria, Alemania, España, Italia, etc.

2.1.3.- Los modelos originarios y las variables de admisión, naturaleza del acto cuestionado y tiempo de impugnación

Los modelos de control orgánico político y orgánico jurisdiccional pueden ser adicionalmente estudiados bajo las variables siguientes:

a) Por su admisión pueden ser expresas o implícitas

La admisión expresa aparece cuando la Constitución instituye de manera explícita y manifiesta la existencia de un órgano encargado del control de la Constitución. Tal el caso de la Constitución italiana de 1947, la Constitución alemana de 1949 o la Constitución española de 1978.

La admisión implícita es aquella en donde en vía de integración, a falta de expresión manifiesta en la Constitución, el modelo se implanta por decisión jurisprudencial. Tal el caso de Estados Unidos (caso *Marbury vs. Madison*) o Argentina (caso Eduardo Soyo).

Al respecto, en el caso del refugiado español Eduardo Soyo la Corte Suprema argentina resolvió en 1887, de manera idéntica a lo previsto por la Corte Suprema norteamericana en *Marbury vs. Madison*. Así, el propietario de la revista de dibujos y crítica política "Don Quijote", en la que habían aparecido caricaturas de algunos congresistas, fue arrestado por orden de la Cámara de Diputados. Ante ello, se interpuso directamente ante la Corte Suprema un *habeas corpus* fundándose en lo dispuesto en la Ley N° 48. Dicho órgano se declaró incompetente para pronunciarse *inmediatamente*, ya que ello implicaría extender su jurisdicción *originaria* más allá de los límites que le fijaba la propia Constitución.

b) Por la naturaleza del acto cuestionado pueden ser por razones activas u omisivas

El *activo* aparece cuando el control se produce por la anómala acción legisferante de un ente gubernamental. Tal el caso de Chile.

El *omisivo* aparece cuando el control se produce por la mora o retardo en cumplir un mandato constitucional de legislar, y a efectos de obtenerse la optimización plena de los principios, valores o normas del texto supra. Tal el caso de Portugal.

c) Por el tiempo de impugnación pueden ser preventivos, reparadores o mixtos

La impugnación preventiva aparece cuando el control se realiza cuando la norma cuestionada se encuentra aún en proceso de gestación; es decir, aún no forma parte del ordenamiento jurídico, y, por tal, carece de obligatoriedad. Tal el caso de China.

La impugnación reparadora aparece cuando el control se realiza sobre una norma vigente y obligatoria y componente del ordenamiento jurídico. Tal el caso de España.

La impugnación mixta aparece cuando el control es pre y post; ergo opera sobre las normas en proceso de elaboración o las declaradas vigentes. Tal el caso de Irlanda.

2.2.- Los modelos derivados

De acuerdo con la doctrina se comprende como tales al control sobrepuesto, al control orgánico mixto y al control orgánico dual. En el caso peruano se ha creado una expresión contralora que denominamos sinérgico.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.2.1.- El control sobrepuesto

Este surge como consecuencia del otorgamiento de competencias de control constitucional concentrado a una Sala de la Corte Suprema de un Estado.

En este modelo el ente contralor se encuentra adscrito al Poder Judicial y ejerce exclusiva y originalmente la función de expulsar del ordenamiento jurídico aquellas leyes incompatibles con los principios, valores o normas de la Constitución.

Al respecto, son citables los casos de Costa Rica, Paraguay, Uruguay, etc.

Recibe tal denominación en razón a que la máxima instancia del Poder Judicial ejerce una función de control constitucional concentrado con carácter monopólico.

En suma, el Poder Judicial aparece como un órgano *postizo* de control.

2.2.2.- El control orgánico mixto

Este surge como consecuencia de la mezcla, fusión o combinación de dos o más modelos originarios, constituyendo un modelo sui géneris que, por ende, deviene en distinto de aquellos que le sirvieron de base. En ese aspecto, Domingo García Belaunde [ob. cit.] señala que "cuando las influencias son tan fuertes [...] se adquiere una nueva fisonomía". Así, partiendo de un influjo absorptivo y recreador se genera en la praxis un modelo relativamente diferente.

Esta mezcla o combinación de dos o más modelos da lugar a un *tertium*, en donde los rasgos sincréticos permiten señalar algo distinto, pero no tanto para calificarlo como original.

En puridad, de la imitación y la recepción surge algo parcialmente diferente.

En este modelo el órgano administrador de la justicia ordinaria –Poder Judicial– ejerce simultáneamente un control difuso y concentrado, según sea la naturaleza de la acción objeto de su conocimiento.

Al respecto, son citables las experiencias de Brasil, Venezuela y México.

En el caso del Brasil, al máximo órgano de la justicia ordinaria denominado Supremo Tribunal Federal se le han conferido las atribuciones que son propias dentro de una jurisdicción concentrada a una Corte o Tribunal Constitucional. Entre las distintas modalidades procesales aparece la acción directa de declaración de inconstitucionalidad, bajo las modalidades de acción de declaración de inconstitucionalidad interventiva y genérica. Empero también aparece el recurso extraordinario para revisar una sentencia supuestamente contraria a la Constitución.

En ese contexto, Ernesto Blume Fortini [ob. cit.] señala que "*A pesar de la existencia de un control disperso de constitucionalidad se ha incorporado la acción directa de inconstitucionalidad, bajo las modalidades interventiva y genérica. La primera controladora del orden interno respecto de los ordenamientos federales, y la segunda, cauteladora de la constitucionalidad de las leyes en general*".

En el caso de Venezuela, existe el control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial; concretamente se cuenta con un control concentrado a cargo de la Corte Suprema que tiene facultades exclusivas y excluyentes para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellos actos violatorios de la Constitución.

En el caso de México, existe un control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial; y simultáneamente se le ha conferido a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad contra normas generales.

En ese sentido Arturo Zaldivar Telo de Sarria ["La justicia constitucional en México. Balance y ritos". En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002] señala que México cuenta "con un sistema de justicia constitucional complejo, formado por distintos instrumentos procesales: a) controversias constitucionales; b) acciones de inconstitucionalidad; c) medios de impugnación en materia política electoral; y d) juicio de amparo".

En relación a lo expuesto, Domingo García Belaunde [ob. cit.] plantea que se trata de un control mixto en razón a que "un solo órgano, la Corte Suprema aparece como única instancia final, pues conoce tanto del

control incidental (modelo americano) como del control abstracto (a través de la acción popular de inconstitucionalidad [...]). Es decir, se fusionan armoniosamente las peculiaridades del modelo americano con el europeo, y dan origen a un *tertium quid*".

2.2.3.- El control orgánico dual o paralelo

Este modelo surge como consecuencia de la aplicación de dos modelos originarios que coexisten en forma independiente o autónoma, manteniendo cada uno de ellos sus propias características. Es decir, en este caso existe una aplicación paralela sin proceso alguno de mezcla o fusión entre los modelos originarios trasplantados.

Domingo García Belaunde [ob. cit.] –autor de la nomenclatura– señala que el modelo dual o paralelo "es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse".

En puridad, se trata de un modelo que plantea la coexistencia del control jurisdiccional concentrado y el control jurisdiccional difuso, sin interferencia mutua.

A nuestro entender, dicha acepción es aplicable para el caso de la Constitución peruana de 1979.

En efecto, el artículo 298 del referido texto instituyó al Tribunal Constitucional como órgano de control concentrado; empero, paralelamente en el artículo 236 reconoció al Poder Judicial como órgano de control difuso.

2.2.4.- El control orgánico sinérgico: el modelo peruano

En nuestro país aparece un modelo derivado y sinérgico en donde se acredita la existencia de un control político preventivo y un control jurisdiccional reparador en sus dos variables.

Recibe dicha denominación por la asimilación de la pluralidad de modelos originarios; esta variable procura una acción coexistente de varios entes tendentes a lograr un efecto único: la salvaguarda de los principios, valores y normas constitucionales, frente a una actividad legislativa incompatible con la Constitución a ante la expresión de conductas irregulares o arbitrarias de gobernantes y ciudadanos.

Al respecto, cabe señalar que la denominación de sinérgica se ampara en razón a que la Real Academia de la Lengua Española define dicho término como "la acción combinada de diversas acciones tendentes a lograr un efecto único", así como, a "la asociación de varios órganos para realizar una función".

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.2.4.1.- Aplicación del control orgánico político

Por una interpretación concordada entre los artículos 94 y 102 de la Constitución y los artículos 70, 90, 91 y 92 del Reglamento del Congreso de la República, dicho ente realiza un control orgánico político.

En ese contexto, importante papel le corresponde a la organización parlamentaria la Comisión Ordinaria de Constitución y Reglamento.

Al respecto, veamos lo siguiente:

Constitución de 1993

"Artículo 94.- Reglamento del Congreso

El Congreso elabora ya prueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga beneficios que les corresponden de acuerdo a ley".

"Artículo 102.- Atribuciones del Congreso

Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.
8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.
9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país.
10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa".

Reglamento del Congreso

"Dictámenes

Artículo 70.- *Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una sumilla de las opiniones que sobre el proyecto de ley hubiesen hecho llegar las organizaciones ciudadanas.*

Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.

Los dictámenes pueden concluir:

- a) En la recomendación de aprobación de la proposición en sus términos.
- b) En la recomendación de aprobación de la proposición con modificaciones. Para este efecto se acompaña el respectivo proyecto sustitutorio. El Presidente de la Comisión dictaminadora remite al Pleno la documentación completa de la aprobación del dictamen.
- c) En la recomendación de no aprobación de la proposición y su envío al archivo o en la inhibición de la Comisión por no tener competencia en la materia de la proposición. Las proposiciones rechazadas de plano no requieren dictamen y solo se archivan mediante decreto, informándose a la Oficialía Mayor. *En el acta de la respectiva sesión, debe especificarse las causales que determinan la decisión de la Comisión, tales como la copia de otros proyectos y su incompatibilidad con la Constitución Política, entre otras".*

"Procedimiento de control sobre la legislación delegada

Artículo 90.- El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.

- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.
- c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. *En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros".*

"Procedimiento de control sobre los decretos de Urgencia

Artículo 91.- El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del Decreto de Urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles. La Comisión da cuenta al Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día útil siguiente a la aprobación del dictamen. El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y ordena su publicación en el Portal del Congreso o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano.
- c) *La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se*

fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo.

- d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley".

"Procedimiento de control sobre los tratados ejecutivos

Artículo 92.- Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan 'Tratados Internacionales Ejecutivos' para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y *solo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política.*

Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento. Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos.

Realizado el trámite a que se refiere el párrafo anterior, y a más tardar dentro de los tres (3) días útiles, el Presidente del Congreso remite copia a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso de la República las que estudian y dictaminan los tratados internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el

plazo de treinta (30) días útiles; *verificando si ha cumplido con lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Constitución Política y la presente Resolución Legislativa.*

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en este artículo, ello no impide el control parlamentario con arreglo a la presente norma.

En la primera sesión siguiente a la recepción de los dictámenes de las Comisiones Dictaminadoras que recomiendan dejar sin efecto un tratado internacional ejecutivo, el Presidente del Congreso lo pone en consideración del Pleno o de la Comisión Permanente. Si el Congreso aprueba los términos del dictamen negativo, emite resolución legislativa dejando sin efecto el tratado, lo que notifica al Presidente de la República para que dentro de los cinco (5) días útiles siguientes corra aviso a las demás partes. Una vez publicada la resolución legislativa, el tratado pierde vigencia interna.

Sin perjuicio del aviso a las demás partes del tratado, el Presidente de la República al recibir la decisión del Congreso, puede tramitar el tratado en vía de subsanación, conforme lo establece el artículo 56 de la Constitución Política.

El Presidente de la República puede someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso, el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que estas los estudien.

La opinión de las citadas comisiones no condiciona al Presidente de la República".

Cabe señalar que la comisión es un grupo de trabajo especializado de congresistas que entre otras tareas, le compete el estudio y dictamen de los proyectos de ley.

En este caso en particular la Comisión de Constitución y Reglamento expide dictámenes, que son documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de ley.

Dicho dictamen aprobado por la Comisión es elevado al Pleno del Congreso de la República; el cual luego del correspondiente debate procede a aprobar o desestimar el dictamen. En dicha circunstancia cabe la posibilidad que un proyecto sea enviado al archivo por habersele encontrado un vicio de inconstitucionalidad que impide la prosecución del trámite de convertirse en ley.

De otro lado, el artículo 108 de la Constitución a través de la figura de la observación presidencial instituye a favor del Poder Ejecutivo una competencia residual de control orgánico político.

En efecto, el artículo 108 de la Constitución textualmente señala que:

"Artículo 108.- Promulgación de las leyes

La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a este en el mencionado término de quince días.

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

La observación permite que el Presidente de la República solicite al Congreso de la República el reexamen y ratificación de aprobación de una ley por razones de supuesta existencia de vicios técnicos sobre la materia legislada, contradicciones con la política general del gobierno, así como por supuestos vicios normativos de inconstitucionalidad, sean estos formales o materiales.

A manera de colofón, cabe recordar que el Tribunal Constitucional en el caso cien congresistas de la República (Expediente N° 00019-2005-PI/PC) ha señalado que "aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad, existe sin embargo, de conformidad con el artículo 108 de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional".

En suma, el Congreso de la República actúa como órgano de control *preventivo* en el caso de los proyectos de leyes objeto de una cuestión previa de constitucionalidad; como órgano de control *reparador* en el caso de la revisión de las facultades delegadas (decretos legislativos); y como órgano de control *autocorrector* en el caso de la observación presidencial sobre leyes aprobadas pero no promulgadas.

2.2.4.2.- Aplicación del control orgánico difuso

El artículo 51 de la Constitución expresamente establece la supremacía jerárquica de la Constitución, al señalar que esta prevalece sobre toda norma legal.

En atención a dicha determinación constitucional aparece como correlato, en el artículo 138 del mismo texto, el establecimiento del denominado control constitucional difuso o *judicial review*.

"Artículo 138.- Impartición de justicia. Control difuso

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 sus 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".

Este modelo contralor se encuentra en *principio* a cargo del Poder Judicial. Así, la totalidad de jueces tiene facultades para establecer la inconstitucionalidad de una norma dentro del marco de una controversia concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a los partes intervinientes en dicha *litis*.

En efecto, dicha facultad contralora no se encuentra en un juzgado o sala, sino que se disemina en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una norma inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta; ergo, no puede ser planteada como una acción directa. Asimismo, es dable advertir que la decisión judicial tiene efectos declarativos; consiguientemente, al decidirse la inaplicación de una norma a un caso concreto, generará la declaración formal de su inobservancia, por lo que dicho precepto no surtirá efecto alguno en el caso sometido a consideración.

Este modelo se caracteriza por ser expresión de un control extendido, incidental, con eficacia relativa, residual y declarativa.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel (Expediente N° 01124-2001-AA/TC) ha señalado que "El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el

principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental.

En el caso de nuestro país, cabe mencionar que en el artículo 10 de la Constitución liberal de 1856 textualmente se reconoció por primera vez el principio de supremacía normativa de la Constitución, al establecer que "Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución".

La referida norma no fue objeto de desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial.

Durante la vigencia de la entonces novísima Constitución de 1920 se produjo el caso Cecilia Althaus de Pardo. En puridad, se trató de un hábeas corpus presentado por la esposa de Luis Pardo Barreda (hermano del ex Presidente José Pardo).

El beneficiario de la acción había sido detenido conjuntamente con periodistas, ex congresistas y ex ministros, en razón a su calidad de opositores al régimen de Augusto B. Leguía.

La interposición del hábeas corpus fue respondida por el gobierno con la deportación del beneficiario hacia la ciudad de Nueva York, bajo el eufemismo de "viaje al exterior".

Más aún, el gobierno dictó la Ley N° 4007 en donde se dispuso el corte y archivamiento definitivo de todos los procesos judiciales abiertos contra las autoridades políticas, como consecuencia de actos realizados en "salvavarda" del orden público. En suma, enervaba el derecho de los justiciables a la interposición de un hábeas corpus en casos de naturaleza política.

En fecha 26 de agosto de 1920, la Corte Suprema recogiendo íntegramente el dictamen fiscal elaborado por el doctor Guillermo Seoane finalmente declaró fundado el hábeas corpus presentado a favor de Luis Pardo Barreda, disponiendo que este tuviera el derecho de residir en el territorio nacional en tanto no existiese una ejecutoria judicial de expatriación como pena.

La argumentación del fiscal supremo Guillermo Seoane se sustentó en que la Ley N° 4007 era violatoria de los artículos 35 y 36 de la Constitución de 1920; los cuales sustentaban que bajo ninguna circunstancia se podía suspender por ninguna ley o autoridad, el derecho a la interposición de un hábeas corpus. Ergo, implícitamente la Ley N° 4007 fue objeto de inaplicación por infracción al principio de supremacía jerárquica de la Constitución.

Ahora bien, el control difuso se introduce formalmente en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 en donde se establece que "[...] cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley, se prefiere la primera".

Cabe señalar, que dicha competencia contralora fue desdeñada por la propia judicatura por temor a las reacciones a los gobiernos de turno.

En ese sentido, resulta emblemático el caso del ex Presidente de la República José Luis Bustamante y Rivero derrocado y desterrado el 27 de octubre de 1947.

En 1955, José Luis Bustamante y Rivero decidió regresar al Perú; empero, el Cónsul General del Perú en Ginebra (Suiza) le negó la visa de su pasaporte, luego de recibir instrucciones del gobierno encabezado por el dictador Manuel A. Odría.

En razón a ello, el doctor Luis Bedoya Reyes interpuso a favor de aquel un hábeas corpus, por violación al derecho de libre tránsito (ingreso y salida del país).

La Corte Suprema de la República desestimó la referida acción de garantía, amparándose en argumentos tales como:

- a) Que la Ley de Seguridad Interior de fecha 1 de julio de 1949 (Ley N° 11049) se encontraba vigente; por ende, era legal impedir el ingreso al país del beneficiario a efectos de velar por el orden público y mantener la tranquilidad ciudadana ad portas de los comicios electorales de 1956.
- b) Que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 relativo al control difuso de constitucionalidad solo era aplicable al ámbito del derecho civil.
- c) Que el control difuso de constitucionalidad, al margen de lo estrictamente señalado en el Código Civil, no se encontraba reconocido en forma expresa e inequívoca en la Constitución (texto de 1933).
- d) Que el texto supra no le ha otorgado competencia a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la Ley.

La sentencia elaborada por los magistrados Sayán Álvarez, Lengua, Tello Vélez, Ponce Sobrevilla y Gonzáles marcó indeleblemente la actuación de dicho órgano. Cabe dejar constancia del honorable voto singular expuesto por el doctor Domingo García Rada.

Asimismo, durante el gobierno militar encabezado por el general Juan Velasco Alvarado (1970) se ventiló el caso Fundo Tumán, a raíz de la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716).

Los demandantes plantearon que dicho proceso era infractorio de lo dispuesto en la Constitución de 1933; e incluso que su aplicación era contraria a lo consignado en el propio Decreto Ley.

En ese contexto, la Corte Suprema de la República expresó lo siguiente: "El Poder Judicial carece de la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puesto que la Constitución no se la concede como tampoco le acuerda la facultad de apreciación y preferencia establecida en el artículo XII del Título Preliminar del Código, disposición circunscrita al ámbito de los juicios civiles, según lo prescribe la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo Octavo; y por lo tanto extraña a los alcances de la acción de Hábeas Corpus".

Posteriormente, vía el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Ley N° 14605) se estableció específicamente la facultad de control difuso en la vía judicial ordinaria. Para tal efecto, se declaró que a la Corte Suprema de la República le correspondía pronunciarse en última instancia sobre la inaplicación de una ley por inconstitucional.

En esa orientación, por primera vez a nivel constitucional en el artículo 236 de la Constitución de 1979 se consignó lo siguiente:

"En caso de inconstitucionalidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera.

Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna".

Por último, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (T.U.O. del Decreto Supremo 017-93-JUS) se determinó lo siguiente:

"Artículo 14.-

[...] 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 y una con rango de ley, resuelvan la causa con arreglo a la primera [...]"

2.2.4.3.- Los presupuestos de aplicación del control difuso

El Tribunal Constitucional en el caso del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel (Expediente N° 01124-2001-AA/TC) en aplicación de lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha consignado como presupuestos para la inaplicación de una norma, las siguientes:

- a) Que se efectúe en el proceso judicial, en donde específica y concretamente el objeto de impugnación sea un acto que implique la aplicación de una norma considerada inconstitucional. En esta hipótesis el operador jurisdiccional debe acreditar que la

afectación del derecho constitucional de un justiciable es "obra" de la existencia de una norma inconstitucional. Para tal efecto, debe probarse la concatenación lógica siguiente: existencia y reclamo de resguardo de un derecho constitucional por parte de un justiciable; existencia de una norma inconstitucional; y acto de amenaza o violación de un derecho constitucional como consecuencia de intención o efectiva aplicación de una norma inconstitucional.

- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indiscutible con la solución de la controversia planteada. En esta hipótesis el operador jurisdiccional tomará en cuenta que la norma guarde una conexión relevante, plena e inescindible con la solución de la controversia planteada. Es decir, tal como expone Luis Castillo Córdova [*Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I, Lima: Plaestra, 2006] "debe tratarse de una norma que regule la totalidad o parte del caso que se ha presentado y que la solución del mismo pase por la aplicación de esa norma".
- c) Que no sea posible al operador jurisdiccional obtener una interpretación conforme a la Constitución. En esta hipótesis, el operador jurisdiccional tiene la obligación funcional de encontrar dentro de lo razonable una interpretación constitucional de la ley. En consecuencia, la inaplicación solo es factible cuando se hace imposible "salvar" a la ley de una declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, en la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) se establece que "los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución, cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional".

2.2.4.4.- Los límites al ejercicio del control difuso

Dicha actividad contralora está sujeta a las consideraciones siguientes:

- a) Que el operador jurisdiccional acredite que la norma objeto de examen haya o pudiera ser utilizada por un funcionario estatal o una persona de derecho privado, ocasionando la violación de un derecho constitucional; que esta sea relevante en la solución de la *litis* bajo su competencia; y que, no sea posible interpretación alguna que salve su expulsión del ordenamiento jurídico.

- b) Que el operador jurisdiccional respete los precedentes y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación a esto último, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) señala que este es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. De allí que en el Código Procesal Constitucional aparezca la prohibición a los jueces ordinarios de evadirse de las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de interpretación.

En ese contexto, los Jueces no pueden dejar de aplicar una ley o norma con rango de ley, cuya constitucionalidad hubiere sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad. En suma, en dicha hipótesis no opera el control difuso.

Asimismo, tampoco podrán dejar de aplicarse las normas reglamentarias, las normas administrativas y las resoluciones de carácter general que hubieren obtenido por la vía de la acción popular la confirmación de su constitucionalidad, por parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Ahora bien, en este supuesto no debe obviarse que conforme lo dispone el artículo 80 del Código Procesal Constitucional "los jueces deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, hasta que este expida resolución definitiva".

2.2.4.5.- El control difuso y el principio de conservación de las normas

La doctrina es uniforme al señalar que la declaración de inaplicación solo es admisible cuando el juez no puede encontrar a favor de la norma –en principio aplicable para la solución de un conflicto judicial– una interpretación conforme con la Constitución. Así, Pablo Pérez Tremps ["Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y Jueces Ordinarios". En: *Documentación Jurídica*, N° 45-46. Madrid, 1985] expone que cuando una norma admite más de una lectura interpretativa y, en ellas, existe un criterio hermenéutico que posibilita la conservación y aplicación de la ley, el juez deberá utilizar dicha opción de significación armónica y, por consiguiente, no podrá declarar su inaplicación.

En suma, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú (Expediente N° 00024-2004-CC/TC) la inaplicación de una norma por inconstitucional es la última *ratio* a la que debe acudir un juez; es decir, cuando queda claramente establecido que es imprescindible e inevitable para la solución del conflicto jurídico.

La inaplicación deviene en un acto hermenéuticamente complejo, en la medida que implica preferir la aplicación de la Constitución sobre una norma de rango inferior; la cual ostentaba hasta ese momento del beneficio de la presunción de validez.

El Tribunal Constitucional en el caso Defensoría del Pueblo (Expediente N° 00017-2003-AI/TC) ha señalado que el principio de la conservación de las normas se encuentra sujeto a las reglas siguientes:

- a) Que se verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe por lo menos una que salve a la norma de la declaración de invalidez.
- b) Que la interpretación efectuada resulte razonable. Ergo, implica expresar una justificación lógica. Así, es exigible que la conceptualización, proposiciones y razonamientos en pro de la declaración de compatibilidad constitucional, contengan argumentos coherentes y ordinariamente aceptables por la comunidad.

2.2.4.6.- El control difuso y la consulta de oficio

El instituto procesal de la consulta es obligatorio para el juez o sala que declare la inaplicación de una norma en un caso particular y concreto. Ello, bajo el presupuesto que no existiendo impugnación pendiente de resolver, el superior jerárquico debe revisar la decisión adoptada, a efectos de ratificar la medida adoptada, previniendo los problemas de interpretación en que se pudiere haber cometido.

En suma, la consulta permite verificar la correcta aplicación del control difuso.

Al respecto, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (T.U.O. del Decreto Supremo N° 017-93-JUS) dispone lo siguiente:

"Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso 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, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelvan 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, sino fueren impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en la que se aplique este mismo concepto, aún cuando contra estos no procede 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 medio que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin proyección del proceso por acción popular".

A lo expuesto cabe señalar, que para el caso de la aplicación del control difuso de los procesos constitucionales (hábeas corpus, amparo, etc.) es aplicable lo dispuesto en el artículo 3 del Título I del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que:

"Artículo 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 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 la aplicación del control difuso de la 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 estas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos 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,

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. la consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley".

2.2.4.7.- Aplicación del control difuso a cargo de otros órganos jurisdiccionales

El control difuso de constitucionalidad es compartido con otros órganos jurisdiccionales en sentido lato.

En ese entendido, también puede ser efectuado por el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, y el fuero arbitral.

En relación al Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, se dispone que en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa –aquella que encontrándose en vigencia resulta inmediata e incondicional– por ser incompatible con la Constitución; la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá además, la inaplicabilidad de la citada norma.

En ese contexto, en ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 202 de la Constitución, el Tribunal Constitucional puede en el marco de cualquiera de los procesos constitucionales mencionados, ejercer el control difuso de constitucionalidad y legalidad.

En relación al Jurado Nacional de Elecciones, el artículo 178 de la Constitución le otorga competencia para impartir justicia en materia electoral. En ese contexto, le alcanzan las disposiciones prescritas en el artículo 138 del citado texto supra.

En efecto, en su condición de garante orgánico del cabal cumplimiento de las normas electorales previstas en la Constitución, su decisión tiene carácter jurisdiccional; y en función a lo expuesto pasible de aplicar el control difuso.

En lo atinente al fuero arbitral, el Tribunal Constitucional en el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Expediente N° 00142-2011-PA/TC) ha dispuesto que "de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deberán preferir la primera".

Al respecto, ha señalado que "el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una *dimensión objetiva* definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna".

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por dicho órgano.

El control difuso arbitral solo será ejecutable bajo los presupuestos siguientes:

- a) Que se realice sobre una norma aplicable al caso de la que depende la validez del laudo

arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución.

- b) Que se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

2.2.4.8.- El reexamen extrainstitucional de las decisiones en materia de control difuso

El reexamen extrainstitucional del ejercicio de la competencia de control difuso de las normas, es realizado por el Tribunal Constitucional al amparo de lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

El artículo 201 concordante con el artículo 202 de la Constitución, le atribuye la calidad de órgano de control de la constitucionalidad, lo cual le permite conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad; y en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) precisa su condición de *órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*.

En ese contexto, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) dispone que los jueces –por interpretación analógica los operadores jurisdiccionales en sentido lato– no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de constitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Más aún, se encuentran obligados a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, el artículo VII del citado cuerpo normativo dispone que los precedentes vinculantes dictados por el supremo intérprete de la Constitución tengan carácter vinculante; y, por ende, son de cumplimiento obligatorio.

En resumen, el reexamen del control constitucional ejercido por el Poder Judicial y demás entes con competencia para inaplicar una norma, es asumido por el Tribunal Constitucional (en el marco del conocimiento de cualesquiera de los procesos constitucionales previstos en el artículo 202 de la Constitución) en los casos siguientes:

- a) Cuando se hubiesen desconocido sus precedentes vinculantes.
- b) Cuando se hubiese inaplicado una norma que previamente hubiese obtenido de aquel la declaración de *confirmación* de constitucionalidad.

Dicha situación fue evaluada por el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 00006-2006-PC/TC) en atención a que tras haber declarado la constitucionalidad de la Ley N° 27153 –relativa a la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas de tragamonedas– el Poder Judicial vía acciones de amparo declaró la inaplicación de la misma.

Ahora bien, cabe señalar que en relación a la *restricción* de efectuar el control de constitucionalidad sobre una ley *confirmada* en su validez por el Tribunal Constitucional, no rige cuando en el marco de la jurisdicción supranacional se hubiese determinado su manifiesta incompatibilidad con un Tratado sobre Derechos Humanos. Así, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el caso Aquilino Portella Núñez (Expediente N° 00275-2005-PH/TC).

En efecto, ello se produjo en el caso de las Leyes de Amnistía N° 26479 y N° 26492 dictadas durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori las cuales fueron declaradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barrios Altos (2003).

En dicho proceso el supremo intérprete señaló que "el Estado peruano no puede tolerar la impunidad ni de estos ni de otros graves crímenes y violaciones de los derechos humanos [...] por el debido cumplimiento de compromisos expresos contraídos [...] ante la comunidad internacional [...]."

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse [...]."

El Tribunal Constitucional en el caso Jesús Haro Suárez (Expediente N° 00009-2001-AI/TC) ha declarado que el juez puede realizar el control, en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento del supremo intérprete declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, encontrase que su aplicación en un caso concreto y bajo circunstancias específicas podría resultar inconstitucional.

En el caso Colegio de Abogados del Cuzco (Expediente N° 00004-2004-AI/TC) ha señalado que a pesar de la declaración de constitucionalidad de una ley, ocurriese la eventualidad que en un caso concreto, esta pudiese generar consecuencias inconstitucionales, aquella

podrá ser analizada en vía de amparo y de ser oportuno aplicarse el control difuso.

En el caso Luis Borja Urbano (Expediente N° 01680-2005-PA/TC) ha expuesto que pese a la existencia de un pronunciamiento con declaración de validez de una ley, en caso se modificase la Constitución, puede evaluarse el supuesto de *inconstitucionalidad sobreviniente por acción de la reforma constitucional*.

2.2.5.- Aplicación del control orgánico concentrado

La Constitución vigente ha instituido al Tribunal Constitucional como órgano concentrado de constitucionalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

"Artículo 201.- Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación".

"Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

Corresponde al Tribunal Constitucional:

- 1.- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
- 2.- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
- 3.- Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley".

"Artículo 203.- Sujetos legitimados para interponer demanda de inconstitucionalidad

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los Gobernadores de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad".

Dicho órgano cuenta además para el cumplimiento de sus funciones con lo dispuesto en la Ley N° 28301 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y con la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional).