

---

## Control «Difuso» y control «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano

---

Aníbal QUIROGA LEÓN

*A Domingo García Belaunde, Maestro  
y amigo de verdad, con gratitud.*

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

*«La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración General de Inconstitucionalidad»*

Héctor Fix-Zamudio

### I

En los últimos tiempos, a raíz de una polémica decisión del Tribunal Constitucional, se ha puesto en difusión y discusión las características y alcances de lo que la doctrina del Derecho Procesal Constitucional denomina «control difuso» o «Judicial Review» o Sistema Americano o Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las leyes, así como de lo que se ha venido en denominar el «Sistema Concentrado» o «Sistema Europeo» de justicia constitucional.

Ambos sistemas se crean en momentos diferentes, y por razones dife-

rentes. Luego responden a criterios diferentes y a diferentes concepciones, por lo que no parece adecuado hacer respecto de los mismos un trasiego conceptual que termine desvirtuando su esencia. Ello no le resta mérito, ni valor, ni contenido moral a la Sentencia del Tribunal Constitucional que, ante una acción de inconstitucionalidad de la Ley llamada de «interpretación auténtica» del Art. 112º de la Constitución, termina resolviendo la causa con arreglo a la inaplicación de tal ley antes que por sobre su derogación directa y *erga omnes*, que era lo procedente por mandato de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

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

## II

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el «Órgano de Control de la Constitución». Esto significa que la Constitución peruana de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V «De las Garantías Constitucionales» ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control *ad-hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el «Modelo Europeo» o de «justicia constitucional concentrada»<sup>1</sup>, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligante a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Organos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la

---

<sup>1</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor.- *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1968)*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la «fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional»; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño pre-moderno, donde el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional –que hoy está más vigente que nunca– ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario «*Government by men*» por el actual, democrático y jurídico «*Government by laws*»<sup>2</sup>. Entonces, la Constitución no es sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

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

Así, aparece que el Tribunal Constitucional se halla definido, como ya ha quedado dicho, en el Art. 201<sup>o</sup> de la Constitución, y que en su primera parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- a. Ser el órgano del control constitucional;
- b. Ser autónomo e independiente; y,
- c. Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años.

En su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente

---

<sup>2</sup> KAEGI Y VON IHERING, *cit.* por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985; pp. 49 y ss.

que las calidades del Magistrado del Tribunal Constitucional son equivalentes a las calidades del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

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

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

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

a. La determinación en instancia única de que una Ley, o norma con rango de tal, o normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada *erga omnes* por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo (esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o postulado de la Constitución (Art. 200º, Inc. 4, Art. 202º, inc. 1 y Art. 204º de la Constitución);

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

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

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

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo «europeo» o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929<sup>3</sup>, implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, **intérprete vinculante u obligatorio** en virtud de la concordancia Art. 204<sup>o</sup> *ab-initio* de la Constitución y Art. 35<sup>o</sup> de la LOTC<sup>4</sup>, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

En efecto, como aparece obvio, la sola creación y presencia en una Constitución escrita de un Tribunal Constitucional supone, *per se*, la creación y el designio por el constituyente de un modelo específico de control al Congreso, pues si la tarea primordial del Tribunal Constitucional es la determinación excepcional de que una ley debe ser derogada del sistema jurídico por vicio de inconstitucionalidad, y si la ley es fundamentalmente la obra esencial del Congreso, la conclusión aparece obvia: la creación y presencia de un Tribunal Constitucional implica la opción del constituyente por generar un sistema idóneo, y a la vez eficaz, de control de los actos parlamentarios traducidos en leyes de la Repúbli-

---

<sup>3</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal.- «Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano»; en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*; AAVV, A. Quiroga L.- Compilador; F. De. PUC del Perú, Lima, 1990; pp. 153 y ss.

<sup>4</sup> En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto 1419/93 y dictámenes Nos. 1419/94 y 1421/94) se definía en el Art. 1<sup>o</sup> esta interpretación como «Suprema» (Suprema: (del lat. *supremus*); adj. Sumo, altísimo. II 2. Ser supremo. II3. Que no tiene superior en su línea (...)) *Dicc. de la Lengua Española*; *Real Academia Española*; XXI Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, T. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el Art. 1<sup>o</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, de 3 de octubre. *Cit.* por GONZALES PÉREZ, Jesús.- *Derecho Procesal Constitucional*; Iera. ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980.

ca, pues de otro modo no hallaría explicación ni sentido su presencia. En efecto, Manuel García Pelayo <sup>5</sup> sostiene al efecto que:

«Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, ni a su mera enunciación de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones «constitucionalmente relevantes», sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso jure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el *vértice dell'organizzazione statale*<sup>6</sup>, y, de otro, porque son la expresión orgánica no sólo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución».

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

«el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma –la de grado más bajo– se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o

---

<sup>5</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel.- «El 'Status' del Tribunal Constitucional»; En: *Rev. Española de Derecho Constitucional*; Vol 1, No. 1, CEC; Madrid, 1981; pp. 13 y ss.

norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Sobre la base de las precedentes consideraciones (...) la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, tan sólo puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional, y de anularla cuando –de acuerdo con la opinión de ese órgano– sea ‘inconstitucional’. Puede existir (...) un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada ‘revisión judicial’, puede encomendarse a los Tribunales Ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo (de Justicia Ordinaria)<sup>7</sup>.»

La interpretación constitucional, que es tarea esencial del Tribunal Constitucional, también debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Mientras que las primeras son esencialmente políticas (ya sean «autoaplicables», ya sean «programáticas», ya sean «estructurales»), las segundas son de básico contenido subjetivo, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo. De dicho modo, la hermenéutica tradicional resultará insuficiente al intérprete constitucional, que para el efecto deberá de recurrir a los propios métodos de interpretación (p.e. el contrapeso de los valores, el principio de la unidad de la Constitución y la interpretación con arreglo o conforme a la Constitución), ya que las normas constitucionales, al ser esencialmente normas políticas, distributivas del ejercicio legítimo y legitimado del poder constituido, son continente de valores, principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de una nación, los mismos que tienen una dimensión históricamente dinámica<sup>8</sup>. Ya en 1862 el

---

<sup>6</sup> SANTI ROMANO.- *Principi di Diritto Costituzionale Generale*; Milano, 1946, p. 156.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans.- *Teoría General del Derecho y del Estado*; cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO.- *La Jurisdicción Constitucional en España*; Ed. Dykinson, Madrid, 1984, p. 25.

<sup>8</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal.- «*La Interpretación Constitucional*»; en: *Derecho No. 39*, Rev. de la Fac. de Der. de la PUC del Perú, Lima, 1985; pp. 323 y ss. HESSE,

jurista alemán Ferdinand Lassalle, en su célebre conferencia berlinesa titulada «*Sobre la esencia de la Constitución*»<sup>9</sup> había sostenido que la idea de la Constitución escrita no pasa de ser una «*mera hoja de papel*», si quiere uno conocer la realidad de las cosas hay que atender al sustrato efectivo de poder que está por debajo de las declaraciones formales de la Constitución<sup>10</sup>, de donde se concluye que la Constitución moldea los pilares básicos del país, y la realidad de éste a su vez condiciona la vigencia constitucional en una interacción constante que es menester descubrir y manejar con acierto de modo permanente, sobre todo por parte del intérprete constitucional<sup>11</sup>.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado «Control Concentrado» o «Control *Ad-Hoc*», esto es, de índole abstracto –y por tanto incompatible en ese punto con el «Control Difuso» o «*Judicial Review*»– en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a *caso concreto* alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como –al decir de Kelsen<sup>12</sup> *Legislador Negativo*, esto es, con poder derogatorio di-

---

Konrad.- «*La Interpretación Constitucional*»; en: *Escritos de Derecho Constitucional-Selección*; CEC, Madrid, 1983, pp. 33 y ss. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- *La Constitución como (...)*; p. 95 y ss.

<sup>9</sup> *Ueber Verfassungswesen*; Cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*; p. 42.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO.- *La Jurisdicción ...*; *Op. cit.*

<sup>11</sup> QUIROGA LEÓN, ANÍBAL.- *La Interpretación ...*; *Op. cit.* Para evaluar la vigencia de estos postulados, ver a quienes sostienen que dicho ensayo es uno de los pocos trabajos que sobre la interpretación constitucional se han hecho en el Perú, en: BERNALES, ENRIQUE y RUBIO, MARCIAL.- *Constitución: Fuentes e Interpretación*; Mesa Redonda S.A. Eds., Lima, 1988; p. 101.

<sup>12</sup> El calificativo de «legislador negativo» que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende «desjurisdiccionalizar» ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de

recto (Art. 204<sup>º</sup> *ab-initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una «*norma sub-constitucional*»<sup>13</sup>, de la que es titular el Tribunal Constitucional como «*constituyente delegado*». Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, p.e., el Art. I<sup>º</sup> del Título Preliminar del Código Civil, se halla necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una demanda en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una «*iniciativa legislativa negativa*» que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el Art. 203<sup>º</sup> de su texto normativo.

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

---

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

<sup>13</sup> ALONSO GARCÍA, Enrique.- *La Interpretación Constitucional*; CEC, Madrid, 1984; p. 13.

las que ingresara a su examen de *subsunción*, esto es, en vigencia jurídica y con la presunción de constitucionalidad también vigente por no habérsela enervado conforme a la propia Constitución.

Al efecto, cabe precisar que antes de que el juez constitucional deba realizar tal tarea de *subsunción* entre la norma constitucional y la norma legal dubitada, tiene el deber principal de salvar la constitucionalidad de la ley, de buscar en primer lugar una vía interpretativa que concuerde positivamente la ley dubitada con la Constitución. La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía «quirúrgica» del Sistema Jurídico (al decir de Héctor Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea «quirúrgica» que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el «hueco» que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una «situación de mayor inconstitucionalidad» en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

Es este «*horror vacui*» el que determina el principio formulado así por el Tribunal Constitucional Federal alemán: «es válido el principio de que la Ley no debe ser declarada nula (inconstitucional) cuando puede ser interpretada en consonancia o conforme con la Constitución»<sup>14</sup>. El mismo Tribunal Constitucional Federal alemán, así también como el Supremo Tribunal norteamericano, no han dudado en conectar este principio con la «presunción de constitucionalidad de las leyes», no como una simple afirmación formal de que toda ley se tendrá por válida hasta que no se logre declarar válidamente su inconstitucionalidad, sino que implica materialmente; i) la confianza que se otorga al legislativo en la observancia y en la interpretación adecuada de los principios y postulados constitucionales; ii) una ley no será declarada inconstitucional a

---

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.· *La Constitución como (...)*; *Op. cit.* pp. 96 y ss.

menos que no exista en el Juez Constitucional ninguna «duda razonable» sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución; y, iii) cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permita una interpretación inconstitucional se habrá de presumir, siempre que sea «razonablemente posible», que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha norma legal es precisamente aquella que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales<sup>15</sup>.

### III

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

«si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad ... hasta que sea inevitable»<sup>16</sup>.

Lo que determina por fin la cuestión es la pregunta ¿pudiera otro

---

<sup>15</sup> *Op. cit.*

<sup>16</sup> FURNISH, Dale.- «La 'Revisión Judicial' de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos»; en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional AAVV* (Aníbal Quiroga León-Compilador); F. Ed. PUC del Perú, Lima, 1990; p. 91.

poder del Estado –el Congreso– haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional?, o dicho de otro modo, la cuestión no es cuál será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces constitucionales, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo<sup>17</sup>. Quizás para ilustrar aún más claramente el punto, cabe citar la anécdota que se cuenta en la historiografía constitucional norteamericana: el jurista Cooley notó, de acuerdo con la limitación bajo comentario, que un miembro del Congreso puede luchar contra un proyecto de ley y por fin votar en contra a su promulgación si considera que el mismo entra en conflicto con la Constitución. Como legislador su mera opinión le basta para determinar su voto. Nombrado subsecuentemente como Magistrado de la Suprema Corte Federal, si la misma ley se presentara para una determinación de constitucionalidad, el ex-legislador podría encontrar su deber judicial el sostener la validez de la ley, aunque no haya cambiado de ninguna manera su opinión personal sobre el asunto. Es que, como Juez de la Corte Suprema, tiene el deber de preguntarse objetivamente ¿puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó en favor de la ley? Si la respuesta es positiva, como Juez tiene el deber de fallar en favor de la validez de la ley.<sup>18</sup>

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

El «control difuso de la constitucionalidad de las leyes» nace, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, en una acción de *Writ of Mandamus*, bajo la presidencia del Chief Justice John C. Marshall, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de «legislatura repugnante» y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> THAYER.- «*The Origin and Scope of the American Doctrine as Constitutional Law*», No. 7, En: *Harvard Law Review*, 149 (1893); cit. por FURNISH, Dale.- *Op. cit.* p. 96.

<sup>18</sup> *Op. cit.*

<sup>19</sup> FURNISH, Dale.- «*La 'Revisión Judicial' ...*». *Op. cit.* p. 88. Allí se puede hallar la

El llamado «Sistema difuso» o de «*Judicial Review*» de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial; a saber: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional «innominado» de toda Constitución escrita<sup>20</sup>. Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de «sistema difuso», esto es, atributo «distribuido» o «difundido» entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice «difuso» porque no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los Jueces del Poder Judicial), como un atributo de éste y no susceptible de «transvase» por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema solo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos inter-partes y mediante declaración judicial de «inaplicación», sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible<sup>21</sup>. Así aparece de modo

---

transcripción literal de la parte «más importante» de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 2*; Caj; Lima, 1988; pp. 100 y ss.

<sup>20</sup> Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los EEUU y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica «creación» o «redefinición jurisprudencial» efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Ver Furnish, Dale; *Op. cit.* pp. 96 y 97.

<sup>21</sup> Dice Dale FURNISH «La potestad de la Corte Suprema de los EEUU es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades

uniforme entre nosotros en los Arts. 8º de la LOPJ(D) de 1963, 236º de la Constitución de 1979(D), 138º, 2da. parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14º del vigente TUO de la LOPJ.

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

---

para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. (Con el curso del tiempo) (...) la Corte ha (auto)establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto)limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la «*judicial review*» (...); sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esas limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la *judicial review*. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte considerará con respecto a una ley; (...) B) Se requiere un «caso o controversia» auténtica para probar la validez de una ley del Congreso (La Corte (...) no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. (...) Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. (...) Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. *Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema*) ; (...) C) La Corte Suprema no intervendrá en una «cuestión política» (esto es, en actos no judiciales); (...) y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso (...). FURNISH, Dale.- *Op. cit.* pp. 90 a 96. Respecto de la necesidad de un «caso concreto» ver: Blume Fortini, Ernesto.- «*El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución*»; en: *Pensamiento Constitucional* Nº. 3, Año III, F.Ed. PUC del Perú; Lima, 1996.

americana como una «justicia subjetiva» porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable –y su actuación en una realidad determinable–, el que servirá de base y sustento del examen de constitucionalidad.

Como se puede apreciar, la justicia constitucional concentrada, o *ad-hoc*, bajo el modelo kelseniano, y que corresponde al Tribunal Constitucional es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, hasta opuestos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios de la presente centuria (la doctrina francesa la llegó a denominar la «dictadura de los jueces» aludiendo a su no legitimación directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre la otra, ni viceversa; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquélla es subjetiva, esta es abstracta puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna, ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, esta es *erga omnes*. Mientras aquella está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, ésta se halla concentrada en un sólo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquella surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, ésta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada. Tal diferenciación y antagonismo ya había sido puesto de relieve por Mauro Cappelletti y John Clarke Adams<sup>22</sup>, cuando afirmaron que:

«Esta coexistencia, cuando no incluso conjunción, de modelos dispares, nos enfrenta a la necesidad de abordar una cuestión nada pacífica entre la doctrina: la compatibilidad o incompatibilidad del sistema difuso de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos, esto es, con los sistemas anglosajones o de *common law* y con los de tradición romano-canonista o civil. (...) existe una incompatibilidad fundamental entre el control difuso de

---

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, MAURO y ADAMS, JOHN C.- *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*; Cit. por Fernández Segado, Francisco.- «El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica»; En: *Pensamiento Constitucional*. No. 3, Año III, F. Ed. PUC del Perú, Lima, 1996, p. 238 y ss. y Cits. Nos. 33 a 36.

la constitucionalidad de las normas y los sistemas de tradición romanista. (...) la experiencia italiana y alemana anterior a la constitucionalización de sus respectivos Tribunales Constitucionales revela la desadaptación del modelo difuso respecto de los países con sistemas jurídicos de derecho civil. Entre los varios argumentos esgrimidos en defensa de (esta) posición (...) (se) advierten (los riesgos) que el método difuso pueda conducir a una grave incertidumbre y confusión cuando un Tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional. Esta inseguridad es salvada en los sistemas jurídicos del *common law* mediante el recurso a la doctrina del *stare decisis* (...). Cuando el principio del *stare decisis* es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos romanistas o de derecho civil, (...) un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser inaplicable por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones.»

Si lo anterior es así, cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, ni debe, ejercer la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, por ser esta abstracta, por pertenecer aquella (la *judicial review*) a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la segunda parte del Art. 138º de la Carta Constitucional, inequívoca y sistemáticamente situado dentro del Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, veda implícitamente para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden analogizar, ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales –ver el principio general del derecho contenido en el Art. IV del Tit. Prel. del Código Civil–. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial ¿no se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualesquiera otro órgano del Estado, aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente en cuanto a este punto, es deber racional reconocer que la doctrina del Tribunal Constitucional en la Justicia Constitucional *Ad-hoc* o concentrada es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución, en tanto que el control constitucional del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el

sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o *Ad-hoc* antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la «*judicial review*» basada en el Poder Judicial, no siempre dispuesto o en aptitud de repetir el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *Common Law*<sup>23</sup>.

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la **Jurisdicción Negativa de la Libertad** (Art. 202º, Inc. 2 de la Constitución), dado que en dicha facultad, expresa, pero excepcional por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional siempre que hayan sido *denegadas* al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *Recurso Extraordinario de Revisión* (Art. 41º de la LOTC). Esto significa que en la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer tal caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción del Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar<sup>24</sup>, con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de autocontrol de sus poderes o *self restraint* que ha caracterizado siempre la actividad y funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

<sup>23</sup> DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La Garantía Procesal del Debido Proceso*; Bib. Universitaria de Derecho Procesal -Aníbal QUIROGA LEÓN-Director-; Cult. Cuzco, Eds., Lima, 1995; p. 82 y ss.

<sup>24</sup> Ver *supra* No. 21 *ab-initio*.

## IV

Entonces, no hay actividades constitucionales más opuestas que la *judicial review* y el *control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (Arts. 138º, 2da. parte, y 201º de la Constitución) en lo que la doctrina constitucional peruana ha venido en denominar «sistema dual» o «sistema mixto»<sup>25</sup>. Diríamos, junto con García Belaunde<sup>26</sup> que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: i) El control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada «*Jurisdicción Negativa de la Libertad*» de la que ya hemos tratado; y, ii) En la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del Art. 39º de la LOTC respecto del Juez del Poder Judicial frente a un fallo del Tribunal Constitucional, en el que la facultad de la *judicial review* cede paso por coherencia necesaria y razonable frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional y por mandato propio de la Constitución Política del Estado<sup>27</sup>.

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

¿Puede el Tribunal Constitucional ingresar al análisis valorativo de los intereses –contrapeso de valores– y condicionamientos que el Con-

---

<sup>25</sup> Ver QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *Una aproximación a la Justicia Constitucional...*; *Op. cit.* p. 180 y cita No. 72 referida a la posición del Dr. Domingo García Belaunde, eximio constitucionalista.

<sup>26</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*

<sup>27</sup> Ver *Supra* No. 14 y ss.

greso ha tenido en cuenta para legislar en su Ley Orgánica un sistema de votación como el que se halla vigente? La respuesta también es indudablemente afirmativa, pues no hay duda que el Tribunal Constitucional, al hacer interpretación constitucional autorizada o «auténtica» (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*), hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un «control político» de los actos normativos con rango de ley del Congreso<sup>28</sup>. Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de *razonabilidad* del legislador –cuyos actos está llamado a controlar– en el establecimiento del sistema de quórum y votación *sobrecalificada* que ha señalado para formar la legitimidad en la decisión de sacrificar una ley, disponiendo su directa derogación, por vicio de inconstitucionalidad.

¿Cabe entonces razonar si esa exigencia ha sido puesta –o impuesta– por el legislador para lograr realmente una legitimidad calificada y necesaria en la decisión del Tribunal Constitucional y en la trascendencia de su consecuencia, o si aparece en el texto de la ley con el objeto y la intencionalidad evidente de impedir de modo real el funcionamiento del Tribunal Constitucional, abrogando e impidiendo por esa vía indirecta el ejercicio de la función de control que la Constitución impone y exige, esto es, abrogando indirectamente el postulado constitucional que determina la existencia (y, por ende, el funcionamiento «eficiente») del Tribunal Constitucional?

Como ya se ha señalado, en el Proyecto de la LOTC<sup>29</sup> –Proyectos de Ley Nos. 1419/94 y 1421/94– se establecía para el Art. 4º, en la parte pertinente al número de votos conformes necesarios para lograr la voluntad legítima del Tribunal Constitucional para poder deponer una ley del Congreso (o para inadmitir una demanda de inconstitucionalidad), esto es, para hacer eficaz la labor de «control» de la Constitución, sea derogando de modo directo y con efecto *erga omnes* una Ley de la República, sea negando el acceso al Tribunal Constitucional a los taxativamente legitimados para ello, un total de *cinco* sobre *siete* votos,

---

<sup>28</sup> El ilustre laboralista Enrique ALONSO GARCÍA ha señalado, en nuestro medio, que: «Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político como lo indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal pues es una elección política. Por consiguiente, es un órgano de control político en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria»; en: *La Ley Procesal Del Trabajo*; Antecedentes y Comentarios; O. Sandoval A., Editor, IMPREDISA, Lima, 1996; p. 67.

<sup>29</sup> Ver *Supra* No. 7 y cita No. 4.

que es el número tasado de Magistrados existentes y válidamente posibles en el Tribunal Constitucional. Una mayoría de *cinco* sobre *siete* es conocida o denominada «*Mayoría calificada*» puesto que es más alta que la conocida como «*Mayoría absoluta*» (la mitad más uno, o más de la mitad; p.e. cuatro sobre tres como la que se exige en la actuación del Tribunal Constitucional en la «*Jurisdicción Negativa de la Libertad*» (Art. 202º, Inc. 2do. de la Constitución). El esquema de cinco sobre dos es, en un total de siete, aritméticamente superior en poco a la exigencia de dos tercios. Con ello, el legislador del Proyecto de LOTC repetía, en gran parte, el esquema que la Ley Nº 23385 (LOTGC) había planteado, en consonancia con el mandato de la Constitución de 1979(D) (Art. 303º), para formar la legitimidad necesaria de dos tercios como mínimo para lograr la convicción jurídico-constitucional vinculante del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales.

En este punto, cabe entonces preguntarse válidamente ¿qué razón constitucional podría haber tenido el Congreso para elevar el presupuesto del Art. 4to. del Proyecto de LOTC para hacer la voluntad legítima derogatoria por parte del Tribunal Constitucional frente a una ley dubitada que se considere inconstitucional? Dicho de otro modo, si bien la determinación legislativa es libre para desarrollar la Constitución, bajo sus parámetros, y sujetar a los demás órganos constitucionales a la Constitución reinterpretada por la Ley del Congreso, ¿el carácter de arbitrio discrecional del legislador puede ser objeto del **control** con que el constituyente ha dotado en poder al Tribunal Constitucional?; o, por el contrario, ¿el control de la Constitución de que trata el Art. 201º de la Carta Política sólo puede ser efectuado *a-posteriori* y no en el *iter-legislativo*, esto es, no en el proceso formativo de la voluntad del legislador, la que se halla fuera del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional?.

Para absolver estas interrogantes, débese considerar que en materia de interpretación constitucional, dentro de un proceso de inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional –como ya se ha dicho– es el supremo intérprete de la Constitución en la medida de que; i) no hay órgano del Estado que le pueda anteponer otra interpretación a la culminación del proceso constitucional (Arts. 35º, 36º, 37º, 39º y Primera Disposición General de la LOTC); y, ii) No hay órgano del Estado que pueda deponer una interpretación constitucional del Tribunal Constitucional en una acción de inconstitucionalidad de las leyes, lo que sólo queda reservado exclusiva y excluyentemente al propio Tribunal Constitucional (Art. 55º de la LOTC).

Si lo anterior es así, no cabe excluir al proceso formativo de la ley

–*iter legislativo*– de la labor y tarea de control del Tribunal Constitucional, máxime si como en la presente causa lo que se ha solicitado es la derogación de la segunda parte del Art. 4to. de la LOTC en cuanto el Congreso Nacional exige, por medio de la ley, que la voluntad legítima del Tribunal Constitucional se forme con la suma conforme de, cuando menos, seis de los siete votos posibles ante el Tribunal Constitucional. Y no es del caso referirse ahora a si el Tribunal Constitucional puede o no revisar su propia ley de desarrollo, pues ya se ha visto que ello sí es posible<sup>30</sup>, tanto como lo es que ingrese al proceso formativo de la ley bajo control para, a su vez, establecer el control de este proceso formativo y determinar a partir de allí la existencia o no de causal de inconstitucionalidad que permita válida y legítimamente amparar o desestimar la demanda de inconstitucionalidad, sin perder de perspectiva que el propio atributo constitucional con que está inmensamente dotado el Tribunal Constitucional en un Estado de Derecho le impone el deber y la obligación de partir de la presunción de constitucionalidad y legitimidad de la norma dubitada, por el principio de la *Lealtad a la Constitución* que el Tribunal debe guardar escrupulosamente, y que debe procurar lograr la interpretación de la ley dubitada a la luz de la Constitución, procurando una interpretación armónica que le permita su supervivencia adecuada en el sistema jurídico.

Aparece evidente que el legislador no ha optado, en la elevación del número legal de votos conformes y legítimos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley, y posterior derogación, por la búsqueda de un mayor consenso, y de una mejor legitimidad, ni tan siquiera por el *telos* de que el acto de inconstitucionalidad producto de la labor de control de mayor profundidad. Aparece evidente que esta obligación, gravamen constitucional en el mejor sentido jurídico de la expresión, ha procurado evitar que la labor de control se haga eficaz, pueda llevarse a cabo, dada la conformación política del Tribunal Constitucional en su origen (Art. 201<sup>o</sup> *in-fine* de la Constitución Política del Estado), la obligación al consenso necesario en el partido de la mayoría que no reúne, *per se*, 80 de los 120 votos disponibles en el Congreso Nacional, las evidentes dificultades para lograr ello<sup>31</sup> que motivaron, inclusive, la dejación del sistema electoral inicialmente planteado y la promulgación de una ley específica para solucionar esta temática. Al revisarse, estudiar-

<sup>30</sup> Ver Supra No. 21 y ss.

<sup>31</sup> Véanse el Reglamento Especial en Res. del Congreso Constituyente Democrático No. 031-95-CCD, la Ley N<sup>o</sup> 26622 y la Res. Legislativa del Congreso de la República No. 001-96-CR.

se y meditar sobre ello, y revisar las intervenciones de los Señores Congresistas, aparece con evidencia que la limitación que se impuso en el Art. 4to., segunda parte, de la LOTC (como en su momento la supresión a la mención «*Supremo intérprete de la Constitución*» del Art. 1º del proyecto de la LOTC en pleno debate parlamentario, provenientes ambas de la misma mano, no tuvo otro objeto que *impedir el adecuado funcionamiento del Tribunal Constitucional*). Planteado de otro modo, el Congreso de la República, en su mayoría política, no elevó el número legítimo de votos conformes para lograrse válidamente la determinación de la inconstitucionalidad de una ley con el propósito de proteger la legitimidad de la ley, o de reforzar la labor de control del Tribunal Constitucional a fin de que sus pronunciamientos límites en caso de inconstitucionalidad sean suficientemente legítimos, sino que evidentemente tuvo la intencionalidad de *paralizar y esterilizar* esta labor de control que es imperativo de la Constitución. En consecuencia, en este punto, cabe hacer la siguiente reflexión:

«resulta siendo lo mismo que –pese al postulado constitucional en contrario– nunca se forme el Tribunal Constitucional en el Perú, en claro incumplimiento de un postulado expreso que ordena a todos hacer efectivo dicho imperativo; que existiendo éste la ley le impida irrazonablemente su adecuado funcionamiento bajo el argumento legalista del número irrazonable de votos exigidos para la legitimidad de su decisión, dado que esa irrazonabilidad se sustenta en la razón de que, precisamente, nunca llegue a funcionar de modo adecuado».<sup>32</sup>

Dicho esto en otras palabras, resulta tan inconstitucional la premisa en la cual nunca se estatuya el Tribunal Constitucional incumpléndose un mandato directo en ese sentido, o que estatuido éste incumpla flagrantemente con sus expresos deberes renunciando de modo bochornoso a sus fueros constitucionales, que existiendo la Institución, la desorbitada exigencia de la ley sin razón admisible estatuya un número inalcanzable de votos que frustre su labor de control debido –precisamente– a su sistema político de elección y al dominio absoluto que por sobre ello la mayoría del Congreso ejerce de modo evidente, mayoría que será la destinataria natural de la labor de control del Tribunal Constitucional en la revisión de sus leyes aprobadas y vigentes. En ello

---

<sup>32</sup> Nota del Autor

no hay duda, y el Tribunal Constitucional se halla en la facultad de realizar tal inferencia y determinar esta conclusión como válida en el presente caso.

Como Tribunal Constitucional está obligado al cumplimiento del *Debido Proceso Legal* como garantía del buen razonamiento, o del *juicio de razonabilidad*, bajo las premisas consagradas en el Inc. 3ero. del Art. 139º de la Constitución Política del Estado que escapa, como lo tiene determinada la doctrina sobre la materia desde hace tiempo, a los límites judiciales, jurisdiccionales o meramente procesales. El *Due Process of Law* surge como una institución anglosajona (consagrado en las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los EEUU) que trata de los principios y derechos del órgano tutelador a fin de que su decisión sea legítima y aceptada por la razón y el derecho<sup>33</sup>. Pero al lado de este concepto, íntimamente ligado con el buen razonar de un *Pater Familias*, ha surgido el concepto del *Sustantive Due Process* en la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, donde el razonamiento judicial echa mano a la razón, o principio de razonabilidad, a fin de determinar la existencia de una inconstitucionalidad o no, usando como criterio, por ejemplo, el Contrapeso de los Valores (*Value-Oriented School of Jurisprudence*), el Balance de los Intereses (*Balancing of interest*), los Derechos Fundamentales de Preferencia (*Preferred Freedoms*). Es menester entender como el concepto del Debido Proceso Legal (*Due Process Of Law*) ha sido desarrollado en un sentido sustantivo, más cerca de la razonabilidad, el consenso, la tradición (historia), las necesidades del mercado actual, etc.; de manera tal que la legislación bajo revisión afecte de manera significativa a los derechos constitucionales en discusión, que estarán determinados por el método interpretativo a ser utilizado por ésta en su examen de aquella legislación sub-judice y sometida al test de constitucionalidad<sup>34</sup>, llegando por ello a la determinación de que compete al Tribunal Constitucional el otorgar o no una adecuada *Tutela Constitucional Razonable*.

En este punto, poco importa lo que sobre el sistema de votación nos habrá de decir el sistema comparado. Siendo el número de votos para lograr la legitimidad de la declaración del Tribunal Constitucional un arbitrio del legislador, este arbitrio puede ir desde la unanimidad hasta la mayoría simple, y ello en abstracto no es ni bueno ni malo, ni óptimo/deseable ni conveniente/deseable. Lo que conviene determinar es si

<sup>33</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *Las Garantías Constitucionales ...: Op. cit.* p. 303 y ss.

<sup>34</sup> DE BERNARDIS, Luis Marcelo.- *La Garantía Procesal del ...: Op. cit.* p. 258 y ss.

cualquiera de estos, conectado con el sistema de elección de los Magistrados hacen del resultado uno que sea acorde con la misión de control que la Constitución exige de la tarea del Tribunal Constitucional. Expresado esto en otro sentido: si el Tribunal Constitucional sirve para el control de la constitucionalidad de las leyes, y si las leyes del Congreso de la República las controla el Tribunal Constitucional, si es el propio Congreso de la República el que perfila y define los componentes subjetivos del Tribunal Constitucional y sus procedimientos objetivos, aparece evidente que difícilmente el Congreso habrá de facilitar el cumplimiento del control en su real dimensión jurídica y constitucional, pues es viejo el aforismo de la ciencia política, que en su momento Montesquieu acuñara en sentido inverso en su célebre *L'esprit des Lois*, que el «*poder nunca se controla a sí mismo*».

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

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

Por lo tanto, resulta ocioso ingresar al innecesario análisis de qué es mayoría y qué minoría; bástenos para el efecto determinar que si, conforme a ley, no se logra la mayoría legítima para formar la voluntad del Tribunal Constitucional en el acto derogatorio de una ley, pues tal voluntad es inexistente y la ley se irá del Tribunal como ingresó, con presunción de constitucionalidad y de validez, sólo que esta vez esta presunción será *Iuris et de Iure* por los efectos de la cosa juzgada y la limi-

tación objetiva a los jueces del Poder Judicial, en el supuesto de que la misma ley tenga efectos subjetivos que deban ingresar a la evaluación judicial de la *judicial review*, facultad que en este caso cede paso, por la mínima coherencia que exige el sistema de justicia constitucional en el Perú, a la cosa juzgada de que trata el resultado objetivo del Tribunal Constitucional. Pero ello no debe ser atribuido a la minoría relativa del Tribunal Constitucional, sino a la realidad del sistema de justicia constitucional y a los efectos naturales de la coexistencia de dos modelos o sistemas incompatibles en la teoría, pero realidad palpable en nuestro ordenamiento jurídico.

La exigencia de una *mayoría calificada* en un órgano colegiado implica la exigencia de la ley de una *legitimidad* en la decisión y en las consecuencias del colegiado. Así funciona en el Poder Judicial, en la Corte Suprema concretamente, en las sociedades privadas para determinados actos (los aumentos de capital o las fusiones, p.e.), en las decisiones del Congreso de la República para determinados actos (leyes orgánicas, nombramientos con legitimidad popular derivada, p.e., Defensor del Pueblo, Magistrados del Tribunal Constitucional, levantamiento del veto presidencial parcial sobre las leyes, etc.), y así sucesivamente. No es ese el caso. En el presente caso, tomado en su particular contexto, aparece evidente que esa exigencia transpone los límites de la necesaria y privilegiada legitimidad o razonabilidad, para ingresar frontalmente a los límites de la arbitrariedad y la irrazonabilidad cuya finalidad (*telos*) no es otra cosa que impedir legalmente la adecuada función de control de este Tribunal Constitucional, en el hoy y en el ahora, en las actuales circunstancias de la sociedad peruana y de nuestro desarrollo democrático de derecho, punto que es menester tomar en cuenta en nuestra interpretación constitucional<sup>35</sup>. Dicho de otro modo: no interesa realmente en el «*test de razonabilidad*» que debe hacer el Tribunal Constitucional si hay exigencia legal «*sobrecalificada*» o aún «*unanimidad*» si tal fuera el caso, ni tan siquiera si la ley se limita a exigir «*mayoría simple*», ya que si la mayoría calificada o la unanimidad no fueran óbice a la tarea de control, entonces no habría inconstitucionalidad alguna; y si por el contrario la mayoría simple tampoco permitiese adecuadamente la tarea de control de la Constitución que se impone al Tribunal Constitucional, también sería inconstitucional, pues no es el método lo que importa (ni es lo que debe pasar el test de razonabilidad) ni lo que debe de juzgarse constitucionalmente, sino es el resultado y su finalidad es lo que importa en un

<sup>35</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *La Interpretación Constitucional*; Op. cit. p. 325-326.

juzgamiento constitucional. Tampoco importa a este juzgamiento las consecuencias del vacío legal que por cargo de esta decisión se generará, ya que ello será materia de su solución en su momento determinado y este no es lugar pertinente para ello, siendo que las consecuencias jurídicas o políticas de una decisión así debe augurar los mejores parabienes en aras de contribuir a la consolidación institucional del país y al afianzamiento del Estado de Derecho y reforzamiento de sus instituciones, el acatamiento y materialización de los principios autoaplicativos e informadores de la Constitución Política del Estado. La conciencia debe quedar tranquila y el espíritu calmo en la convicción de que con una decisión así, se está cumpliendo con un mandato constitucional, y en consonancia con la conciencia y espíritu de hombres y mujeres de derecho que no puede ser coonestado por los temores de las consecuencias del acatamiento irrestricto a la Constitución.

## V

Por todo ello, de todo lo expuesto aparece evidente que la finalidad de la LOTC no es lograr una legitimidad adecuada por parte de este Tribunal Constitucional, sino el impedir de modo grueso y fácilmente determinable el cumplimiento de las altas finalidades que la Constitución le ha reservado de modo exclusivo y excluyente, y que por la vía de la regulación legislativa en manos de los sujetos del control, no puede ser desviado, ni tergiversado, ni estatuido de modo diverso a su naturaleza y razón de ser (*telos*). Lo dicho anteriormente rige tanto para la mayoría como para la minoría en el Congreso Nacional, desde que no siempre las leyes de la República cuentan exclusivamente con la aprobación de la mayoría, ni de toda ella, sino que también surtirá efecto y control sobre la minoría —o parte de ella— que apruebe en conjunto con la mayoría y a la que se le aplica también este criterio. La interpretación constitucional aceptada o adaptada por este Tribunal Constitucional, como *supremo intérprete constitucional*, aspecto que ha sido ya considerado por el Tribunal Constitucional sin resultado positivo en favor de la norma demandada. Por todo lo anterior, y sobre la base de lo informado clara y meridianamente por el enunciado contenido en el Art. 201º de la Carta Constitucional que exige del Tribunal Constitucional ser el Organismo de Control de la Constitución, por su sola existencia y razón de ser (sin necesidad de recurrir al Art. 51º de la Carta Constitucional, que no confiere a la Constitución más atributos que los que ya posee por su propia naturaleza y racionalidad) y sin que lo anterior sea un problema

de autonomía del Tribunal Constitucional, ni llegar al extremo de señalar que el Tribunal Constitucional puede «autonormarse» pues no es una isla jurídico-constitucional en el país, sino exclusivamente en el rol y en el papel eficaz de ser el «*Guardián efectivo de la Constitución*»<sup>36</sup>.

Para los efectos de cualquier determinación de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se halla obligado a respetar la regla preexistente de seis votos conformes, por todo lo expresado, y porque la misma se halla vigente y obliga a todos en la República, máxime a los magistrados del Tribunal Constitucional a los que se halla especialmente dirigida, y porque no se puede violar la ley en aras de preservar la ley; es decir, la derogación de la segunda parte del Art. 4to. de la LOTC que fue demandada es consecuencia de dicho fallo, y no causa del mismo, por lo que en esta vía del control directo está expresamente vedado su inobservancia, siendo que no habiendo caso concreto o subjetivo alguno (es una acción de control directo o abstracto), y no proviniendo esta causa de la denominada «*jurisdicción negativa de la libertad*», tampoco cabe aceptar el sofisma de la «inaplicación para el caso concreto» de que trata la segunda parte del Art. 138º de la Constitución en consonancia con el Art. 14º del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva sólo para los Jueces Jurisdiccionales del Poder Judicial en el Perú. Sólo se podrá alzar contra la ley y disponer su fulminación por inconstitucionalidad si se observa la regla moral del cumplimiento de la ley, sin valerse de artificios pseudo-jurídicos para «recrear» una solución inexistente, habilitada *ex-professo* para este caso, pues de lo contrario no tendría el Tribunal Constitucional fuerza moral suficiente para sancionar los excesos legislativos del Congreso cuando puede caer directamente y sin escrúpulos en el mismo proceder: ¿Con qué autoridad moral podrá el Tribunal Constitucional deponer el viciado acto legislativo del Congreso si habrá de proceder con igual intención politizando indebidamente su fallo y nuestra función? Por ello mismo, para la solución de cualquier caso de inconstitucionalidad en tanto no se disponga la derogación o modificación del Art. 4to. de la LOTC, debe ser de aplicación ineluctable la regla «*sobre calificada*» que hasta ese acto, y sólo hasta el día siguiente de su publicación, estará vigente y será de aplicación si se logra por necesario consenso la adhesión de seis votos conformes.

---

<sup>36</sup> SCHMITT, Carl.- *La Defensa de la Constitución*; Ed. Tecnos, S.A.; Madrid, 1983, pp. 27 y ss.