

Aníbal Quiroga León (Perú) *

El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional **

A Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor de México, Osvaldo A. Gozaini de Argentina y Domingo García Belaunde del Perú, generosos maestros del derecho procesal iberoamericano y, por sobre todo, amigos; con gratitud.

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

Eduardo García de Enterría: *La invención norteamericana de la 'Judicial Review' y su papel en el sistema.*

Durante el periodo que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del 80, los cultores de este tema se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix-Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes, o "jurisdicción

* Profesor principal de la Facultad de Derecho y ex editor general de la revista *Derecho-PUC* de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, y codirector de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Abogado en ejercicio. <facderecho@pucp.deu.pe>

** Ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Constitucional, organizadas por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Rosario.

constitucional orgánica” y de “jurisdicción constitucional de las libertades”, o de la “libertad”, como prefiere Fix-Zamudio. Y dentro de esa línea, se agrega a “jurisdicción constitucional transnacional”, para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario. [...].

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

Domingo García Belaunde: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*.

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

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

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

Jesús González Pérez: *Derecho procesal constitucional*.

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

Aníbal Quiroga León: “La *Judicial Review* en el Perú”, *El Comercio*, Lima, 13 de septiembre de 1996.

Introducción

Es menester destacar de partida que esta ponencia tiene como obligado antecedente la presentada al *II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional*, en la convocatoria de Rubén Hernández y la generosa hospitalidad de la Sala Cuarta o Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, desarrollada en julio de 2004 en San José.

Dicho texto fue el resultado, a su vez, de repensar y mejorar el trabajo inicial que sobre la materia apareció publicado en el 2001 en el libro colectivo *Derecho procesal constitucional*, obra cuya cuarta edición constó de cuatro tomos, estupendamente coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor y magníficamente editada por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C. de México, joven y empeñoso jurista mexicano de consagrado y promisor futuro, quien nos invitó a formar parte del grupo de investigadores cuyos trabajos allí se contienen.¹

El desarrollo de esta ponencia es de obligatoria temática para quienes, desde hace ya varios años, venimos trabajando de manera decidida el tema del *derecho procesal constitucional* en el Perú, disciplina de la que ya no se discute que tiene perfiles propios, tanto desde nuestra actividad académica iniciada en el segundo semestre de 1985, con el apoyo e impulso de amigos y maestros del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, cuanto de los posteriores e incontrastables trabajos de investigación, con el primordial objetivo de desarrollar —en un primer momento— la definición y adecuada comprensión de los diversos *instrumentos* que el derecho constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control interórganos y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución. En un segundo momento, se han empezado a desarrollar las características y posibilidades de estos instrumentos orgánicos y de la libertad, para que en su conjunto sean reconocidos como una especialidad de linderos y propios perfiles claramente definidos. A ellos se ha agregado ahora la expresa voluntad de determinar y dar forma al esquema básico de sus características, presupuestos, estructura y funcionamiento.

Esto, que parte de la especial interpretación constitucional,² llega a los confines del derecho procesal constitucional desarrollando toda su gama, no siempre bien comprendida, y a veces lamentablemente mal tratada en la norma, en la sentencia o en la vida práctica del sistema jurídico nacional.

Este trabajo permitirá, creemos, avanzar en el análisis detallado de los aspectos más saltantes, los instrumentos y las principales características del novísimo *Código Procesal Constitucional* del Perú³ (ya en vigencia) y de algunos aspectos de él que nos parecen críticos, que merecen ser prontamente corregidos y mejorados, sin perjuicio de contribuir con el constante debate doctrinario sobre el particular para lograr su mejora en todo sentido.

¹ Eduardo Ferrer Mac Gregor P.: *Derecho procesal constitucional*, México: Porrúa, 2003; 4.^a ed., 4 tomos.

² Aníbal Quiroga León: “La interpretación constitucional”, en *Derecho* n.º 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú. Lima: PUCP, 1985, pp. 323 ss.

³ Ley n.º 28 237, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de mayo de 2004, y que luego de una *vacatio legis* de seis meses, entrara en vigor el 1 de diciembre del mismo año.

Este texto legal integral de las acciones de control y de las acciones de garantía constitucional era un caro anhelo reclamado en no pocas ocasiones. Así, al mandato constitucional contenido específica e inequívocamente en el sexto párrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993, que obligaba a concentrar todas estas acciones constitucionales en una *ley orgánica*, se habían sumado diversas voces reclamándolo igualmente,⁴ hasta el punto de que, luego de casi 25 años de vigencia en el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho del curso titulado Garantías Constitucionales (idea y obra de Domingo García Belaunde, pionero en el Perú de estos estudios y vinculado básicamente al hábeas corpus y al amparo), a nuestra iniciativa, recogida prontamente por otros colegas, nuestra Universidad rebautizó oficialmente en su plan de estudios esta materia, reemplazando el *nomen iuris* por el que en verdad le corresponde: Derecho Procesal Constitucional.⁵

El Código Procesal Constitucional tuvo, en el Congreso de la República, como antecedentes los proyectos de ley n.ºs 3346, 3394, 3405, 3427, 3433, 3459, 3450, 3530, 3545, 3594, 3647, 3680, 3697, 3702, 3957, 3982, 4124, 4238, 4288, 4568, 4570, 5011, 5198, 5363, 5926, 6004, 6428, 6440, 6449, 7260, 7370, 7554, 7859, 8317, 8598, 9211 y 9371; habiendo sido dictaminado en la Comisión de Constitución el 30 de marzo, y en la Comisión de Justicia el siguiente 29 de abril del 2004. Su dictamen fue aprobado por amplia mayoría en ambos casos, y la votación del pleno fue bastante alta, como para ser considerada aprobada como ley orgánica sin inconveniente alguno.⁶

Como texto integral y sistemático, recoge un caro anhelo ya expresado desde diversos sectores académicos en el Perú, y sin duda hace justicia al avance y el desarrollo de la doctrina peruana del derecho constitucional y, en particular, de derecho procesal constitucional, como bien lo resalta Domingo García Belaunde,⁷ a la sazón presidente de la Comisión de Juristas autoconvocados que tuvo a su cargo la autoría del *Anteproyecto de Código Procesal Constitucional*,⁸ que ha sido base,

⁴ Véase el artículo de opinión “La *Judicial Review* en el Perú”, del autor, publicado en el diario *El Comercio*, Lima, 13 de septiembre de 1996, que constituye uno de los primeros reclamos públicos —si no el primero— de llegar a un Código Procesal Constitucional.

⁵ El primer *syllabus* o programa desarrollado del curso que, aún bajo el epígrafe “Garantías constitucionales”, esbozó una temática completa del derecho procesal constitucional en el Perú reclamando este título, me correspondió hace más de 10 años.

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

⁷ Domingo García Belaunde: “Cómo estudiar derecho constitucional”, en *Derecho PUC* n.º 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima: PUCP, 1985, pp. 177-189. Véase también, del mismo autor: *Cómo estudiar derecho constitucional (una década más tarde)*, Lima: Grijley, 2.ª ed., 1999.

⁸ *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y legislación vigente*, Lima: Palestra, 2003.

casi al 90%, de la versión final aprobada por el Congreso de la República del Perú en la autógrafa ya reseñada.

Diríamos en primer término que el mérito principal de este Código Procesal Constitucional, además de ser pionero en el ordenamiento interno de una nación en Iberoamérica, es el de concentrar e intentar sistematizar todos los instrumentos del control constitucional orgánico y de la defensa de los derechos fundamentales en el control de las libertades, en un solo texto, con una misma redacción y una misma técnica procesal constitucional. Eso es innegable. Nuestra regulación en materia de hábeas corpus se inicia en 1897, y la que está vigente consta de más de 15 normas diferentes, no siempre conexas, no siempre de fácil manejo para el juez constitucional, para el magistrado judicial o para el operador jurídico. Mucho menos para el justiciable.

Así, en un solo texto normativo se desarrollan —en parte, porque continúa vigente el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo desarrolla— los preceptos del sistema difuso peruano de revisión judicial de las leyes previsto en el artículo 138, 2.^a parte, de la Constitución de 1993, los de la Contienda de Competencia (que el Código da en llamar con poco estilo *proceso competencial*, expresión poco feliz, sin duda) del artículo 203 de la propia Constitución, y todos instrumentos procesales referidos en el artículo 200 del mismo texto constitucional, dos de control: la acción de inconstitucionalidad de las leyes (rebautizada *proceso de inconstitucionalidad*), la acción popular (rebautizada *proceso de acción popular*) y los cuatro de garantía de derechos fundamentales o de la libertad que nuestro sistema provee, a saber: hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y la acción de cumplimiento —todos también prolijamente rebautizados desde una “nomenclatura clásica” (sic) según una nueva y moderna (?) tendencia procesal, según reza su Exposición de motivos—.⁹ Así, por lo menos, reza la Exposición de motivos que consta en los proyectos legislativos del Congreso, aportados por la misma Comisión de Juristas.¹⁰

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

⁹ *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de motivos, Dictámenes e Índice analítico*, Lima: Palestra, 2004, pp. 133, 152-153.

¹⁰ Véase *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto...*, o. cit., pp. 12, *supra*, 24 y 25.

que habrán de influir en las instituciones nacionales, en este caso, en el esquema de protección, control y protección de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella consagra.

1. El derecho procesal constitucional

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

El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional,¹² surge con el proceso mismo de la constitucionalización

¹¹ Aníbal Quiroga León: “Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano”, en AA. VV.: *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima: Fondo Editorial PUC, 1990, pp. 152 ss.

¹² Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, Fix-Zamudio (*Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*, como en el trabajo con Jorge Carpizo: “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en *Revista Parlamentaria Iberoamericana* n.º 2, Madrid, 1986) la denota incuestionablemente como *justicia constitucional*, en tanto que García Belaunde (“Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979”, en *Derecho PUC* n.º 35, Lima: P. A. de Derecho de la PUC del Perú, 1981, así como en el ensayo *Sobre la jurisdicción constitucional*) opta sin lugar a dudas por la de *jurisdicción constitucional*. Kelsen, como bien apunta García Belaunde, las denota indistintamente —quizás por la variedad idiomática o la traducción—. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos, y así serán utilizados como equivalentes, aun cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debemos la opción de García Belaunde en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de *justicia constitucional*, que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor *justicia* dentro del texto constitucional, diferente del valor *justicia* en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (Fix-Zamudio) y un iusfilósofo (García Belaunde) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional en un esquema jurisdiccional. Acerca de la óptica axiológica en el derecho constitucional, se puede ver Francisco Fernández Segado: “La necesaria dimensión valorativa del derecho constitucional”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n.º 1, Madrid: Reus, 1988; Mauro Cappelletti: “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, y Juan F. López Aguilar: “Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España”, en *Revista de las Cortes Generales* n.º 12, Madrid: 1987, al propio Héctor Fix-Zamudio: *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*, documento de trabajo, Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional (*La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*), Bogotá: 1977. Véase también el Prólogo de García Belaunde a la obra de Alberto Borea Odría: *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Lima: Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, 1985, p. 11, así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*, Sousa Calle y Danos Ordóñez en *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima: Cuzco, 1987, pp. 281 ss. Más recientemente, véase Domingo García Belaunde: “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en *Libro homenaje a Peter Häberle*, Lima: Grijley, 2000.

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

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

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

Así también Almagro Nosete¹⁶ señala:

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

Antes que él, el gran procesal-constitucionalista mexicano Fix-Zamudio¹⁷ había señalado:

¹³ Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1983, pp. 27 ss., Prólogo de Pedro de Vega y traducción de Manuel Sánchez Sarto.

¹⁴ *Ibíd.*

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

¹⁶ José Almagro Nosete: “Breves notas sobre el derecho procesal constitucional”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid: Edersa, 1979, p. 684.

¹⁷ Héctor Fix-Zamudio: *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1977, pp. 10 ss. Véase también

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

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

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

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado *derecho procesal constitucional*, al decir de González Pérez,¹⁸ quien señaló lo siguiente:

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

[...]

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

Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos, México: UDUAL-Porrúa, 1988, pp. 221 ss. Véase igualmente “Los problemas contemporáneos del Poder Judicial”, en *Grandes tendencias políticas contemporáneas*, México: Coord. de Humanidades, UNAM, 1986, p. 4.

¹⁸ Jesús González Pérez: *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Civitas, 1980, p. 49.

constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.

Y García Belaunde,¹⁹ con singular acierto, resume por su parte:

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

[...]

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

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

[...]

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del derecho procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo *jurisdiccional* puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aun teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en

¹⁹ Domingo García Belaunde: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UNMSM, 2.^a ed., 2000.

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

²¹ Héctor Fix-Zamudio: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, México: UNAM, 1968.

²² Jesús González Pérez: o. cit., p. 50.

buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como *Derecho Judicial*, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca²³ lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el Derecho Procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del Derecho Público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Carnelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde reconoció que la figura del Juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

[...]

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

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

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando —hasta nuevo aviso— el concepto de “derecho procesal constitucional”.

Más recientemente, Fix-Zamudio²⁴ ha continuado aportando al señalar:

También debemos estar conscientes que hay una presencia de las diversas disciplinas procesales respecto del derecho sustantivo es relativamente reciente y que ese desprendimiento ha sido paulatino, comenzando por el derecho procesal civil y penal, y sólo posteriormente los derechos procesales administrativos, de trabajo, agrario, etc. y una de las ramas más modernas, si no es que debe considerarse la más actual, *es precisamente el derecho procesal constitucional*.

[...]

26. Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional ya que la mayoría por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos, por otra

²³ Juan Montero Aroca: *Introducción al derecho procesal jurisdiccional*, Madrid: Tecnos, 1976.

²⁴ Héctor Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional*, México: FUNDAP, Colección Derecho, Administración y Política, 2002, pp. 19-23 y 38-39.

parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo que se llama *stare decisis* (obligatoriedad de precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.

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

Ello, claro está, se encuentra determinado por ciertos límites, los mismos que en principio podremos encontrar en el propio texto constitucional y que responden en algunos casos a una opción política, habida cuenta de que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídico,²⁵ en tanto que en otros casos estos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales, los mismas que, pese a no ser parte del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional, puesto que su contenido se refiere a él, sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta constitucional, de la que, como hemos visto, emana su naturaleza normativa.

Una primera y rápida revisión de la Constitución peruana de 1993 podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, aquellos enumerados en el artículo 200 de la Carta; puesto que, si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993, encontraremos que, en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado artículo 200, tenemos que el artículo 138 en su segunda parte, el artículo 148 y el artículo 202, inciso 3, forman parte también del derecho procesal constitucional peruano.

Así, este esquema determina que indiscutiblemente son ocho los procesos constitucionales contemplados en nuestra Carta —aunque sin mayor sistematicidad—, los cuales conforman el marco de instrumentos orgánicos y de las libertades de nuestro derecho procesal constitucional peruano en la hora actual, los que a continuación pasamos a enumerar:

1. control difuso o *judicial review* de la constitucionalidad de las normas legales (artículo 138, 2.ª parte);
2. acción de hábeas corpus (artículo 200, inciso 1);

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

3. acción de amparo (artículo 200, inciso 2);
4. acción de hábeas data (artículo 200, inciso 3);
5. acción de inconstitucionalidad de las leyes (artículo 200, inciso 4);
6. acción popular (artículo 200, inciso 5);
7. acción de cumplimiento (artículo 200, inciso 6), y
8. contienda de competencia constitucional (artículo 202, inciso 3).

Por ello, podremos organizar en un primer intento todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: a) las acciones de Control Constitucional de defensa orgánica, por un lado, y b) las acciones propiamente de garantía o de defensa de las libertades, por el otro. La diferencia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicará en su objeto, finalidad, naturaleza y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestado además el tipo de proceso, a través de la pretensión específica y sus efectos, que se vaya a solicitar al juzgador constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan dentro del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: a) el difuso (*judicial review*) o americano y b) el concentrado o europeo.

Lo expuesto determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde sólo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la *jurisdicción constitucional* pueda ser válidamente ejercida no solamente por los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial (los que así reúnen permanentemente una doble cualidad inmanente de jueces ordinarios y jueces constitucionales), cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio podemos decir que la *jurisdicción o justicia constitucional* es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplada ahora en el ya mencionado artículo 138, 2.^a parte, de la Constitución; como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radica fundamentalmente en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional. Así, tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales: los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades, cuya pretensión es la defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme están reconocidos por la Constitución, y las acciones de control constitucional u orgánicas, cuya pretensión objetiva, en todas sus variantes, es preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y

organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido.

De acuerdo con lo antes expuesto, reformulando el orden constitucional y su sistemática mal estructurada en el artículo 200 de la Carta constitucional, conforme a su adecuada naturaleza, serán propiamente acciones o mecanismos de control constitucional orgánico:

1. la acción de inconstitucionalidad;
2. el control difuso de la constitucionalidad de las leyes;
3. la acción popular, y
4. la contienda de competencia constitucional.

En tanto, serían propiamente acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades:

1. el hábeas corpus;
2. la acción de amparo;
3. el hábeas data, y
4. la acción de cumplimiento.

2. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y su tratamiento por el Código Procesal Constitucional peruano

El *control difuso*, también llamado *control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, nace, como lo reconoce hoy de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, como consecuencia de la expedición de la ahora célebre sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, en un *writ of mandamus* (una suerte de *acción de cumplimiento*) bajo la presidencia del *Chief of Justice John C. Marshall*, 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, por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho.²⁶

El llamado *sistema difuso* o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial. La primera, que se

²⁶ Dale Furnish: *La revisión judicial...*, o. cit., p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte más importante de este célebre fallo. Se lo puede encontrar completo traducido al español en *Lecturas sobre temas constitucionales* n.º 2, Lima, 1988, p. 100 ss.

halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional *innominado* de toda Constitución escrita.²⁷ 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* por que no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difundido entre todos los jueces del Poder Judicial, como un atributo de éste y no susceptible de ser *trasvasado* por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, que dará por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos *interpartes* 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.²⁸

²⁷ Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los Estados Unidos y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica “creación” o “redefinición jurisprudencial” efectuada por el Supremo Tribunal Federal desde 1803, siempre dentro del Poder Judicial. Véase Furnish: o. cit., pp. 96-97.

²⁸ Dice Dale Furnish: “La potestad de la Corte Suprema de los Estados Unidos es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. (Con el curso del tiempo) [...] la Corte ha (auto) establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto)limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la judicial review [...], sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esa 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

Así aparece de modo uniforme entre nosotros en los artículos 8 de la LOPJ(D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979(D), 138, 2.^a parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del TUO de la LOPJ, que a la letra dice:

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

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

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

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

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

Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional

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

Como se puede apreciar el Código Procesal Constitucional peruano ha regulado este instituto de control constitucional tímidamente, de manera genérica, casi sin convicción, casi sin tener en consideración el antecedente normativo sobre el particular, y en forma asistemática, debido que este cuerpo normativo no ha mejorado, ni sustituido, ni derogado (al menos en una simple revisión del título XIII, “Disposiciones transitorias y derogatorias”) el artículo 14 del TUO de la LOPJ, el cual se mantiene vigente, lo que produce un innecesario conflicto de interpretaciones. Es decir, en este aspecto, en vez de mejorar se ha retrocedido.

En un análisis comparativo, como ya se ha visto, el artículo 14 del TUO de la LOPJ peruana es la norma que ha desarrollado la parte conceptual y procesal de manera adecuada a la *judicial review*, o sistema de control difuso en el Perú, mucho más simple, clara y completa que aquella que hoy, trece años después, viene a brindar

Suprema), [...] C) La Corte Suprema no intervendrá en una “cuestión política” (esto es, en actos no judiciales), [...] y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso [...]”. Dale Furnish: o. cit., pp. 90-96. Respecto de la necesidad de un *caso concreto* véase Ernesto Blume Fortini: “El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional* n.º 3, año III, Lima: PUC, Lima, 1996.

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

el novísimo Código Procesal Constitucional. Máxime si la citada norma ha regulado el procedimiento que el magistrado ordinario, puesto en el ropaje y en el talante de juez constitucional, debe seguir para dar cumplimiento a dicho instrumento constitucional, y que deberá aplicarse en cada situación en particular. Este simple hecho se comprueba con lo establecido en el artículo I del Título preliminar del Código Procesal Constitucional peruano, que excluye de manera expresa como su objeto la regulación del control difuso, conforme detallamos a continuación:

Artículo I. Alcances.

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

Esta regulación exigua de la *judicial review* por parte del Código Procesal Constitucional peruano parecería indicar la poca convicción de sus autores sobre este instrumento de control orgánico, o su limitación para el adecuado manejo y la interrelación con el resto del sistema, y parte del hecho de desconocer que ésta es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los tribunales de justicia, en que esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está *añadida* a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al *caso concreto*, *interpartes*, nunca le puede relevar de su función de hacer *reparto* o *distribución de los bienes jurídicos tutelados* —cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos— materia de la controversia judicial. Y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de *contralor concreto de la Constitución* como parte adicional de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario, y con una pretensión material y concreta.

Como se aprecia, la justicia constitucional concentrada, o *ad hoc*, según el modelo kelseniano, que corresponde al Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente contrapuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios del presente (la doctrina francesa la llegó a denominar despectivamente *dictadura de los jueces*, aludiendo a su no legitimación popular directa) y de la oposición de sus metodologías. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de una sobre la otra. Simplemente corresponde enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquélla es subjetiva, ésta es abstracta, puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, ésta es *erga omnes*. Mientras aquélla está difuminada entre todo el sistema judicial con todas sus variantes, ésta se halla concen-

trada en un solo órgano diseñado en la Constitución para ese efecto. 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. El resumen magistral que de esto hace Fix-Zamudio³⁰ resulta, sin duda, esclarecedor:

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

Si lo anterior es así, cabe concluir que no se debe, ni se puede, esperar que el Tribunal Constitucional ejerza válidamente la atribución de la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, es decir, de la acción directa del control de las leyes; por ser ésta abstracta, por pertenecer aquella al ámbito específico de la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial, según la inequívoca acepción de la segunda parte del artículo 138.º de la Carta constitucional, sistemáticamente situado dentro del capítulo reservado al Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, *excluye* implícitamente para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden válidamente analogizar, ni extender interpretativamente, pues son taxativas y excepcionales —baste ver el principio general del derecho contenido en el artículo IV del Título preliminar del Código Civil.³¹ 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 de 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 cualquier otro órgano del Estado, aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente debe reconocerse que la doctrina del Tribunal Constitucional en la justicia constitucional *ad hoc*, o concentrada, es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución; en tanto que el control constitucional con la *judicial review* a través del Poder Judicial es derivado, subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia

³⁰ Héctor Fix-Zamudio: “La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración General de Inconstitucionalidad”, en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México: Porrúa, 1988, pp. 337 ss.

³¹ Código Civil peruano, Título preliminar: “Artículo IV: La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o *ad hoc*, antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *judicial review* basada en el Poder Judicial, no siempre bien dispuesto o en aptitud de repetir adecuadamente el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotado 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*.³²

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la *jurisdicción negativa de la libertad* (artículo 202, inciso 2, de la Constitución), dado que dicha facultad, expresa pero excepcional, por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional, siempre que hayan sido denegadas al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *recurso de agravio constitucional* (artículo 18.º del Código Procesal Constitucional peruano). 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 control de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer 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, con las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción desde el Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar,³³ con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de *autocontrol de sus poderes o self restraint* que ha caracterizado siempre el funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

3. Las acciones de garantías constitucionales y las acciones de control constitucional

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución peruana de 1993 agrupa a estas acciones en conjunto, sin una clasificación ordenada ni adecuada sistemática, como ya se ha anotado, e incurrió en el error de no sistematizarlas debidamen-

³² Luis Marcelo De Bernardis: *La garantía procesal del debido proceso*, Lima: Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal y Cuzco, 1995, pp. 82 ss.

³³ Véase *supra*, n. 21 *ab-initio*.

te, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales y de interpretación. Este mismo derrotero ha sido seguido por el Código Procesal Constitucional peruano, que no realiza un deslinde entre estos dos tipos de acciones. Ello, como dice González Pérez,³⁴ responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que éstos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho, han sido abordados en su mayor parte por estudiosos del derecho constitucional y no del derecho procesal.

Adicionalmente, habría que señalar que, no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una ley orgánica que regule todas las *acciones de garantía constitucional*,³⁵ hasta el año pasado no se habían dado pasos en serio que condujeran a tal finalidad, para lograr la promulgación de un *Código Procesal Constitucional*.

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

En otro aspecto, en las acciones de garantía —en todas— y en las de control constitucional se ha cambiado, sin necesidad, ni sentido ni modernidad alguna (aquí sí hubo olvido de la modernidad que se invoca en otras partes) para optar por el concepto de *prescripción*, conforme se denota en el artículo 44.º del Código Procesal Constitucional peruano, abandonando su moderno y seguro sucedáneo de la caducidad, tal como la ley expresa y lo regula a la fecha, que es institución de orden público y fatal, que hace desaparecer la pretensión material válidamente invocable y, sobre todo, que debe ser apreciada de oficio. Se retrocedió a la prescripción, aun cuando en estos procesos no caben las excepciones, y los jueces, por imperio de la ley —con excepción de alguna inadmisibilidad— no pueden apoyarse en una prescripción extintiva que no ha sido invocada por las partes, olvidando el Código Procesal Constitucional peruano el carácter de *orden público constitucional* que tienen tanto las acciones de control como las de garantía constitucional.

³⁴ Jesús González Pérez: o. cit., p. 50.

³⁵ Entiéndase por ello como que todos los procesos constitucionales de control y garantía previstos en el artículo 200 de la Constitución de 1993, más la contienda de competencia (artículo 203) y el control difuso o revisión judicial de las leyes (artículo 138, 2da. Parte), debían ser sistematizados en una ley orgánica, como lo ordenaba la Constitución en el artículo 200.º *in fine*. Véase *supra*. “Introducción”.

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

Artículo 25.º. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o Tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocido por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Esto permitirá un escaso desarrollo jurisprudencial en esta materia, al generar incentivos a los juzgadores en la expedición de resoluciones inhibitorias por la falta de simples requisitos formales. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por la inevitable —y hasta necesaria y saludable— confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional, trae siempre problemas de interpretación, actualización, concreción,³⁶ aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo *proactivo, progresivo y creativo* de estos instrumentos de la defensa y el control constitucional.

4. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el “Órgano de control de la Constitución”.³⁷ Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V (“De las garantías constitucionales”) ha optado de manera clara por el denominado control *ad hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el *modelo europeo* o de *justicia constitucional concentrada*,³⁸ con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

³⁶ Konrad Hesse: *La interpretación constitucional*, cit. por Anfbal Quiroga León: “La interpretación constitucional”, en *Derecho PUC* n.º 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima: PUCP, 1985, pp. 323 ss.

³⁷ Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993, que se preparó durante el gobierno transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001, se sugirió que la definición del Tribunal Constitucional fuera modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución Española de 1978, desarrollada en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.

³⁸ Héctor Fix-Zamudio: *Veinticinco años...*, o. cit.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: a) la interpretación de los postulados constitucionales en cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio, para sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos, y b) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de ella, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales o de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del derecho constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo es la “fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional”; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos —en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno—. En el Estado moderno de derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —que hoy está más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by men* por el actual, democrático y jurídico *Government by laws*.³⁹ Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

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

En la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional se halla definido específicamente en el artículo 201.º, que señala como sus características:

- 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, reelegibles por un período adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra Carta Magna, como se ha

³⁹ Kaegi y von Ihering, cit. por Eduardo García De Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 49 ss.

expuesto. Esta deficiencia no ha sido superada por el Código Procesal Constitucional peruano, que no perfila el verdadero papel interpretativo del Tribunal, el cual se infiere —en lectura muy indirecta— del tercer párrafo del artículo VI del Título preliminar:

Artículo VI. Control Difuso e Interpretación Constitucional

[...]

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, según 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 1929,⁴⁰ 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*, 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 se trate del control de la constitucionalidad de las leyes.

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

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir sus alcances y límites. Este control aparece evidente en el denominado *control concentrado* o *control ad hoc*, esto es, de índole abstracta —y, por tanto, incompatible en ése y en otros puntos con el *control difuso* o *judicial review*—, en el que corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un *caso concreto* en que esté en disputa derecho subjetivo alguno) de la ley dubitada y en el que el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, será el imperativo categórico que determina-

⁴⁰ Anfbal Quiroga León: “Una aproximación...”, o. cit., pp. 153 ss.

rá, 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 cierta es la segunda premisa, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen—⁴¹ *legislador negativo*, esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204 *ab initio* de la Constitución). En cada caso de inconstitucionalidad así determinada se crea una *norma subconstitucional*,⁴² de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico de que toda ley se deroga sólo por otra ley, expresado, por ejemplo, por el artículo I del Título preliminar del Código Civil peruano,⁴³ se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*. No obstante, debe anotarse que el concepto originario de *legislador negativo* se halla, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y la que proviene de su Corte Constitucional, y la española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como por la alemana y la que proviene de su Tribunal Constitucional.⁴⁴

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

⁴¹ “El calificativo de ‘legislador negativo’ que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende ‘desjurisdiccionalizar’ ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce [...] las funciones a dos: legislación y creación [por un lado], y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. [...] Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia [...], cuando habla de ‘legislador en sentido negativo’ lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribió Kelsen: ‘un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo’”. Citado por Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: CEC, 1981, pp. 6 ss. (cursivas añadidas). La cita de Kelsen está en Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de García Maynez), México: UNAM, 1979, pp. 303-334.

⁴² Enrique Alonso García: *La interpretación constitucional*. Madrid: CEC, 1984, p. 13.

⁴³ Código Civil peruano, Título preliminar: “Artículo I: La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”.

⁴⁴ Eliseo Aja: *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual*, Barcelona: Ariel, 1998.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía “quirúrgica” del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento; una tarea “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 *vacío* que deja la norma derogada, lo cual 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 en puridad, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una “situación de mayor inconstitucionalidad” en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

5. El control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada y de efectos generales. La acción popular

La *acción popular* es uno de los instrumentos de control constitucional y legal del derecho procesal constitucional que provee la Constitución Política del Estado a los justiciables para el control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada, esto es, para el control en *sede judicial* de las normas administrativas con carácter general cuando éstas contravengan la Constitución o las leyes. Es, por tanto, una acción de control directo de la legislación derivada (ley en sentido material), de orden abstracto (de puro derecho en trabajo de *subsunción interpretativa*) y de *legitimación abierta* sin requerir factor de conexión entre la norma dubitada y el agente que aparece como reclamante, cuya titularidad, en puridad, corresponde al Poder Judicial como agente del control constitucional.

Con respecto a este aspecto, el artículo 84.º del Código Procesal Constitucional peruano abre de modo desmedido e innecesario la legitimación activa en dicho proceso de control constitucional, de suyo abierta. No existe un límite para ello, y hasta una persona (natural o jurídica) extranjera puede poseer dicha calidad —es decir, personas que luego van a carecer de responsabilidad absoluta respecto de lo que hagan o pidan—, sin que al respecto se ofrezca sustento teórico concreto en la Exposición de motivos.

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

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

Nuestra Carta constitucional ha optado por otorgar competencia al Poder Judicial para que en su sede se determine a través de la acción popular si los reglamentos y normas administrativas que tienen efectos generales coliden con la ley y con la Constitución; es preciso realizar el examen de la legalidad y constitucionalidad de la norma acusada de violación, en el orden antes señalado, pues no toda *ilegalidad* supone siempre *inconstitucionalidad*.

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

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

6. Los conflictos de competencia y su control por el Tribunal Constitucional

Como hemos señalado, el *conflicto de competencia* es también un proceso constitucional, cuya finalidad es la interpretación del texto constitucional y, con ello, el control por el Tribunal Constitucional del ejercicio de las facultades que les son atribuidas a las diferentes entidades del sector público. Es un proceso que puede clasificarse dentro de la jurisdicción constitucional como un proceso de control de la constitucionalidad, la legalidad y el cumplimiento de las competencias constitucionales y legales.

Los procesos constitucionales sobre conflicto de competencia pueden ser clasificados en dos:

1. *conflicto negativo de competencia*, cuando un órgano demanda ante el Tribunal Constitucional para que se le atribuya una competencia a su contendor, quitándosela de encima mediante una interpretación vinculante;
2. *conflicto positivo de competencia*, cuando un órgano constitucional demanda al Tribunal para que se le atribuya una competencia determinada, que es contestada o disputada por su contendor, a quien se la deberá restar explícitamente mediante interpretación vinculante.

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

El artículo 109.º del Código Procesal Constitucional peruano señala que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia se limita a los siguientes *conflictos de competencia*:

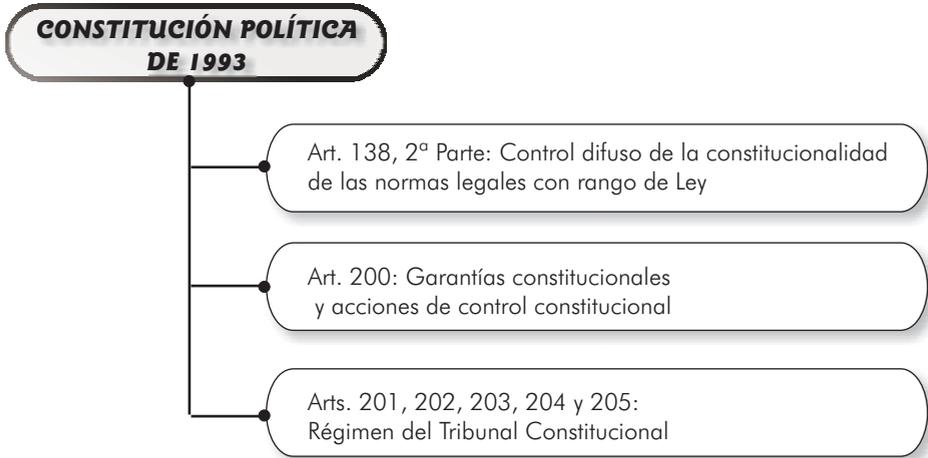
1. entre el Poder Ejecutivo y uno o más gobiernos regionales o municipales;
2. entre dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí, y
3. entre los poderes del Estado entre sí, o con cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí.

Sin embargo, otra innovación realizada por el Código Procesal Constitucional peruano es el uso de la nomenclatura *proceso competencial*, que no tiene parangón en la doctrina comparada y parece estar reñida con la semántica del diccionario de la lengua española. Además, viene a contramano de lo previsto en el Código Procesal Civil peruano, que llama a esta institución *contienda de competencia* o *proceso de contienda de competencia*.

Finalmente, hasta la fecha el Tribunal Constitucional del Perú no ha desarrollado una jurisprudencia considerable respecto a esta competencia. Este proceso constitucional de naturaleza orgánica no ha tenido tal vez la importancia que, por ejemplo, ha logrado en España a raíz de los conflictos que cotidianamente surgen entre el Gobierno central y las diversas comunidades autónomas. Quizás en el futuro cercano, cuando los procesos de regionalización avancen y se vayan consolidando en las llamadas macrorregiones, se pueda observar mayor injerencia del Tribunal Constitucional en este instrumento del control orgánico de la Constitución.

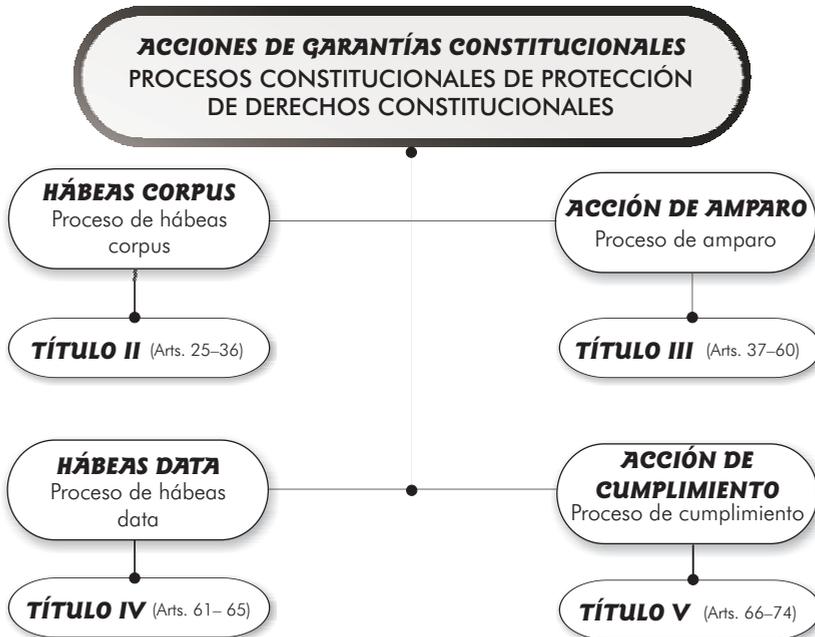
Anexo I

El derecho procesal constitucional en el Perú.
Las normas constitucionales en materia procesal constitucional



Anexo II

Legislación sobre acciones de garantías constitucionales
y Código Procesal Constitucional
Ley 28 237 (31.5.2004)



Anexo III
Legislación sobre acciones de control constitucional

