

BREVE HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

ANÍBAL QUIROGA LEÓN^(*)

“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 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 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’.

(...).

Y tal clasificación tripartita, iniciada por Cappelletti, válida en su momento, pierde hoy su valor científico, si bien, por comodidad, se sigue utilizando. Y el Derecho Procesal Constitucional sólo se entiende desde una Teoría General del Proceso, que es una sola y que alimenta todos los procesos, como lo vio

(*) Profesor principal y exeditor general de la revista *Derecho-PUCP* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, profesor en la Facultad de Derecho de la UPC y en la maestría de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres. Exvocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y presidente de su Comisión Permanente de Derecho Procesal Constitucional. Investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2002). Excodirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Expresidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Secretario ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en ejercicio.

bien Carnelutti. Y aceptando su carácter procesal, resulta inevitable seguir la doctrina general para armar esta nueva disciplina”.

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

“De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional”

“Si parece no ofrecer duda que las normas reguladoras del proceso constitucional deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales, no está tan claro que el Derecho Procesal Constitucional, como el Derecho Procesal Administrativo, el Derecho Procesal Laboral y otras ramas del Derecho Procesal, deben considerarse autónomos entre sí. (...).

A solución análoga ha de llegarse respecto del 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”

I. INTRODUCCIÓN

Hoy no cabe duda de que, en el Perú, existe en nuestro sistema constitucional un sistema mixto de justicia constitucional⁽¹⁾, y que académicamente es llamado Derecho Procesal Constitucional, en el que se conjugan diversos instrumentos de control orgánico e instrumentos de la libertad de orden subjetivo. A la par, los planos también están cruzados, ya que algunos de estos instrumentos pertenecen a la jurisdicción ordinaria, en tanto que otros corresponden a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, novísima institución incorporada al Derecho

(1) Conforme se desarrolla en este mismo trabajo, vamos a utilizar indistintamente –como sinónimos– las expresiones: Derecho Procesal Constitucional, justicia constitucional o jurisdicción constitucional.

Constitucional peruano desde 1979. Lo más saltante que hay algunos de estos instrumentos que, empezando en la jurisdicción ordinaria, es posible que terminen en la del Tribunal Constitucional creando una sistemática entre la jurisdicción ordinaria– jurisdicción constitucional.

La mayor prueba de ello, luego de más de cuarenta años de evolución de nuestra jurisdicción constitucional, ha sido la dación de un Código Procesal Constitucional desde el 2004, y reformulado con algunas modificaciones puntuales en el 2021, texto normativo que condensa precisamente –y en forma sistemática– este conjunto de instrumentos procesal-constitucionales dentro de nuestro sistema constitucional.

Así, estos diversos, y a veces disímiles, instrumentos tienen como escenario de acción tanto en el *Poder Judicial*, a través de los mecanismos de control interórganos como aparece de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y los derivados de las acciones de garantía, cuanto en el *Tribunal Constitucional* a partir de la acción de inconstitucionalidad (la acción directa contra la ley), la posibilidad de conocer en revisión de última instancia respecto de las acciones de garantía denominadas amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento cuando sean denegadas o inadmitidas por el Poder Judicial (en denominación que parafrasea a Cappelletti *jurisdicción negativa de la libertad*), donde evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones constitucionales, si bien autónomas en su conformación, relacionadas en este extremo (como una derivación de la *jurisdicción de la libertad*, según el decir del insigne maestro italiano Mauro Cappelletti). También comprende la determinación de la contienda de competencia constitucional –tanto positiva como negativa– de los diversos órganos constitucionales.

Este sistema que hoy es mixto sin lugar a dudas –inicialmente calificado con justeza como “*dual*” por Domingo García Belaunde– no ha sido, sin embargo, obra de una mente brillante que se haya detenido a diseñarlo en una pizarra, o en una pantalla, con la funcionalidad que hoy tiene. Ha sido más bien un producto histórico en el que se han ido extrapolando y traslapando instituciones del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional hacia lo que hoy conocemos como Derecho Procesal Constitucional a lo largo de la historia del Derecho Constitucional peruano, hasta quedar hoy plasmado tal como se haya contenido en el también novísimo Código Procesal Constitucional (2004), con su reformulación corregida puntualmente con el texto de 2021.

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, obligaba a concentrar todas estas acciones constitucionales en una *Ley Orgánica*.

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En el origen y definición del concepto de Justicia o Jurisdicción Constitucional podremos encontrar que⁽²⁾:

“El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional⁽³⁾ surge con el proceso mismo de la

(2) QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Una aproximación a la Justicia Constitucional: El modelo peruano”. En: AA. VV. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1990, pp. 152 y ss.

(3) Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1965)*. UNAM, México, 1968; como en el trabajo que tiene con CARPIZO, Jorge (“La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”. *Revista parlamentaria Iberoamericana*, N° 2, Madrid, 1986) la denota incuestionablemente como **Justicia Constitucional**; en tanto que GARCÍA BELAUNDE, Domingo (“Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979”. *Revista DERECHO PUCP*, N° 35, Lima, 1981; así como en el ensayo *Sobre la jurisdicción constitucional* que es materia de esta misma obra colectiva) opta sin lugar a dudas por la de **Jurisdicción Constitucional**. Kelsen, como bien apunta García Belaunde las denota indistintamente –quizás por la variedad idiomática o la traducción–. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debamos la opción de GARCÍA BELAUNDE en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de **Justicia Constitucional** –que pudiera parecer más completa– apunta básicamente a la búsqueda de su componente axiológico, en el 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 adecuada 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. Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, Editorial REUS, Madrid, 1988; CAPPELLETTI, Mauro. “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”. En: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; LOPEZ AGUILAR, Juan. “Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España”. *Revista de las Cortes Generales*, N° 12, Madrid, 1987; y al propio FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad*. Documento de trabajo, fotocopia. Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, (*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*) Bogotá, 1977. Véase también el prólogo de Domingo García Belaunde a la obra de BOREA ODRÍA, Alberto. *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*. Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 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” elaborado por SOUSA CALLE, Martha y DANOS ORDOÑEZ, Jorge. En: EGUIGUREN PRAELI, Francisco (coord.). *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Editorial Cuzco S.A., Lima, 1987, pp. 281 y ss. Más recientemente, véase GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional”. En: *Libro Homenaje a Peter Häberle*. Mimeo, Lima, 1999.

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

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de CROMWELL en 1858⁽⁴⁾. Como lo apunta el propio SCHMITT⁽⁵⁾, en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el Siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 de Sajonia de 1931⁽⁶⁾.

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, interpretación, defensa de la supremacía y vigencia constitucional.

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⁽⁷⁾, quien señala 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.

(...)

(4) SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Sánchez Sarto, Manuel (trad.). Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1983, pp. 27 y ss. Prólogo de Pedro de Vega.

(5) Ídem.

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

(7) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

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

García Belaunde⁽⁸⁾ con singular acierto, resume por su parte, que:

“La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del Siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las Colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos⁽⁹⁾.

(...)

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 lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso del Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía Justicia Constitucional cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales⁽¹⁰⁾, y Jurisdicción Constitucional, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús

(8) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional –Sección Peruana-; Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y CCPP de la UNMSM, 2ª ed., Lima, 2000.

(9) CORWIN, Edward S. *The “Higher Law” background of American Constitutional Law*. Cornell University Press, 1955.

(10) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*. UNAM, México, 1968.

GONZÁLEZ PÉREZ⁽¹¹⁾). Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.

(...)

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del Derecho Procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo jurisdiccional puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aún teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como Derecho Judicial, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca⁽¹²⁾ 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.

(11) GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1980.

(12) MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho Procesal Jurisdiccional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1976.

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’”.

En este punto podemos determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta Constitucional para su defensa y control han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional de las últimas 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 los 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⁽¹³⁾; en tanto que, en otros casos estos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales; los mismas que, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional puesto que su contenido se refiere al mismo, desarrollándose sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta Constitucional, de la que, como hemos visto, emana la naturaleza normativa de la misma.

III. HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

En el Perú, en el artículo 10⁽¹⁴⁾ de la Constitución liberal de Ramón Castilla de 1856 puede hallarse un embrión del control difuso y la influencia directa

(13) KAEGI, Werner. “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo Poder Jurídico”. *Die Verfassung als Rechtliche Grundordnung des Staates*.

(14) Constitución de la República Peruana, dada el 3 de octubre de 1856 y promulgada en 19 del mismo mes.

del caso *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema Federal de los EE.UU. (1803). Y en el caso de las garantías fundamentales, fue una ley de finales del Siglo XIX que incorporó a nivel legislativo el entonces llamado “recurso de hábeas corpus”.

La Constitución de 1920 incorporó en su texto el hábeas corpus⁽¹⁵⁾. Por otro lado, el Proyecto de Constitución de Villarán (1931) ya se consagraba el control difuso. La Carta de 1933 reiteró el hábeas corpus y lo extendió a los demás derechos sociales⁽¹⁶⁾, extensión que después fue llamada el “Hábeas Corpus Civil” y que no fue procesalmente desarrollada sino hasta 1968, considerándose el embrión del actual amparo constitucional en el Perú.

El hábeas corpus pasó a ser desarrollado por el Código de Procedimientos Penales de los años 40⁽¹⁷⁾, y un antecedente remoto del control difuso se puede observar en el art. XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936⁽¹⁸⁾. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, artículo 8⁽¹⁹⁾, también intenta desarrollar

“Art. 10.- Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución.

Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes.”

(15) **Constitución para la República del Perú**

Dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920. Augusto B. Leguía.

“Art. 24.- Nadie podrá arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo en todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de 24 de horas, a disposición del Juzgado que corresponda.

Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se le pidiere.

La persona aprehendida o cualquiera otra podrá interponer conforme a la ley el recurso de Hábeas Corpus por prisión indebida.”

(16) **Constitución Política del Perú (29 de marzo de 1933):**

“Art. 69°. Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus.”

(17) **Código de Procedimientos Penales – Ley N° 9024:**

“Art. 349.- Toda persona reducida a prisión por más de veinticuatro horas, sin que el juez competente a tomarle la declaración instructiva, tiene expeditivo el recurso extraordinario de hábeas corpus.

Da igualmente lugar al ejercicio de este recurso, la violación de los derechos individuales y sociales garantizados por la Constitución.”

(18) **Código Civil:**

“Artículo XXII del Título Preliminar.-

Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera.”

(19) **Decreto Ley N° 14605 - Ley Orgánica del Poder Judicial:**

“Art. 8.- Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.”

procesalmente el control difuso y el Decreto Ley N° 17083, de octubre de 1968, a los pocos días del Golpe de Estado de las FF. AA., da partida de nacimiento a la “Acción de Hábeas Corpus” para los demás derechos no relacionados con la libertad individual, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, en la jurisdicción civil, dando partida de inicio a lo que se consideró como el “Hábeas Corpus Civil”⁽²⁰⁾, antecedente directo de nuestro actual amparo constitucional. En la Constitución de 1979 se separan el hábeas corpus del amparo⁽²¹⁾, se zanja la discusión procesal-bizantina entre “acción” y “recurso” (hoy reavivada malamente con la innecesaria y purista distinción entre “acción” y “proceso”), y se eleva a rango constitucional el control difuso. El problema, como siempre he señalado, es que los constituyentes de 1978 que hicieron el capítulo del Poder Judicial (donde está consignado el control difuso) no cruzaron información con sus colegas del capítulo sobre Garantías Constitucionales donde consagraron el amparo, el hábeas corpus y la incorporación del entonces llamado “Tribunal de Garantías Constitucionales” producto del calco y copia del proyecto de la Constitución Española de 1978 que ya estaba redactado en 1977. Ya la Carta de 1993, nacida en circunstancias extremas y dramáticas para nuestra siempre frágil democracia constitucional, desdoble la figura del amparo constitucional en tres como salidas de sus costillas: el amparo, el hábeas data y la acción de cumplimiento, de manera que ahora nuestra jurisdicción de la libertad provee cuatro instrumentos, a saber: hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

Ahora bien, la vigente Constitución peruana de 1993 ha consagrado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el artículo 200 de la Carta Constitucional; sin embargo, en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado artículo 200, tenemos que el artículo 138 en su segunda parte, el artículo

(20) **Decreto Ley N° 17083 - Se dictan normas procesales para la tramitación de los Recursos de Hábeas Corpus**

“Art. 1.- La acción de hábeas corpus referente a las garantías de libertad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito, se tramitará de acuerdo con las disposiciones vigentes del Código de Procedimientos Penales.

Los demás casos en los que la Constitución autorice la acción de hábeas corpus, se tramitarán de conformidad con los dispositivos siguientes.

Art. 2.- Se interpondrá la acción ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior del Distrito Judicial dentro del cual se hubiere emitido el acto impugnado. Recibido el recurso la Corte Superior, si procede la admisión a trámite, oficiará al Procurador General de la República para que tome conocimiento y remitirá el expediente al Juez en lo Civil más antiguo para que pida a la autoridad competente informe por escrito, dentro de ocho días.”

(21) **Constitución para la República del Perú (12 de julio de 1979)**

“Art. 295.- La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus”.

148 y el artículo 202 inciso 3 forman parte también del Derecho Procesal Constitucional peruano.

Es el Código Procesal Constitucional el que ha consolidado todos los instrumentos de una y otra jurisdicción, fusionando muchas y variopintas leyes, de manera que ahora tenemos un sistema orgánico y desarrollado con una evidente lógica procesal constitucional. Por eso es que desde entonces he llamado “sistema mixto” al nuestro, abandonando el concepto primigenio de “sistema dual” al que ya me he referido. Ahora sí el legislador se había preocupado y desarrollado un sistema de acciones e instrumentos de diversa dimensión (orgánicos y de la libertad, incluyendo el desarrollo del control difuso y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional) hasta terminar con la posta hacia la jurisdicción internacional una vez agotada la jurisdicción interna.

Dentro de estos instrumentos claramente destacan el amparo y el hábeas corpus. Y, dentro de ello, la excepcionalidad prevista, por interpretación *a contrario sensu* de la misma Constitución de que proceda una acción de amparo o una acción de hábeas corpus contra resoluciones judiciales por ser consecuencia –el antecedente– de un proceso “irregular”. Esa irregularidad fue interpretada, desde su origen, y merced a la doctrina peruana existente sobre la materia, como afectante al debido proceso o tutela judicial efectiva –que para este efecto son sinónimos–. Y, más concretamente, dentro de ello, una de las causales de esa afectación por violación del debido proceso o tutela efectiva de derechos, será el incumplimiento en la sentencia original del deber de la debida motivación.

Existe por tanto en nuestro actual sistema procesal constitucional la posibilidad de que, mediante un hábeas corpus o un amparo constitucional, se pueda cuestionar un proceso judicial antecedente cuando se alegue que la sentencia final del mismo viole el deber de la debida motivación. Si la afectación del proceso antecedente versa sobre el derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad corporal la vía será el de una acción de hábeas corpus. Si se tratare de los demás derechos, entonces la vía apropiada será el de un amparo constitucional.

IV. 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 líneas arriba, habiéndose incurrido en el error de no sistematizarlas debidamente, 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, a decir de González Pérez⁽²²⁾, responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del Derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal.

Una 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 y uso de casi veinticinco (25) 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 y poco versado en el Derecho comparado, que nadie conoce y que nos hace creer fundadores de doctrinas tan especializadas como ocultas, que nos hace –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 optarse por el concepto de la prescripción, conforme se denota en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional Peruano, abandonándose a 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, para retrocederse a la de prescripción, siendo que en estos procesos no caben las excepciones, y que los jueces, por imperio de la ley –con excepción de alguna inadmisibilidad– no se pueden apoyar ni invocar 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, cuando las propias de garantía constitucional.

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) para su admisibilidad, sobre todo en el caso del Amparo Constitucional (a tal efecto baste una lectura del artículo 4 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,

(22) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. cit.*, p. 50.

creemos, parecía colisionar con lo previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, del cual el Perú es signatario, y que señala lo siguiente:

“Art. 25.- Protección Judicial

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

Felizmente, en una de las modificaciones puntuales que trae la versión de 2021 del Código Procesal Constitucional –pomposamente llamado “nuevo”–, es la prohibición del rechazo liminar de la demanda de una acción de garantía constitucional, precisamente para tratar de evitar esa tergiversación de la utilidad vital de una acción de garantía y su defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos. En efecto, conforme al artículo 6 del vigente Código Procesal Constitucional, el juez constitucional (y el juez ordinario cuando hace de juez constitucional, aunque no lo sepa, o no los reconozca sobre sí mismo), ***“De conformidad con los fines de los procesos constitucionales en defensa de los derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda”***.

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 el inevitable –y hasta necesario y saludable– confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización, ***“concretización”***⁽²³⁾, aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo ***pro-activo, progresivo y creativo*** de estos instrumentos de la defensa y control constitucional.

Finalmente cabe decir que las garantías constitucionales o ***jurisdicción de la Libertad*** son un conjunto de instrumentos judiciales destinados a la protección efectiva de los derechos fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Pacto de San José o Convención Americana de protección de Derechos Humanos. Estas garantías constitucionales están consagradas en el artículo 200

(23) HESSE, Konrad. *La Interpretación Constitucional*; citado por QUIROGA LEÓN, Aníbal. “La Interpretación Constitucional”. *DERECHO PUCP: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 39, Lima, 1985, pp. 323 y ss.

de la Constitución vigente; sus características más resaltantes son: a) la indelegabilidad, en la medida que ni el Congreso ni autoridad alguna puede eliminarlas de la Constitución, solo es permitido reformarlas, ya sea para agregar un derecho o explicarlo para que sea mejor comprendido, b) son irrenunciables, es decir nadie puede renunciar a ellos y tampoco nadie puede negarle el ejercicio de estos derechos y c) genera la unión inseparable de derechos.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el **Órgano de control de la Constitución**⁽²⁴⁾. Esto significa que la Constitución 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**⁽²⁵⁾, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el máximo 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 obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales, 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 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; donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en

(24) Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001 se ha sugerido que se la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de Intérprete Supremo de la Constitución. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución Española de 1978, desarrollada en el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979. Esta omisión en la Carta Política de 1993, al igual que en la de 1979(D), ha sido subsanada con la previsión hoy vigente contenida en el art. 1 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301).

(25) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1968)*. Op. cit.

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*⁽²⁶⁾. Entonces, la Constitución no será solo 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.

El Tribunal Constitucional se halla definido, como ya queda dicho, en el artículo 201 de la Constitución que en su primera parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- i) Ser el órgano del control constitucional;
- ii) Ser autónomo e independiente; y,
- iii) Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un período adicional.

En su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente las calidades del magistrado del Tribunal Constitucional y, en su tercera parte, 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. Esto –que les proporciona una gran autonomía e inmunidad frente a los avatares políticos y la complejidad de los casos límites que les toca resolver– es muchas veces desconocido por muchos, aún por los propios congresistas de la República que se incomodan o discrepan con las sentencias o los diversos votos emitidos por el Tribunal Constitucional o por sus magistrados en forma individual.

Asimismo, señala que les alcanza las mismas incompatibilidades, y que el mandato de magistrado no es susceptible de reelección para un periodo igual e inmediato, cuyo plazo máximo es de cinco años.

(26) KAEGI, Werner y VON IHERING, Rudolf, citado por GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, pp. 49 y ss.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por una mayoría sobrecalificada del Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) ya que para ser electo magistrado del Tribunal Constitucional se requiere el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. 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 como magistrados del Tribunal Constitucional.

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

- i) 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. 200, inc. 4; art. 202, inc. 1 y art. 204 de la Constitución);
- ii) 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 y por la vía del Recurso Extraordinario de Revisión en la llamada ***jurisdicción negativa de la libertad***; y,
- iii) La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos constitucionales (y, ahora, por “menoscabo de competencias”), en los llamados procesos competenciales, sea este positivo o negativo, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento 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 ***européo*** 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⁽²⁷⁾, 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 del artículo 204 *ab initio* de la Constitución y el artículo 1 de la LOTC⁽²⁸⁾, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación, integración 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.

La interpretación constitucional será pues 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 de las normas constitucionales de 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 modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Comoquiera 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*⁽²⁹⁾– en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen

(27) QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano*. En: AA. VV. *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Quiroga, A. (compilador), Facultad de Derechos de la PUCP, Lima, 1990, pp. 153 y ss.

(28) En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto 1419/93 y Dictámenes N.ºs. 1419/94 y 1421/94) se definía en el art. 1 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 De. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, T. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, de 3 de octubre. Citado por GONZALES PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. 1.º ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980. Finalmente fue incorporado en el art. 1 de la Ley 28301 de 22 de julio de 2004.

(29) “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

abstracto (esto es, sin referencia a un caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de subsunción, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma 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⁽³⁰⁾– legislador negativo, esto es, con poder derogatorio directo (art. 204 *ab initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una **norma sub-constitucional**⁽³¹⁾, 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, el art. I del Título Preliminar del Código Civil peruano⁽³²⁾, se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: ***toda ley se deroga solo 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

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**". FIX-ZAMUDIO, Héctor. "La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración General de Inconstitucionalidad". En: *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*. M.A. Porrúa, México, 1988, pp. 337 y ss.

- (30) 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. Escribe Kelsen: "**un tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general– funciona como un legislador en sentido negativo**". Citado por PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1981, pp. 6 y ss. (subrayado y entre paréntesis agregado). La cita de Kelsen se refiere a: KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. García Máynez, Eduardo (trad.), UNAM, México, 1979, pp. 303 a 334.

- (31) ALONSO GARCÍA, Enrique. *La Interpretación de la Constitución*. CEC, Madrid, 1984, p. 13.

- (32) **Código Civil Peruano:**

"Art. I del Título Preliminar- 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".

formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una *iniciativa legislativa negativa* que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto normativo.

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 si 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 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.

Ante la evidente trascendencia que supone para el sistema jurídico la derogación de una ley nuestra legislación prevé un *quorum* de una mayoría calificada –que supera la mayoría absoluta– de los miembros del Tribunal Constitucional para que se declare la inconstitucionalidad de una ley. Así tenemos que la opción legislativa ha previsto la necesidad de cinco votos conformes de los siete miembros del Tribunal Constitucional para el caso que se declare la inconstitucionalidad de una ley. Una mayoría calificada que justifica la importancia del acto de “extirpar” una norma con rango de ley del sistema jurídico por una comprobada afectación constitucional, sea por la forma, sea por el fondo. Todo un reto y una potestad constitucional generada en el siglo XX a los clásicos controles interórganos de las grandes manifestaciones originarias del estado de Derecho Constitucional.
