

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO, EL PROBLEMA DE LOS DOS CUERPOS

CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN PERU: DIFFUSE CONTROL AND CONCENTRATED CONTROL, THE PROBLEM OF THE TWO BODIES

Daniel Figallo Rivadeneyra*
Benites, Vargas & Ugaz Abogados

This article analyzes the evolution of constitutional review in Peru, from the 19th-century parliamentary model to the incorporation of diffuse and concentrated judicial review. It highlights the slow and fragmented development of this system, as well as the persistence of the so-called 'two-bodies problem' from the 1979 Constitution to the current one. Although the latter expanded the powers of the Constitutional Court, its normative structure and the strong presumption of constitutionality of laws have hindered the declaration of unconstitutionality and weakened diffuse review, demonstrating a persistent political distrust of the constitutional court.

The article also reviews the main theoretical debates on the role of the Constitutional Court and explains how fundamental rights operate as conflicting principles that must be resolved through the principle of proportionality. While the Peruvian Constitutional Court has partially adopted this methodology, a tendency persists to validate norms by default when majorities are lacking, thus limiting effective judicial review. The article concludes that the Peruvian model is dysfunctional due to its excessive deference to the legislator and proposes a structural reform of the Constitutional Court that strengthens constitutional supremacy and the effective protection of fundamental rights.

KEYWORDS: Diffuse control; concentrated control; political control; presumption of constitutionality; principle of proportionality; Constitutional Court; Judiciary; Law and politics.

El artículo analiza la evolución del control de constitucionalidad en el Perú, desde el modelo parlamentario del siglo XIX hasta la incorporación del control jurisdiccional difuso y concentrado. Se subraya su desarrollo lento y fragmentado, así como la persistencia del denominado 'problema de los dos cuerpos' desde la Constitución de 1979 hasta la vigente. Aunque esta última amplió las competencias del Tribunal Constitucional, su configuración normativa y la fuerte presunción de constitucionalidad de las leyes han dificultado la declaración de inconstitucionalidad y debilitado el control difuso, evidenciando una persistente desconfianza política hacia la jurisdicción constitucional.

Asimismo, el trabajo revisa los principales debates teóricos sobre el rol del Tribunal Constitucional y explica cómo los derechos fundamentales operan como principios en conflicto que deben resolverse mediante el principio de proporcionalidad. Si bien el Tribunal Constitucional peruano ha asumido parcialmente esta metodología, persiste una tendencia a validar normas por defecto ante la falta de mayorías, lo que limita el control judicial efectivo. El artículo concluye que el modelo peruano resulta disfuncional por su excesiva deferencia al legislador y propone una reforma estructural del Tribunal Constitucional que fortalezca la supremacía constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Control difuso; control concentrado; control político; presunción de constitucionalidad; principio de proporcionalidad; Tribunal Constitucional; Poder Judicial; Derecho y política.

* Abogado. Ex secretario relator y asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Ex ministro de Justicia y Derechos Humanos. Ex viceministro de Derecho Humanos. Exmiembro Experto del Comité contra las desapariciones forzadas de la ONU. Socio de Benites, Vargas & Ugaz (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7251-3494>. Contacto: dfigallo@bvuvu.pe

I. INTRODUCCIÓN

El problema de los dos cuerpos es el estudio en la dinámica clásica de la interacción de dos objetos que se relacionan por la fuerza de la gravedad que ejercen entre sí y resuelve la predictibilidad de sus movimientos y las condiciones para que ambos subsistan sin colisionar.

Para que dos cuerpos convivan en un sistema gravitacional cerrado es necesario que se cumplan algunas condiciones como, por ejemplo, que las fuerzas de atracción de ambos cuerpos sean iguales (tercera ley de Newton de acción y reacción). Además, se requiere que no existan terceros cuerpos que puedan interferir o influenciar en el recorrido de los otros dos. Ambos cuerpos gravitarán en torno al centro de masa del sistema y, en el caso de que un cuerpo tenga más masa que el otro, este centro de masa se encontrará más próximo al primero. Estas y otras condiciones deben de cumplirse para que los cuerpos convivan sin colisionar.

El auxilio a la mecánica de la interacción gravitacional de los cuerpos para abordar el problema de la obediencia y seguimiento a la autoridad ha sido expuesto por Timothy Endicott en su estudio titulado *Comity entre Autoridades* (2016, p. 26). En lo que aquí interesa directamente es su tratamiento respecto del *comity* como la deferencia o decisión de seguimiento que una autoridad puede observar respecto de la otra, independientemente de su jerarquía en la pirámide institucional: la regla de la deferencia en escenarios en los que las Cortes deban de actuar.

En el Perú, el modelo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley es de dos cuerpos: el concentrado y el difuso, y su configuración constitucional y legal sigue siendo motivo de debate.

En efecto, el control constitucional y el balance de poderes en el Perú es producto de un sincretismo jurídico y político de instituciones procesales y de control del poder que se nutre de diversos sistemas adoptados en otros países y se erige un sistema a partir de modelos concebidos como excluyentes. Al tratar de incorporar sus virtudes, termina por complicar el modelo, provocando dificultades en la materialización del principio de supremacía constitucional y la adecuada defensa de los derechos constitucionales. El reto estará no solo en que las partes se unan, sino que sean funcionales en movimiento.

Al confrontar los sucesos históricos y jurídicos, que se producen extramuros en el proceso de desplazamiento del control de constitucionalidad de las normas que pasó de residir en el seno del poder político hacia el poder jurisdiccional; con el proceso que

se produce en el Perú y que termina por instalar este modelo dual en el Perú, se puede apreciar la ausencia de influencia o correlación. Las razones de esto escapan al propósito de este artículo, importando si los hechos que se traducen en la producción de la normativa legal y constitucional que sustenta el sistema de control de la constitucionalidad.

El control de constitucionalidad supone, desde una perspectiva estructural, la defensa de la supremacía de la Constitución y el control del poder y se debe desplegar en estos ámbitos: (i) la defensa de los derechos constitucionales; (ii) la defensa de la Constitución frente a la ley y las demás normas jurídicas; y (iii) la defensa del reparto del poder que la Constitución establece. También podemos establecer que, desde el desarrollo del ejercicio del poder, los ámbitos de acción de la defensa de la Constitución se manifiestan en la defensa frente: (i) actos o acciones; (ii) omisiones; y (iii) normas, que puedan ser lesivos al principio de supremacía constitucional y al principio de dignidad.

En este artículo nos referiremos al de la constitucionalidad de la ley o normas con rango de ley. Hemos recurrido a algunas fuentes primarias y al dominio común de los eventos jurídicos—en el sentido de lo que ya es evidente— para apreciar cómo y cuándo se ha producido la instalación de control jurisdiccional en el Perú, sin embargo, hay varias preguntas que seguro surgirán desde este estudio y ese es una de las razones de presentarlo aquí.

La combinación de instituciones del presidencialismo y del parlamentarismo, sumada a la combinación del control de constitucionalidad jurisdiccional difuso con control concentrado; la formulación *sui generis* de la doctrina del precedente en los cuerpos normativo-procesales y su relación con el principio de legalidad; la convivencia de recursos como los de la consulta a la Corte Suprema y el Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC); entre otras mixturas, son algunos de los ingredientes que dan lugar a la fusión procesal constitucional inestable e ineficiente con la que convivimos.

En este entorno de control de constitucionalidad confuso y múltiple, la ley—cuando es el objeto de control en los procesos constitucionales— es un protagonista especial, sea en los procesos ‘ordinarios’, en los constitucionales de la libertad, y en los de inconstitucionalidad.

No cabe duda de que los sistemas de control de constitucionalidad jurisdiccional son obras maestras del Estado de Derecho y del Estado Constitucional, pero ¿es eficiente y eficaz un sistema que haga convivir a ambos, el difuso y el concentrado?

Nos vamos a concentrar en una de las anomalías que produce el sistema adoptado, advirtiendo cómo la propia ley puede ser la que decida si una causa es infundada, en lugar de depender de la mayoría de votos que concurren independientemente del sentido de la sentencia y sus fundamentos. Con ello se produce el raquitismo del control difuso cuando se intersecan los procesos constitucionales abstracto y concreto.

Como colofón, se muestra la evidencia de la ausencia de sentido de la oportunidad para debatir reformas estructurales y se postulan proyectos que responden a una circunstancia coyuntural en lugar de apuntar hacia una mejora del sistema.

II. NOTAS BREVES DE LOS ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN EL PERÚ

Para comenzar el desarrollo de nuestra investigación, es necesario recorrer sucintamente por la historia de control de la eficacia de la Constitución.

En el Perú se han sucedido tres modelos de control de las infracciones de la Constitución: (i) el control político; (ii) el control difuso; y (iii) la combinación del difuso y el control concentrado.

A. El control político: el modelo predominante en nuestra historia constitucional

Los fenómenos sociales acaecidos durante el siglo XVIII en Europa, especialmente en Francia y España, influyeron en la formación del sistema de control en los orígenes de la República peruana.

Durante el Estado Legal de Derecho, cuando la ley es la única y la genuina expresión del pueblo, cuando no hay más intermediación que la de los parlamentarios para su producción en nombre de la voluntad popular, en ese tiempo, la ley es la manifestación general del pueblo. Este es el producto jurídico cumbre del asambleísmo liberal francés que da a luz la Revolución Francesa. El Parlamento es el primer poder del Estado y los Tribunales de justicia (los jueces) “son la boca por donde habla la ley” (Montesquieu, 1906, p. 237).

En aquel diseño originario adoptado en Francia, la interpretación final de la ley y la Constitución se expresa a través de la producción legislativa y a través de la casación. Esta última fue mala palabra durante los inicios de la revolución hasta que fue adaptada para que esté al servicio de la ley. Al respecto, Nieva Fenoll sostiene que el Tribunal de Casación es, en su nacimiento, un ente netamente político al que se le impide ejercer función jurisdiccional, sino que, al ser el protector de la ley por medio del re-

envío, buscaba desarrollar la función nomofiláctica “no en interés de los particulares solamente, sino en el interés público de la ley” (2020, p. 86).

La Constitución de Cádiz (1812-1814) tuvo relevancia al momento de ver el sistema de control de la ley frente a la Constitución en los primeros intentos para establecer un sistema de control en el Perú. Fernández Segado señala que esta Constitución gaditana no diseña en rigor el control político de la constitucionalidad, al menos en comparación con lo que ocurre en Francia; sin embargo, puede ser entendido como tal a la luz del contexto de la época (1997, p. 121; 2007, p. 121). Blume, en la misma línea, añade que la Constitución de Cádiz es “un atisbo de control de constitucionalidad, pero de orden eminentemente político pues su ejercicio correspondía a la Corte y al Rey” (1996, p. 139).

Siguiendo con las fuentes históricas, debemos notar que el modelo originario francés de control de la Constitución, encumbrado en el principio representativo que da lugar al asambleísmo de la época, filtra la idea del poder constituyente concebido como la manifestación de la soberanía popular: “originario, inmanente, ilimitado, permanente” que requiere de los delegados para la preparación de la Constitución y se despliegan los medios o vías para que su propuesta sea sometida al pueblo: referéndum, asambleas, “comisionados con mandato imperativo” (Peralta, 2007, pp. 384-385).

El Parlamento francés fue el constituyente y el legislador a la vez, algo incompatible con la concepción del poder constituyente. Se le dotó con el poder de revisión y reforma constitucional. Hoy, en muchas partes del mundo, y en el Perú, se ha incorporado en la Constitución una derivación del poder constituyente: la posibilidad de su reforma sin recurrir a la voluntad popular. No hay que ser muy avezado en el análisis de los sucesos en su tiempo para comprender que el nuevo régimen francés se percibe y es, en sí mismo, la máxima expresión de los derechos del hombre al renegar y romper con el Antiguo Régimen de modo tan absoluto como lo fue el absolutismo; no se podía, entonces, concebir un mejor modo para perpetuar la vida de la nueva República que dejar para la Asamblea el poder de revisión y la dación de las leyes fundamentales directamente.

En este entorno, es claro que el poder de determinar la constitucionalidad de la ley estaría en el Parlamento. Sin embargo, el asunto de crear un órgano *ad hoc* para el cumplimiento de dicha tarea no es ajena en la época y fue Sieyes quien propuso la creación del *Jury Constitutionnaire*, que se adelanta a su tiempo a lo que luego serían los Tribunales Constitucionales (Carpio, 1999) (Blume, 1996,

p. 133). Tal propuesta germinó y se convirtió en el senado conservador de la Constitución francesa de 1799 y, como tal, fue trasplantado a América Latina (Fernandez Segado, 1997, p. 80).

El siglo XIX, en el Perú, fue la expresión de estos intentos de modelos de control político, siendo el Senado Conservador uno de los experimentos y el Consejo de Estado otro de ellos. Este último, por ejemplo, se encargó de controlar los posibles excesos del Poder Ejecutivo a través de sus recomendaciones y opiniones; entre ellas, recomendar que las propuestas del Congreso sean observadas por el Poder Ejecutivo e inclusive desarrollar interpretaciones del texto constitucional (Soria, 2001).

No podemos abundar más en este asunto altamente estudiado por especialistas sobre los que me apoyo, y no hay más espacio, pero debe quedar claro que, en la época, la Constitución y la ley tenían mucho más en común de lo que ahora tienen; la rigidez en la reforma constitucional era tibia o era una simple delegación al Parlamento, era el momento de las Constituciones flexibles. El Parlamento sería el controlador y supremo intérprete de la Constitución como lo sería de la ley, y el modelo de control sería el político.

En el Perú, el control político estuvo presente en las primeras Constituciones del siglo XIX: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856 y 1860, y en la primera del siglo XX, la Constitución de 1920. Aunque la Constitución de 1856 se distingue por preceptuar que toda ley, en cuanto se oponga a la Constitución, es nula y sin efecto legal (artículo 10), el control frente a las infracciones de la Constitución sigue en manos del congreso, según se expone en su artículo 54 que, en todo caso, sería aplicable al no existir ninguna otra forma o procedimiento de evaluación de constitucionalidad de la ley, ni órgano competente especial para ello en la Constitución de 1856. Aun así, tal exposición de la primacía de la Constitución sobre la ley es dejada de lado en las siguientes Constituciones hasta la Constitución de 1979.

B. El control difuso: antecedentes en el Perú y la brecha por su implantación

Concebimos el control difuso como el modelo por el que los jueces tienen la potestad de preferir la aplicación de la Constitución sobre cualquier ley o norma de inferior jerarquía, siempre que estas la contravengan de modo indubitable y siempre que sea necesario para la resolución de la causa concreta sometida a su juicio. Hay matices sobre cómo se ejerce y se diseña esta potestad, pero, para lo que se refiere al presente acápite, no es necesario más.

La investigación histórica afina en 1610 y, en Inglaterra, la primera evidencia del ejercicio del control de la compatibilidad de la ley del monarca con relación al *common law*, estableciendo que corresponde a los jueces realizar dicho control. Es el Case of the College of Physicians, también conocido como el Bonham's case, el caso que, a pesar de tener hoy un alto valor histórico, no tuvo mayor impacto en la época y menos en las Américas; por lo que no se le debe atribuir una influencia en el desarrollo del control difuso.

En Estados Unidos de Norteamérica, el *judicial review*, al momento de diseñarse su Constitución, era parte de las discusiones sobre cuáles debían de ser las competencias del Poder Judicial. En efecto, en el escrito de Hamilton: El Federalista LXXVII, se señala la necesidad de establecer un control a los excesos del Poder Legislativo que pudiera ofender a la Constitución, señalándose que esta potestad debía de estar en manos de los jueces (1788).

Será luego, en el caso Marbury c. Madison (1803), que el juez Marshall declarará que los jueces tienen el poder-deber de preferir la Constitución sobre cualquier ley, sea de los estados o de la unión.

La sentencia es inmensa en su aporte al control de constitucionalidad en manos de los jueces, entre otros asuntos, pues sin que exista un mandato escrito y específico que les de la competencia de no aplicar una ley contraria a la Constitución, se produce la creación pretoriana de dicha potestad y obligación. No es este el lugar para extendernos, más sí sirve anotar, a tono con Pritchett, que luego de la sentencia del caso Marbury, pasaron cincuenta y un años para que vuelva a invalidarse una ley (caso Dred Scott 1857, en mi opinión, tal vez una de las más infames sentencias de la historia) y en los ochenta años que trascurrieron desde la Guerra Civil Americana y la Segunda Guerra Mundial, fueron 67 los casos en los que se invalidaron leyes de la unión (1965, pp. 192-193), lo que revela que el modelo fue asentándose poco a poco.

En el Perú, estábamos lejos de asimilar dicha posición y, como se apreció, el *judicial review* se estaba decantando y afianzando. Los jueces y el propio poder político se mantuvieron muy lejos de lo que comenzaba a calar en el mundo jurídico y a desplegar sus efectos en los modelos de control constitucional. Es pertinente considerar que el modelo es, de por sí, ajeno a la tradición jurídica de las colonias españolas afincadas en la tradición de Derecho Romano (*civil law*).

Fue en 1920 que en el Perú se produjo el primer caso al que algunos califican como control difuso: el caso de Luis Pardo.

El 18 de enero de 1920, entró en vigencia una nueva Constitución y con ella se constitucionalizó el proceso de *habeas corpus* como un recurso contra la prisión indebida. Además, se dispuso que las garantías individuales no podían ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad (artículo 35), cuyo texto es repetición de la reforma constitucional aprobada por plebiscito contenida en la Ley 4000.

El caso de Luis Pardo, ampliamente desarrollado y comentado por Pedro Planas en su artículo El caso Luis Pardo, Leading case sobre el control de inaplicabilidad de las leyes en el Perú (2000), se erige a partir de su detención arbitraria por razón de las protestas contra el régimen de Leguía que sucedieron durante los días 8 y 9 de setiembre de 1919; entre los detenidos estaba Luis Pardo, el hermano del depuesto presidente de la República José Pardo. El 10 de setiembre, la esposa de Luis Pardo interpuso recurso de *habeas corpus* conforme lo disponía la ley de *habeas corpus* de 1897. Ante las inmediatas actuaciones que el recurso produjo, el régimen fabricó una suerte de viaje al exterior de los detenidos, que en realidad era un destierro encubierto, dificultando el proceso de *habeas corpus*, pero encendiendo el caldero político intensamente.

El 4 de noviembre de 1919, se promulga la Ley 4007 que dispone cortar todos los juicios que:

tiendan, ya sea a acusar a las autoridades políticas por actos practicados para conservar el orden y que aprobó la ley N.º 4001, ya sea a desvirtuar los efectos de las medidas tomadas para prevenir una rebelión contra la soberanía nacional expresada directamente en el plebiscito [...]. (Congreso de la República, 1919)

Luego de una serie de elusiones del Poder Judicial en las instancias de la Corte Superior, la Corte Suprema declara fundado el *habeas corpus* y le asiste a Luis Pardo la libertad de residir en la patria mientras no exista mandamiento judicial que ordene lo contrario (Planas, 2002, p. 375), haciendo suyo el dictamen del Fiscal Supremo Guillermo Seoane, el cual reproduzco por su importancia histórica:

A la Constitución, ley suprema, fundamental, están subordinadas todas las demás, siempre secundarias. La Corte Suprema carece de la facultad de observar las leyes anticonstitucionales, pero al ejercer la jurisdicción en asuntos contenciosos no puede dejar de apreciar, lo mismo que los tribunales inferiores, el alcance infractorio (sic) de las declaraciones de la Cartas que impusiere alguna ley común o de excepción; y ante el conflicto antinómico de la legislación, debe dar aplicación preferente al mandato constitucional. Por ello, en la admi-

nistración de justicia carecen de aplicación las leyes anticonstitucionales. (1919, p. 430)

En mi opinión, no es exacto que se haya producido un control difuso, o al menos que este se haya aplicado de manera expresa, pues existía un modo de interpretación de la Ley 4007 —expuesto por el propio fiscal— que no interfería con lo dispuesto en la Constitución; y ello es así pues la ley fue genérica en lo referido al ‘corte’ de los juicios, de modo que se podía haber realizado una interpretación reductora de sus alcances para resolver el caso concreto. No obstante, sí es la primera vez que se presenta un conflicto entre la ley y la Constitución en sede judicial y en la práctica vence la Constitución.

Aun así, el debate jurídico podía haberse encendido en el Perú, ya que también se perfilaba la positivización del modelo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes desde la Comisión de Constitución del Congreso presidida por Javier Prado.

Efectivamente, a modo de reforma constitucional a introducirse en la nueva Constitución de 1920, la Comisión propuso el siguiente texto: “La Corte Suprema, al conocer de los fallos civiles y criminales, está facultada para no aplicar las leyes y resoluciones que juzgue contrarias a la Constitución” (Grández, 2022, p. 20). Pero ‘el saco estaba roto’, el gobierno de Leguía, que asumió el poder por la vía del Golpe de Estado buscando su legitimación, no podía concebir la posibilidad de un control jurisdiccional de los jueces respecto de las leyes y nunca se debatió el proyecto, Prado había retirado el proyecto sin explicarse las razones de tal accionar (García Belaunde, 2003, p. 8).

La siguiente arremetida, en favor del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, se produce en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil nombrada por el gobierno en el año 1922, allí, el señor Solf y Muro propone incluir en el Título Preliminar lo siguiente: “[c]uando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera” (Comisión Reformadora del Código Civil, 1923, pp. 93-94), consolidándose como propuesta de la Comisión. Languideció el proyecto y terminó en el olvido por un tiempo.

En medio de una crisis sin precedentes, luego de la renuncia de Leguía por obligación impuesta por el éxito del levantamiento de Sánchez Cerro, con la crisis económica mundial golpeando sin piedad a los ingresos, los créditos, el trabajo; generando zozobra y desgobierno, el vencedor Sánchez Cerro, que asumió la presidencia, dejó el poder; y otros más, por breve plazo, presidirían sin éxito

la junta de gobierno hasta que la asuma Samanez Ocampo. Con él llega la propuesta de una nueva Constitución.

En agosto de 1931, se nombra una comisión para que elabore un anteproyecto de Constitución, a la que se le conoce como la Comisión Villarán por su presidente Manuel Vicente Villarán. Él, junto a notables juristas, elabora el anteproyecto y se vuelve a intentar positivizar en la Constitución el control jurisdiccional de las normas a cargo del Poder Judicial mediante el denominado control difuso.

La Comisión se sostiene en la experiencia de Estados Unidos de Norteamérica, y plantea que el Poder Judicial sea el que tenga la potestad de no aplicar leyes inconstitucionales en los casos concretos que estén a su cargo resolver. Añade, como una forma de consolidación y verificación de la correcta aplicación de la potestad atribuida, que la Corte Suprema deberá conocer, sea por nulidad o consulta de las decisiones en las que los jueces apliquen el control difuso, y será esta, en Sala Plena, la que finalmente deba ser la que fije y unifiquen el criterio a adoptarse respecto de la no aplicación postulada por los jueces. Esta fórmula evitaría que la sola expresión de nulidad de la ley, contraria a la Constitución, incite a una forma anárquica de control sobre el legislador que destruya el imperio de la ley (Tribunal Constitucional, 2017, p. 111). La Asamblea no recogió el planteamiento, lo desechó y, con ello, se repitió la fórmula contenida en la Constitución de 1920 y el control político permaneció una vez más.

La primera disposición legal sobre el control difuso llegaría en la reforma del Código Civil de 1936, aquella comisión que había languidecido años atrás (1923) no había dejado de trabajar y su producto se convirtió en el nuevo Código Civil de 1936 y, en él, la fórmula de Solf y Muro sobre la preferencia de la Constitución sobre la ley en caso de incompatibilidad que deben de observar los jueces en la resolución de las causas sometidas a su juicio, se aprobó y anidó en el artículo XXII del Título Preliminar del nuevo cuerpo normativo.

A mi criterio, tal como advertí, no era necesario incorporar la potestad en ninguna ley si se seguía la fórmula del Juez Marshal; no obstante, nuestra tradición románica del *civil law*, y su apego a la ley expresa, es adicta al refrendo legal, a la autorización escrita.

Pero la resistencia es mayor aún. Será por algo que, en el anteproyecto de Constitución de 1931, al que nos hemos referido arriba, también se aborda el problema de la independencia de los jueces. Ante ello, afirman los comisionados que:

Las innovaciones relativas al Poder Judicial, tienen por principal objeto asegurar su independencia. Es tanta la magnitud del daño que causa el ejercicio por malos gobiernos de la facultad de nombrar a los jueces, que la previsión más elemental, justificada por la evidencia de los hechos, aconseja medidas radicales. (Comisión Reformadora del Código Civil, 1923, p. 102)

Y así se propuso el fin del nombramiento de los jueces y fiscales de parte del Poder Ejecutivo y el Congreso pleno. Un consejo (representantes de abogados y facultades de Derecho) y la propia Corte Suprema, presentarían candidatos para que el Senado los elija. Tampoco se permitiría el control de los ascensos de los jueces, se abre el ingreso a la Corte Suprema a ajenos al cuadro de la Magistratura. En fin, se abordó uno de los más profundos problemas de la judicatura: su sometimiento a la política, o a los políticos; su sometimiento al poder de turno (Comisión Reformadora del Código Civil, 1923, pp. 102-110).

Así, se entiende que no solo no se aprobó la reforma propuesta a partir del anteproyecto de la Constitución de 1931, sino que el artículo XXII del Código Civil de 1936 no se aplicó, y será el presidente de la Corte Suprema, Carlos Sayán Álvarez, al inicio del año judicial de 1956, quien revelaría que la mentada disposición sobre el control difuso no se había desarrollado adecuadamente y que inaplicar leyes supondría invadir las funciones del Poder Legislativo (García Belaunde, 2003, p. 10).

Se tendrá que esperar hasta 1963, con la aprobación de la nueva ley orgánica del Poder Judicial: obra de grandes juristas. La comisión de elaboración de esta ley estuvo presidida por José León Barandiarán, nombrado por el presidente de la República e integrada por eximios juristas delegados de la Corte Suprema, la Cámara de Diputados y Senadores, la Universidad Mayor de San Marcos, la Pontificia Universidad Católica del Perú, Arequipa, Cusco y Trujillo, el decano del colegio de abogados de Lima, y el presidente de la Federación de Colegios de Abogados. El producto fue revisado por juristas especialmente nombrados y luego revisado nuevamente por integrantes de la comisión original, y así, con la aprobación del Gobierno Militar, se promulgó el Decreto Ley 14605 el 25 de julio de 1963, que en su artículo 8 contenía el control difuso de constitucionalidad en mano de los jueces en cualquier proceso y el mecanismo de cierre de la evaluación de la no aplicación de la ley al caso concreto en manos de la Corte Suprema, diseñándose un control difuso concentrado (Grández, 2022, p. 26).

C. El modelo de control de las leyes en el Perú: la implantación, en el nivel constitucional, del modelo de control difuso y de control concentrado

Hemos atisbado cómo la forma de concebir el control constitucional de las leyes en el Perú no se podía despegar del predominio de lo político sobre lo jurídico.

También apreciamos que, si se trataba de otorgar a la jurisdicción el poder de controlar los actos del legislador como productor de normas, debían de ser los jueces los llamados a ello y, en última instancia, la Corte Suprema; siempre para resolver un caso concreto. Eso era lo que predominaba, mas no se concretaba en la realidad.

Pero la historia ya había producido otros modelos que nacían de la crisis del positivismo. En el periodo entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial, en Europa ya había surgido el modelo de control concentrado de constitucionalidad –por ejemplo, los Tribunales Constitucionales de: Checoslovaquia, Austria, España y Liechtenstein– y luego de la caída del régimen nazi, se expande una fuerza que busca abolir la posibilidad de que, en uso de la ley, se erijan regímenes tan injustos que resulten insoportables para los valores de la dignidad y la justicia, pero que choca con el muro de Berlín: solo se unen Italia y Alemania occidental. Hasta fines de la década de los 80, a los ya mencionados se habían sumado Turquía, Austria y España (que volvieron a tenerlo redefinido), Malta y Portugal. Fue luego de la caída del muro de Berlín, cuando los Estados europeos se incorporan al Consejo de Europa y firman el Convenio de Roma; que la democratización y los procesos de constitucionalización se expanden y adoptan, ya en la mayoría de los Estados europeos, el modelo de control concentrado y jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (Saiz, 2024, pp. 594-595).

En el Perú, fue recién en la Constitución de 1979 cuando se reconoce a nivel constitucional el control difuso de constitucionalidad y también se adopta el modelo de control concentrado. Notamos que ello se produce aun cuando, primero, las comisiones del Poder Judicial, y luego la de Constitución, prefieren una fórmula distinta a la que ya estaba en el Código Civil de 1936.

En efecto, la fórmula que se propuso, y que defendió Javier Valle Riestra (Debate sobre la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales durante la Asamblea Constituyente 1978-79, 2021, pp. 802-810), concentraba el sistema del control en el Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante, TGC), adoptando una fórmula que ya se

había aprobado en España. Así, se propuso que el Tribunal Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad de todo acto legislativo de la administración pública por la vía de la acción o de la excepción. Por la vía de la acción sería el control abstracto puro y por la vía de la excepción sería a partir de un caso concreto que sea derivado por los jueces, en el escenario de la identificación de la incompatibilidad. Algo como la cuestión de constitucionalidad vigente en algunos países europeos. La cuestión de inconstitucionalidad que funciona en España, por ejemplo, es promovida de oficio o a pedido de parte por los jueces o cortes del Poder Judicial en cualquier tipo de proceso cuando sostengan que una norma con rango de ley puede ser incompatible con la Constitución, toda vez que sea aplicable al caso y que su validez sea relevante para la toma de decisión que adoptase. Será el Tribunal que resuelva con efecto *erga omnes* la cuestión y, si aprecia la inconstitucionalidad de la ley, entonces la expulsa del ordenamiento jurídico; de modo que el juez consultante no la podrá aplicar a su caso, y si el Tribunal no la considera inconstitucional, entonces el juez verá su cuestión carente de fundamento y deberá aplicar la ley.

Sin embargo, esta propuesta se descarta y termina siendo aprobado el artículo 236 de la Constitución de 1979 que disponía: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”; y por su parte, la propuesta de Valle Riestra que permitiría al TGC resolver la inconstitucionalidad de una ley, a partir de un caso que, por la vía de la excepción, tampoco fue aprobada. Valle Riestra defendió arduamente la necesidad de tener solo un órgano jurisdiccional especial en la cúspide, sin que ello impida que en un caso concreto los jueces puedan inaplicar una ley prefiriendo la Constitución; sin embargo, si así fuera, la inaplicación de la ley en el caso concreto debería ser consultada a la Corte Suprema y luego al TGC, que sería el órgano de cierre.

Debemos relieves que una de las principales objeciones para que se mantenga el control de constitucionalidad solo en el Poder Judicial, expuestas por Valle Riestra en el seno de la Asamblea Constituyente de la Constitución de 1979, es que este –el Poder Judicial– eludió en sucesivas oportunidades ejercer esa facultad (Debate sobre la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales durante la Asamblea Constituyente 1978-79, 2021, pp. 804-808).

Como venimos exponiendo, en la Constitución de 1979, además de establecerse el control difuso en sede del Poder Judicial; en el nivel constitucional,

se introduce un nuevo órgano constitucional: el TGC (artículo 296), que dentro de sus funciones tuvo la de resolver la declaración de la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravinieran la Constitución por la forma o por el fondo (artículo 298.1), ello a pedido de algunos sujetos tasados o 50,000 ciudadanos (artículo 299). Con esto, se instaló en el Perú el modelo de control concentrado.

En el modelo de control jurisdiccional concentrado, solo un órgano *ad hoc* es el competente para controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley. En el que se despliega la jurisdicción es el proceso de inconstitucionalidad y su efecto *erga omnes* en caso de que se declare fundada la demanda.

Es decir, de no tener ningún modelo de control jurisdiccional con raigambre constitucional pasamos a tener los dos modelos que predominan en el mundo jurídico global.

Con relación al modelo concentrado que se inaugura con la Constitución de 1979, se debe tener en cuenta que se requirió la aprobación de la Ley Orgánica del TGC (Ley 23385), su reglamento y la elección de los magistrados, para que recién se instale el TGC el 19 de noviembre de 1982. La legitimidad para interponer el proceso de inconstitucionalidad era muy limitada, el requerimiento para declarar la inconstitucionalidad de 6 votos de 9 magistrados y la posibilidad de emitir pronunciamientos (que disponían no resolver nada, pues cuando no se alcanzaban los seis votos de nueve miembros que exigía el artículo 8 de su ley orgánica para resolver, entonces se emitían pronunciamientos que eran un conjunto de opiniones, mas no se sentenciaba). Ello conspiró contra la eficacia del órgano de control de la Constitución. Durante su existencia hasta su disolución por parte de la Dictadura de Alberto Fujimori (Decreto Ley 25418, 6 de abril de 1992) (TC, 2018, p. 14) solo declaró la inconstitucionalidad de 4 leyes, la constitucionalidad de otras 8 y se emitió 5 pronunciamientos (TC, 2018, p. 37).

Siguiendo la línea cronológica, el 4 de diciembre de 1991 se publica el Decreto Legislativo 767 con una nueva ley orgánica del Poder Judicial, en donde, continuando con la pauta de su predecesora, y ahora, en el artículo 14 haciendo mención concordante al artículo 236 de la Constitución, se establece el deber de los jueces de preferir la Constitución sobre cualquier norma legal que sea contraria a aquella, siempre en el conocimiento de los casos sometidos a su competencia y cuando dispongan resolver el fondo de la controversia. Se mantiene la concentración de la decisión en la Corte Suprema,

a través de la consulta cuando se trate de normas legales (leyes o normas con rango de ley); la consecuencia del control difuso será la declaración de inaplicación de la norma legal al caso concreto sin que ello suponga la afectación de su vigencia. Esta disposición continua vigente en el momento de redacción de este artículo.

Luego, en la Constitución Política del Perú de 1993 –que actualmente rige en el Perú–, se continúa con lo ya señalado en la Constitución de 1979 sobre el control difuso, y en su artículo 138, segundo párrafo, se preceptúa que: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

Se ‘reintroduce’ un TC, producto de las negociaciones de la mesa de diálogo que el régimen de Fujimori mantuvo bajo la dirección de la Organización de los Estados Americanos. El hecho es que no se advierte mayor debate sobre esto en el seno del Congreso Constituyente Democrático ni en la comisión de Constitución que se encargaban de aprobar el texto de la Constitución para su sometimiento a referéndum.

Sin embargo, se modificaron el cuadro de competencias del TC, el número de magistrados, la conformación y origen de su selección, los sujetos legitimados para interponer demandas de inconstitucionalidad, entre otros asuntos de la mayor relevancia.

En la Constitución vigente del Perú (1993) se crea el TC, compuesto por 7 miembros como órgano de control de la Constitución con un mandato de 5 años (artículo 201), todos debían ser elegidos por el Congreso (antes eran 9 magistrados elegidos por tercios y por el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Congreso de la Republica); la legitimación para interponer demandas de inconstitucionalidad se amplía notablemente con relación a lo dispuesto en su predecesora (artículo 203), se redujo el número de ciudadanos para interponerlas, se incluyó a las minorías parlamentarias, a los colegios profesionales, a los gobiernos regionales y municipales, así como al defensor del pueblo (luego se incorporó al Presidente del Poder Judicial).

Todo parecía encaminado para que un Tribunal Constitucional fornido entre en la escena. Sin embargo, fue en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) que se instalaron los mecanismos que lo convertirían, no en un órgano de control, sino más bien en un órgano de confirmación de la constitucionalidad de leyes que en rigor eran incompatibles con la Constitución.

En efecto, la LOTC, Ley 26435, promulgada el 6 de enero de 1995, establecía en su artículo 4 que se requerían 6 votos conformes (solo eran 7 los magistrados del TC) para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, sin que se pudiera dejar de resolver. Además, en el mismo artículo se dispone que “[...] de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada”. A lo dicho se suma que en el artículo 39 se disponía que: “Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal”.

Así las cosas, la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, que se produce por la fórmula constitucional en su integridad, en la sede de un Congreso unicameral, se tornó en una lucha de jaleos sin fin y solo se logró la elección de todos los miembros cuando el régimen ya había asegurado a por lo menos dos de ellos: solo eso bastaba; ninguna ley que importara al gobierno y a su mayoría parlamentaria alcanzaría los votos para que se declarara su inconstitucionalidad y, más bien, el TC se transformaría en una sede de confirmación de la constitucionalidad de las leyes y en un sistema de blindaje para que ningún juez pudiera inaplicarlas. Este problema o riesgo, como veremos, no se ha solucionado aún del todo.

Hasta aquí, consideramos que hay evidencias suficientes para considerar que, en nuestra historia, incluso la más reciente, existe una profunda resistencia en contra del control jurisdiccional de la constitucionalidad. El poder político se resiste con fuerza a ceder el poder de control y cuando lo hace, lo debilita en extremo.

III. EL AFINCAMIENTO DEL SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL: EL DEBATE QUE NO OCURRIÓ EN EL PERÚ

Es cierto que, en el debate de la Asamblea Constituyente que produjo la Constitución de 1979, sí se expusieron algunos conceptos e ideas de lo que se quería respecto del control de la constitucionalidad; de lo que se quería de la democracia y de la Constitución en democracia. El propulsor del TGC, Javier Valle Riestra, decía que ese Tribunal sería ‘una pica en Flandes’, un ideal, era más bien la respuesta contra las dictaduras y despotismo (Debate sobre la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales durante la Asamblea Constituyente 1978-79, 2021, pp. 837-838). Sin embargo, aun cuando en el mundo se le había tratado como un asunto fundamental, de cara a la llegada del Estado Constitucional, el tema del control jurisdiccio-

nal de la constitucionalidad y la concepción de la Constitución no habían tomado cuerpo ni habían despegado para iluminar un debate más amplio y profundo que pudiera haber llevado a mejores resultados que la simple asimilación de dos modelos de control que luego la ley se encargaría de someterlos a la política.

Podemos advertir también, de los antecedentes de la formación y la introducción del modelo de control jurisdiccional en el Perú, la inevitable tensión entre el Derecho y la política que en nuestra concepción produce el engrosamiento del principio de presunción de constitucionalidad –entendido el principio, desde ahora, como la constitucionalidad de la ley es tal hasta que no se pruebe por la vía de la argumentación lo contrario (*iuris tantum*)– sobre todo en un modelo en el que hay dos órganos supremos de control de la constitucionalidad: La Corte Suprema y el TC.

Es más, la tensión también está en el silencio. Cuando se introduce la acción popular en la Constitución de 1933, que tiene por objeto que el Poder Judicial sea el defensor de la legalidad y se preserve la Constitución de las normas infralegales que la infrinjan, no se produce ningún postulado o propuesta para la defensa desde fuera del propio Parlamento de tal ataque, si es perpetrado por la ley. Un debate podría haber creado el ‘ambiente’ en el que la cultura jurídico-política habría crecido. Un estudio sobre esta ausencia sería muy revelador.

Por esto, he considerado necesario compartir, solo para atisbar lo que no ocurrió pero que debió ocurrir en nuestro país, algunas notas sobre el debate y el nacimiento del modelo de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y el Tribunal Constitucional.

Y traigo a colación algunas posturas que responden a la cuestión, o más bien a la preocupación, de que la jurisdicción constitucional se convierta en justicia constitucional y, de allí, en política constitucional. El horror de la política y de la representación parlamentaria es que, en un cuarto cerrado, un grupo sea el que los suplante. Mucho se ha trabajado al respecto y poco o nada fue tratado en el momento en el que se definió el modelo de control jurisdiccional en el Perú. Comencemos.

Kelsen es una figura ineludible en la historia del control jurisdiccional de la constitucionalidad y de los Tribunales Constitucionales. Su pensamiento fue el pilar de la Ley de 1919 que dio origen al Tribunal Constitucional austriaco, con facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes de los *Länder* y, más adelante, de las leyes federales

conforme a la Constitución de Austria de 1920. La República austríaca surgió tras la caída del imperio austrohúngaro, y fue el propio Kelsen quien elaboró el proyecto constitucional. El contexto de transición de una monarquía a un Estado de Derecho justifica que fuera él, como juez vitalicio y relator permanente del TC, quien encarnara los principios de ese nuevo orden.

En Europa, la propuesta de crear Tribunales Constitucionales especializados con facultad para ejercer un control, tanto concreto como abstracto sobre las normas, generó reacciones polarizadas. Este modelo permitía a dichos Tribunales revisar la constitucionalidad no solo de sentencias judiciales, sino también del proceso legislativo en su conjunto. Esto motivó críticas a lo que se consideró lo que ahora podríamos llamar activismo judicial, que encarama al Tribunal en; por ejemplo, un actor de definición de las políticas públicas, o de la irradiación de las obligaciones del Estado hacia las relaciones entre los particulares, pero también defensas firmes ante la necesidad de salvaguardar la supremacía constitucional.

Un hito clave en este debate fue la confrontación entre Kelsen y Carl Schmitt, iniciada en la década de 1920 y profundizada ante el ascenso del comunismo y el fascismo en Europa. El debate giró en torno a la pregunta: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? La respuesta implicaba definir también la propia concepción de Constitución.

Para Kelsen, la Constitución representa la cúspide del ordenamiento jurídico: determina los órganos del Estado y regula la producción normativa esencial (Kelsen, 1988, pp. 116-119). El control constitucional es, por tanto, la vigilancia sobre la adecuación normativa a esa estructura superior, y cumple una función protectora del Estado democrático, garantizando que la mayoría parlamentaria no atropelle los derechos de las minorías (Kelsen, 1988, p. 152).

Sin embargo, Kelsen advierte, desde el positivismo jurídico, que los conceptos de justicia, libertad o moralidad son valoraciones divergentes y subjetivas. Por ello, si el Derecho positivo no consagra alguna de estas concepciones, cualquier norma podría ser 'justificada' desde una perspectiva u otra (Kelsen, 2011, p. 287). De allí que propusiera que, si la Constitución establece principios sustantivos, estos deben ser formulados con la mayor precisión posible para evitar que el Tribunal Constitucional imponga sus propias valoraciones y sustituya la voluntad del legislador (Kelsen, 2011, pp. 287-288).

Schmitt coincide en que la Constitución estructura la producción normativa, pero amplía su significa-

do: para él, la Constitución expresa la unidad política. Bidart resume su postura al afirmar que "todo Estado es constitución" porque expresa un *status* de unidad y ordenación social (1967, p. 514). Ramón Campderrich destaca que, para Schmitt, lo que debe defenderse no es un conjunto de normas que organizan el poder democrático, sino una "forma de ser de un pueblo" (2005, p. 89). Por tanto, la defensa constitucional no se puede reglamentar, ya que responde a la idiosincrasia colectiva.

En esta línea, el concepto de decisionismo resulta central: Schmitt entiende que la fuente última del Derecho es la decisión política soberana, no la norma. "Todo orden legal se funda en una decisión y no en una norma" (1985, p. 10). Así, frente al conflicto entre una ley y la Constitución, la solución no emerge de la racionalidad jurídica, sino de la decisión fundacional del poder constituyente.

Este enfoque pone de relieve el trasfondo político del Derecho y desafía la posibilidad de que un Tribunal actúe como árbitro 'neutral'. Según Bernal Pulido (2003), para Schmitt, el control constitucional escapa del ámbito judicial, porque toda interpretación constitucional genera divergencias que solo puede resolver una autoridad política. La jurisdicción, en cambio, debe limitarse a aplicar la ley en casos concretos.

El debate sobre el papel de los Tribunales Constitucionales se ha proyectado también hacia la cuestión de los valores constitucionales y su juridificación. Robert Alexy aborda esta tensión al distinguir dos concepciones: la Constitución como 'orden marco' y como 'orden fundamental'. En el primer caso, la Constitución delimita lo prohibido, lo necesario y lo posible (2003, pp. 54-55). En el segundo, reconoce que la Constitución incorpora valores y principios fundamentales que deben guiar la actuación estatal. Dado que estos principios pueden colisionar, resulta imprescindible su ponderación (2003, pp. 44-45).

Alexy también resume las críticas formuladas por Schmitt, Ernst Forsthoff y Böckenförde: convertir los derechos fundamentales en principios supremos desdibuja el carácter estructural de la Constitución, y traslada al Tribunal Constitucional un rol protagónico que podría minar la democracia parlamentaria. "El tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional sería impa-

No obstante, Alexy propone una reconciliación entre ambas visiones: una Constitución puede y debe contener valores sustantivos, pero su aplicación debe respetar los límites funcionales del Poder Judicial.

Robert Alexy aborda el reparo desde la reunión de la concepción de la Constitución como ‘orden marco’ y ‘orden fundamental’. Desde el ‘orden marco’, la Constitución distingue lo prohibido “como lo constitucionalmente imposible, lo ordenado como lo constitucionalmente necesario y lo discrecional como lo constitucionalmente posible” (2003, pp. 54-55); los dos primeros conforman el marco y lo discrecional o posible está dentro de este. Por su lado, desde el ‘orden fundamental’, la realidad de las cosas, advierte el jurista, es que la Constitución puede contener en su seno la resolución de asuntos fundamentales, entendidos desde la vinculación de los derechos fundamentales respecto de las actuaciones de los poderes del Estado en su condición de principios o valores, y en la medida en que los valores o principios pueden colisionar es que resulta indispensable la ponderación (2003, pp. 44-45).

Al respecto, anota Bernal Pulido (2003, pp. 203 y siguientes) que para Carl Schmitt el control constitucional de la ley era una tarea imposible para la jurisdicción, pues la Constitución siempre genera, en su interpretación, dudas y divergencias que solo pueden ser conducidas hacia su resolución por decisiones con carácter de autoridad y los acuerdos del constituyente debían ser concretados por un legislador constitucional¹; y la jurisdicción solo se debía limitar a la subsunción en el caso concreto de la resolución de los conflictos de la aplicación de la ley.

En esa misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado una concepción de la Constitución como ‘orden de valores’, visible en sentencias como *Elfes* y *Lüth*. Esta doctrina busca armonizar la tolerancia frente a la pluralidad política con la defensa de valores intangibles, como la dignidad humana, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho. Surge así el concepto de ‘democracia militante’ (*streitbare Demokratie*), que permite limitar el accionar de fuerzas que, amparándose en el pluralismo, busquen destruir el orden constitucional (Cruz, 2005, pp. 10-11).

Desde esta concepción, ninguna ley puede ser constitucional si es ajena a los valores fundamentales de la Constitución. Estos valores no son neutrales ni meras directrices éticas, sino normas objetivas que expresan un contenido axiológico universal. En palabras de la jurisprudencia del caso *Lüth*, los derechos fundamentales se irradian sobre todo el orden jurídico, obligando tanto al Esta-

do como a la sociedad a su protección y realización plena (Cruz, 2005, pp. 16-17).

Este enfoque ha influido en otros Tribunales Constitucionales, entre ellos el del Perú. En una sentencia emblemática referida a la modificación de la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, el TC peruano reconoce como derecho fundamental el derecho a una sepultura digna, con base en la cláusula de derechos no enumerados del artículo 3 de la Constitución (Expediente 0002-2019-PI/TC, 2020). El caso giraba en torno a la destrucción de un nicho colectivo donde fueron enterrados miembros de Sendero Luminoso, muertos durante el motín en el penal de El Frontón.

La sentencia no solo evalúa cuestiones jurídicas, sino también consideraciones históricas, culturales, espirituales y de dignidad humana. La mayoría del Tribunal Constitucional (4 de 7 votos) reconoce el derecho a una sepultura digna como un derecho fundamental.

Pero el aspecto más relevante es la forma en que el TC asume el concepto de democracia militante dentro de un sistema de valores constitucional. Señala que esta democracia militante se justifica únicamente para evitar agresiones a los derechos de los demás, descartando una interpretación que derive en un ‘derecho constitucional del enemigo’ (Expediente 0002-2019-PI/TC, 2020, p. 48).

El TC, desde los valores constitucionales, armoniza derechos fundamentales con la defensa del Estado democrático, rechazando una visión en la que el pluralismo exacerbado amenace los pilares del orden constitucional. En este contexto, se evidencia que el TC puede desarrollar criterios racionales y no solo políticos, incluso frente a casos complejos como este.

Este modelo muestra la posibilidad de construir decisiones judiciales que no sean políticas en sentido partidario, pero que tampoco se abstraigan de los valores esenciales del orden democrático. De allí la importancia de establecer una relación virtuosa entre el control abstracto de constitucionalidad y el control difuso aplicado en casos concretos.

En Europa y América Latina, la existencia de Tribunales Constitucionales no ha eliminado los debates sobre los límites del control: el activismo judicial excesivo, por un lado, y la autorrestricción paralizante, por otro. Ambos extremos deben evaluarse con base en una racionalidad suficiente y una metodología adecuada.

¹ Bernal Pulido nos trae una muy completa recopilación de las posturas que se realizaban en contra de la legitimidad de la jurisdicción constitucional y de la búsqueda de los límites a tal jurisdicción, aportando lo suyo.

En este punto, cobra importancia el principio de corrección funcional, que opera como límite autoimpuesto por el Tribunal para evitar extralimitaciones. La función del Tribunal debe concentrarse en salvaguardar la Constitución como norma jurídico-política, cuyo fundamento es la dignidad humana y los derechos fundamentales. La clave está en que las decisiones jurisdiccionales no suplantán a los poderes políticos, sino que cumplen su función dentro de un sistema de pesos y contrapesos.

Lo reseñado permite exponer cuál puede ser el límite para que el TC no haga política y resuelva jurídicamente, desde la concepción de la Constitución. No hemos ingresado a la concepción de la Constitución como norma jurídica porque consideramos que no produce ningún efecto en el presente ensayo, ya que, más bien, lo que preocupa es cómo, a partir del objeto de control, se tenga la idea de que los jueces solo puedan actuar excepcionalmente y que el máximo criterio valorativo dependa tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo. Una posición como esa se esconde al momento de dotar a la ley de esa posición preminente, que implica que la ‘presunción de constitucionalidad’ se desborde por el simple hecho de que ha sido emitida por un poder que ostenta la representación nacional.

IV. LOS LÍMITES A LA JURISDICCION Y LOS PERMISOS AL LEGISLADOR

La concepción de la Constitución y la posición de los jueces, en general, y del TC puede ser analizada desde el órgano y su configuración, y esta es una tarea para el Poder Constituyente. Tal cómo se ha expuesto, podemos convenir en que es posible que sean los Tribunales encargados de verificar la validez constitucional de una ley.

Aun así, la presunción de constitucionalidad requiere de mayores elementos para sostenerse como la deferencia que se requiere hacia el principio democrático y la seguridad jurídica. Y es que las soluciones a un alegado conflicto entre la ley y la Constitución pueden ser diversas; entonces, será la metodología para acercarse y resolver el juicio de validez donde se encuentra la clave, partiendo por establecer la relevancia de la afectación. No toda afectación debe o tiene que declararse inválida, es posible que el legislador haga las correcciones que puedan hacerse en su sede, y ello puede ser adecuado teniendo en cuenta que la seguridad jurídica, como diría Radbruch, es una forma de justicia posible, de modo tal que, en aras de su concreción, se permita una cierta ‘injusticia’ en el Derecho; pero no será posible tal deferencia cuando el grado de injusticia del Derecho positivo sea de tal magnitud que ya no sea Derecho (Radbruch, 1951, pp. 44-45).

Este breve recuento pretende introducir algo de la metodología que sirve para evitar los excesos de la jurisdicción y, a la vez, justificar su intervención y desmontar con ella la necesidad de mantener al principio de presunción de constitucionalidad hipertrofiado.

Como se adelantó, las posiciones de Kelsen y Schmitt marcaron el debate sobre quién debe ser el guardián de la Constitución. Para Schmitt, esta es una realidad absoluta y política, manifestación de la unidad total. Por ello, no debe ser interpretada por jueces ni el Parlamento, sino por quien encarna esa unidad: el jefe de Estado. “La interpretación de la Constitución, para Schmitt, es una actividad política [...] no puede ser dejada ni en manos de jueces ni del Parlamento [...]” (De Asís Roig, 2008, p. 14).

Kelsen, en cambio, proponía un control jurídico limitado al procedimiento, confiando en el pluralismo parlamentario para interpretar la Constitución sin modificarla fuera de los cauces de reforma. “La representación de esta idea en el Derecho exigía [...] un órgano que tuviera como principal misión el control [...] al procedimiento” (De Asís Roig, 2008, p. 21).

Superado ya ese debate original, los Tribunales Constitucionales se han consolidado, aunque persisten tensiones con el Ejecutivo, Legislativo o incluso la academia respecto a su potestad de control abstracto.

Otto Bachof plantea que el auge del constitucionalismo ha desplazado el eje del poder desde el Legislativo y Ejecutivo hacia los Tribunales Constitucionales, transformando a la ley de escudo protector a potencial amenaza. Este fenómeno conlleva un fortalecimiento del juez y un debilitamiento proporcional del legislador. La ley parlamentaria, pensada para responder coyunturalmente a problemas concretos, se subordina así al sistema de derechos y valores constitucionales (Cruz, 2005, pp. 32-36).

Sin embargo, esto no niega el rol del legislador. Su competencia se respalda en el artículo 102 de la Constitución peruana: “Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”. Ciertos temas, además, requieren de ley orgánica: derechos políticos (artículo 31); uso de recursos naturales (artículo 66); procesos constitucionales (artículo 200).

Incluso, el Tribunal Constitucional ha reconocido que los decretos legislativos también cumplen la reserva de ley para regular derechos fundamentales, por su rango y control parlamentario.

Esta capacidad de configuración legislativa es indispensable dada la indeterminación constitucional. Bernal Pulido afirma: “El Legislador no debe verse como un «enemigo» de los derechos fundamentales [...] La Constitución no vale únicamente en contra de la legislación, sino mediante la legislación” (2003, p. 493).

¿Estamos ante un proceso de legitimación de la jurisdicción constitucional frente a los temores de su politización? ¿Debemos seguir temiendo el desplazamiento de poder del legislador al juez constitucional?

La advertencia del peligro, la expone Ferrajoli, en defensa de una redefinición del positivismo jurídico, reivindicando a la política y a la ley su función creadora del Derecho y batallando contra la deformación de la denominada interpretación creadora. Cuando hay interpretación no hay creación advierte Ferrajoli:

la política es la fuente y el motor de la protección jurídica. Pero está subordinada al proyecto jurídico formulado por las constituciones, esto es, a la prohibición de lesión de los derechos de libertad y a la obligación de actuación de los derechos sociales. (2025, pp. 81-88)

El jurista se afirma en esta reivindicación perseverando en el papel de las Constituciones rígidas y la positivación de los deberes de abstención y los de acción que se impone al poder, y con ello, al poder político y a su expresión en la ley para desplegar la vigencia de la Constitución frente a las antinomias que se produzca con las leyes o inclusive frente a las lagunas (acciones y omisiones del legislador). Añade que el constitucionalismo jurídico y la garantía de los derechos ha producido una transformación en la relación de derecho y política “las constituciones han positivizado el deber ser del derecho” y, frente al actual proceso deconstituyente y la apropiación de la política de parte del mercado, jueces toman el derecho en serio y “perciben a los principios constitucionales como vinculantes y supraordenados a cualquier fuente” (Ferrajoli, 2025, pp. 81-88).

A. La legitimidad de la jurisdicción constitucional y sus límites: entre el principio democrático y la función de control

Para legitimar que jueces revisen la constitucionalidad de normas legislativas derivadas del princi-

pio democrático, es necesario crear y recrear una compleja doctrina de interpretación constitucional, basada en la racionalidad jurídica antes que en inclinaciones ideológicas. Mucho camino se ha recorrido y aún se transita por debates intensos sobre los límites que se pueda imponer a la jurisdicción constitucional para que no cruce, al menos demasiado, al terreno de la política, pasando de ser el ‘perro guardián de la Constitución’ al ‘lobo feroz de la ley’.

Sin duda, la expansión de los contenidos materiales constitucionales y la concepción de los derechos fundamentales, como un sistema de principios jurídicos, es expresión de una cultura jurídica basada en valores (Alexy, 2003, pp. 43-44).

Esto ha dado lugar al concepto de márgenes de acción del legislador, esencial para delimitar la intervención del Tribunal. Alexy toma una fórmula de Schumann: “según la cual ningún tribunal puede basar su decisión en una regla que el Legislador no pudiera adoptar.”²

Los márgenes de acción estructurales se expresan en la fijación de fines, la elección de medios y la ponderación. La clave en el juicio constitucional es la estructura de ponderación, que debe seguir criterios racionales y proporcionados (Alexy, 2003, pp. 59-64).

A ello se suman los márgenes epistémicos (lo que se puede conocer o no conocer de la Constitución) y cognitivo-normativos (lo que corresponde decidir a otra jurisdicción). Si las premisas fácticas no son comprobables, el principio democrático da ventaja al legislador. Así, la intervención legislativa será válida cuando se justifique dentro de estos márgenes (Alexy, 2003, pp. 82-92).

En el caso peruano, el TC ha reconocido que, aún cuando ciertos derechos fundamentales requieren configuración legislativa, estos también tienen un contenido inmediatamente exigible. De lo contrario, la Constitución carecería de fuerza normativa. La ley sirve para definir los contornos concretos del derecho fundamental, pero no puede vaciarlo de contenido. Esto se aplica especialmente a los derechos sociales, cuya delimitación requiere una amplia configuración legislativa. Sin embargo, esta capacidad está limitada por el contenido esencial

² Robert Alexy hace la referencia para adoptar la regla del límite que Schumann despliega para la jurisdicción ordinaria y el examen de la constitucionalidad de sus decisiones. Schumann ‘*Verfassungs und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidung*’, (1963, p. 334). Un trabajo recomendable para iniciarse en la fórmula se puede encontrar en español en el artículo de Jorge León Vázquez y Nicolaus Weil Von Der Ahe, ‘Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios: El examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania’, en Revista Peruana de Derecho Constitucional, 3 (nueva época), (2010, pp. 329 y siguientes).

del derecho, los principios y valores constitucionales (Expediente 01436-2017-PA/TC, 2018).

El control abstracto de normas con rango de ley no se ejerce solo por competencia funcional del TC, sino también por la interacción interpretativa entre normas constitucionales y legales. La sentencia constitucional concreta, mediante sus fundamentos y fallo, las indefiniciones de las disposiciones iusfundamentales. Así, se crean normas adscritas al derecho fundamental evaluado.

En palabras de Rodríguez Santander, el control abstracto puede implicar vinculación para todos los poderes públicos: ya sea que la norma se declare inconstitucional, sea salvada mediante interpretación conforme, o confirmada como constitucional (2007, p. 69).

Ahora bien, el principio de proporcionalidad, que es útil como metodología tanto para el control concentrado como para el difuso, ha ido asentándose cada vez más en la jurisprudencia constitucional.

Ello no significa que puedan existir discrepancias entre los que acuden a él, pero impregna de una notable racionalidad a las decisiones que se adoptan.

No es este el lugar para desarrollar cómo es que opera el principio de proporcionalidad, pero sí el desarrollo de algunas notas al respecto para que se aprecie la racionalidad y eficacia de la metodología.

El principio de proporcionalidad implica la evaluación de la ley en contraste con la Constitución y la norma de derecho fundamental, básicamente en tres planos (subprincipios): (i) el subprincipio de idoneidad o adecuación, en el que se apreciarán dos asuntos fundamentalmente (si la ley persigue un fin legítimo, sea este legal o constitucional, y si con la ley se logrará alcanzar el fin propuesto); (ii) el subprincipio de necesidad o el denominado control de medios, que implica evaluar si hay un medio menos limitativo de la norma iusfundamental que el dispuesto en ley sometida a juicio; y (iii) el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, en el que se realiza un balance entre los logros que se obtiene con la vigencia de la ley y la merma del derecho fundamental.

Tal como advierte Alexy (2003, pp. 72-79), la escala triádica del subprincipio de proporcionalidad en estricto, que supone la relación entre el logro de los fines constitucionales o legítimos (intenso, mediano o leve) junto con la intervención de los derechos (grave, medio y leve), además del análisis de la adopción de medios, puede refinarse dada la dificultad de encontrar la relación más exacta; sin embargo, si bien se puede refinar en escalas más

definidas y segmentadas, señala que “el derecho constitucional no es una materia que pueda ser dividida en segmentos tan finos, de tal modo que se suprima la posibilidad de que existan verdaderos empates” (Alexy, 2003, p. 79) entre fines e intervenciones. Por tanto, en el terreno de lo práctico y medible, un empate permite validar la decisión del margen estructural atribuido al legislador.

Es importante aclarar que el principio de proporcionalidad no es el único mecanismo válido para resolver los conflictos constitucionales. Deriva de otros principios más amplios como el de interdicción de la arbitrariedad, el Estado Democrático de Derecho y la dignidad humana. Pedro Grández recuerda que este principio no nace de una cláusula específica,

el fundamento del principio de proporcionalidad hay que encontrarlo, no en una cláusula solitaria de la Constitución, sino en los confines mismos del modelo de Estado Constitucional, construido sobre premisas antropocéntricas, esto es, sobre el reconocimiento de la libertad y la dignidad humanas como razón última del propio sistema político. (2010)

Además, como señala Bernal Pulido, los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica —como armonización de principios y bienes constitucionales que se encuentran en aparente conflicto— no se oponen a la ponderación. La colisión entre derechos fundamentales no implica sacrificar uno frente a otro, sino determinar su contenido a partir de normas adscritas, obtenidas mediante ponderación (2003, pp. 538-560).

Hemos expuesto, de manera sintética, el modo en que la función legislativa y la jurisdicción constitucional pueden interactuar bajo concepciones de cooperación y de balances. La doctrina ya trabajó en ello y lo sigue haciendo, y la jurisprudencia fortalece los roles. Los excesos pueden producirse; sin embargo, no deberían ser ni lo suficientemente frecuentes ni lo suficientemente intensos. Los principios compartidos entre la jurisdicción y la sede política como la dignidad humana, el Estado de Derecho y el principio democrático deben y pueden prevalecer.

La legislación se mueve en el campo de la voluntad y la oportunidad; la jurisdicción constitucional, en el de la prudencia y la racionalidad jurídica. Ambos son necesarios para realizar la Constitución.

El principio de proporcionalidad ha demostrado ser un instrumento útil y refinado, aunque no exclusivo, para asegurar la compatibilidad entre ley y Constitución en lo que respecta a los derechos fundamentales.

Es claro que hay críticas válidas al uso excesivo o erróneo de este principio. Desde las posturas no conflictivas de los derechos constitucionales se le postula, no como una forma de evaluar no solo los pesos o la valía de un derecho sobre otro (por ejemplo, en la ponderación), sino que el principio debe servir para encontrar cuál es el contorno indestructible del derecho que necesariamente vincula al legislador y que no podrá ser limitado. No podemos aquí abundar sobre ello pues rebasaría el propósito de este artículo, más aún si hemos dado cuenta de la metodología más usada por el TC del Perú, aunque es cierto, no es la única.

En el marco de un proceso en el que la ley esté en juicio de constitucionalidad, el principio de presunción de constitucionalidad se entiende como la exigencia de una carga argumentativa sólida para demostrar su inconstitucionalidad o inaplicabilidad. Esta carga no se refiere a una prueba en sentido estricto (como en el 'Derecho a la prueba'), sino a una obligación de razonamiento jurídico debidamente estructurado. Como ya se indicó en apartados anteriores, dicho principio supone que la ley se presume constitucional mientras no se demuestre lo contrario.

Esta carga argumentativa recae no solo en el demandante, sino también en el TC y los jueces del Poder Judicial, quienes solo pueden declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una norma si tienen certeza de ello. La ventaja del legislador, cuya ley nace de la deliberación de la representación nacional, supone una mayor comprensión de los fenómenos implícitos que buscan solución, por ello "[l]a incertidumbre juega a favor de la ley, porque se presupone que la falta de certeza de la jurisdicción constitucional en el conocimiento de los fenómenos implícitos en el juicio sobre la legislación" (Bernal Pulido, 2003, p. 497).

En consecuencia, el producto de la creación de derecho del legislador democrático (la ley) goza de un privilegio derivado de su calidad representativa. Corresponde a quien interpone la demanda y al propio TC, y en cada caso, a los jueces del Poder Judicial y a la Corte Suprema, romper esta presunción mediante una argumentación reforzada y el uso riguroso de los juicios de racionalidad y proporcionalidad (ponderación).

El propio Bernal Pulido reconoce que, ante un empate en el juicio de ponderación, es decir, ante la duda entre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma que afecta derechos fundamentales o bienes colectivos, debe prevalecer el principio de presunción de constitucionalidad y el margen de apreciación del legislador democrático (2005).

En este sentido, el TC del Perú ha establecido que:

El principio de presunción de constitucionalidad de las normas establece que una ley no será declarada inconstitucional a menos que exista duda razonable sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que, en tanto no se demuestre la abierta inconstitucionalidad de la norma, el juez constitucional estará en la obligación de adoptar una interpretación que la concuerde con el texto constitucional. (Expediente 020-2003-AI/TC, 2004, fundamento 33)

En relación con este principio, Roger Rodríguez Santander introduce una dimensión adicional con su teoría de la derrotabilidad del Derecho, que reconoce que una norma, aun siendo válida en abstracto, puede resultar inaplicable en un caso concreto por razones morales fundadas en otras normas constitucionales. Explica que: "[s]ería imposible anticiparse de modo abstracto sobre las excepciones que se puedan presentar en el caso individual, ya que la derrotabilidad de una norma jurídica y el razonamiento práctica mantienen una intrínseca relación" (2022, pp. 40-41).

Agrega que esta derrotabilidad implica una moral legalizada, es decir, reconocida por el orden constitucional, y que solo cobra sentido en un Estado constitucional donde el sistema jurídico se estructura a partir de la dignidad humana y los derechos que de ella emanan (Rodríguez Santander, 2022, p. 42).

Esto le lleva a criticar los análisis puramente abstractos de validez normativa por considerarlos incompletos, dado que omiten el recorrido de las disposiciones a los hechos y de los hechos a las disposiciones. Por ello concluye: "[e]l análisis puramente abstracto de validez es incompleto y posiblemente erróneo" (Rodríguez Santander, 2022, pp. 90-91).

Esto nos lleva a uno de los principales problemas estructurales en el modelo peruano: la configuración normativa que hipertrofia el principio de presunción de constitucionalidad e impide un desarrollo jurisprudencial robusto en materia de control constitucional. Las disposiciones que generan este efecto son diversas.

Esta evidencia nos recuerda el nudo que se puede formar frente a la validez abstracta de una ley, cuya inconstitucionalidad no haya sido declarada en un juicio de inconstitucionalidad, y la posibilidad de dejar que los jueces sigan atentos a la posibilidad de su inaplicación en los casos concretos.

En la aplicación del control difuso rige el mismo principio de presunción de validez de la ley y así lo ha recordado recientemente la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en la Casación 1266-2022-LIMA (2025, p. 27) al establecer como precedente que, si bien se debe preferir la Constitución a la ley, al momento de resolver un caso, este principio “deriva del principio de conservación del derecho” que es también atribuible a la ley y no solo a la Constitución, siendo esta presunción *iuris tantum*.

La Constitución peruana establece que el TC se compone de siete magistrados (artículo 201), y la LOTC (Ley 28301) señala que el quórum para resolver procesos de inconstitucionalidad es de cinco magistrados (artículo 5). Este número, a todas luces reducido, dificulta la formación de consensos y facilita la conformación de bloques inestables de opinión, lo que se evidencia en la práctica jurisdiccional del Tribunal.

A ello se suma la posibilidad de abstenciones, vacancias y demoras en los reemplazos de magistrados por parte del Congreso, lo cual debilita aún más la institucionalidad del Tribunal. Tampoco existe la figura de magistrados suplentes, lo que complica aún más su funcionamiento.

Más grave aún, el artículo 107 del Código Procesal Constitucional y el artículo 5 de la LOTC establecen que para declarar la inconstitucionalidad de una norma se requieren cinco votos conformes; si no se alcanza dicha mayoría calificada, la demanda es declarada infundada.

Sobre este asunto, hubo un debate intenso respecto del número de votos que se requería para la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Este debate se produjo pues la Ley 26435, que fue la primera LOTC, dictada bajo el amparo de la vigente Constitución del año 1993, establecía, como ya se dijo, en su artículo 4, que se requerían 6 votos conformes de 7 magistrados (que son el total de magistrados en Sala Plena) para la declaración de la inconstitucionalidad de una ley. Sobre esta disposición, se instauró un proceso de inconstitucionalidad que se resolvió mediante sentencia recaída en el Expediente 005-96-PI/TC.

La sentencia referida obtuvo 4 votos que declararon infundada la demanda y en sus fundamentos, entre otros asuntos, se sostuvo que es una práctica común en los sistemas de control constitucionales la admisión “como regla incuestionable que toda norma o acto público debe presumirse como constitucional en tanto y en cuanto mediante una interpretación razonable de la norma fundamental, puedan ser armonizadas con aquella” y añade que

[...] en consecuencia, la presunción de la que se encuentra beneficiada toda norma, es una práctica generalizada en la justicia constitucional, es evidente que la exigencia de mayoría calificada en la adopción de decisiones de inconstitucionalidad de las normas no puede reputarse como una arbitraria imposición sino como una consecuencia lógica desprendida de semejante práctica, lo que lleva a concluir que aquello que los recurrentes denominan “convalidación de leyes inconstitucionales” no supone para nada el recortar o desnaturalizar el ejercicio del control constitucional, sino, al contrario, dotarlo de la certeza preliminar de que no se inconstitucionalice normas cuando éstas puedan, interpretativamente, compatibilizarse con la Carta Magna. (Expediente 005-96-PI/TC, fundamento 5)

La confusión, voluntaria o involuntaria, es evidente. El principio de conservación de la ley es el que se anida con el principio democrático y de seguridad jurídica. Ello ha producido la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales emitan sentencias interpretativas que en puridad declaran la inconstitucionalidad, sea descartando alguna o algunas de las interpretaciones de la norma derivada de la disposición impugnada o cuando la ley sea considerada constitucional, únicamente si se interpreta de un modo que sí es constitucional.

Los votos en minoría (3) se encargaron de desmontar la posición adoptada por la mayoría y afirman los magistrados:

[...] se recurre al apotegma de la “presunción de constitucionalidad” de las leyes, con el objeto de avalar la regla de la “votación calificada”, cuando, a nuestro criterio, de un lado, la presunción de constitucionalidad, en el campo procesal, no tiene otro efecto importante que el de invertir la carga de la prueba; y, de otro, en que lo que está en tela de juicio en estos autos, no es la procedencia de la “votación calificada” —que, por cierto, sí es aceptable, y no es, de suyo, inconstitucional—, sino la regla que otorga primacía a la minoría sobre la mayoría, llegando a permitir que uno, o, cuando mucho, dos magistrados, —y, aun, una simple abstención, en el caso extremo— impidan el control de la constitucionalidad que la Carta Política ha confiado a este Tribunal. (Expediente 005-96-PI/TC, fundamento 7)

Pero hay una parte muy relevante para nuestro propósito que se expone en el voto de la minoría. En él se explica que no resulta un problema constitucional *per se* que se estime una votación calificada para resolver un proceso en el que se cuestiona la constitucionalidad de una ley en abs-

tracto, sino que lo que es aberrante constitucionalmente es que se le dé solo a una de las ‘partes’ ese privilegio, siendo esa parte la ley, afectándose el principio de igualdad y la ‘voluntad jurisdiccional colegiada’, constituyendo un abuso del derecho el que se disponga este privilegio a una minoría frente a la mayoría colegiada. Además, sostienen los magistrados en minoría, el TC pasa de convertirse en un defensor de la norma legal, en lugar de un defensor de la Constitución.

El voto en minoría aborda otro problema que tiene el sistema de resolución y de generación de normas adscritas que, en la actualidad, se genera o emana de la reunión de tres disposiciones normativas. Las dos primeras son el artículo 107 del Código Procesal Constitucional y el artículo 5 de la LOTC que señalan, ambas, que en caso de no alcanzarse los 5 votos que declare la inconstitucionalidad de la ley, la sentencia se declarará infundada; y la tercera en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que en su parte final dispone que “[...] Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”.

Los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano advirtieron con gran visión el problema. Constitucionalizar una ley, cuando la mayoría la considera inconstitucional,

crea un galimatías procesal, pues tal orden implica que se diga, en los considerandos de la sentencia, una cosa, y en la parte dispositiva de la misma, la contraria –lo que, como se sabe, es, en derecho procesal– y, específicamente, en el campo del derecho procesal –constitucional– causal de nulidad, pues cuando la Constitución exige, en su artículo 139º, inciso 5º, [...] la motivación escrita de las resoluciones [...] y de los fundamentos [...] en que se sustentan [...] Que, entre otras razones y para abreviar, un Tribunal nacido para defender la Constitución frente la Ley, no puede avalar, confirmar o “constitucionalizar” leyes que otorguen tantas ventajas procesales a las “normas de rango legal” sobre la Constitución [...] [privándose] al Poder Judicial del derecho del “control difuso”, permitiéndose que un magistrado pueda valer más que el de cualquier otro o el de todos los demás de la República. (Expediente 005-96-PI/TC, fundamento 16)³

Comparto en su integridad lo señalado en el voto singular arriba destacado.

Ahora bien, la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación 1266-2022-LIMA ya mencionada, ha citado la sentencia que establece un criterio correctivo (2025, pp. 30-31): “El juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley incluso cuando el Tribunal haya declarado su validez en abstracto, si su aplicación al caso concreto resulta inconstitucional”. El rescate de la jurisprudencia no puede ser más apropiado para el presente análisis, y aunque no ha sido adoptado con carácter general, es una nota distintiva de gran valía. En la práctica, muchos jueces y el propio Tribunal Constitucional aplican de forma mecánica la prohibición de inaplicación de una ley en el caso concreto cuando el Tribunal ha confirmado su constitucionalidad en un proceso de inconstitucionalidad (artículo VII, Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), omitiendo realizar un control sustantivo en el caso concreto, lo que genera una disfuncionalidad estructural del sistema de justicia constitucional.

V. COMENTARIOS A LAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL JURISDICCIONAL

Se busca seguridad jurídica, se busca evitar que las veleidades de la política se impregnen en la labor jurisdiccional, se busca que el Tribunal no sobrepase la frontera que lo divide del legislador. Que no sea solo por el cambio de magistrados que lo que en un momento es de un color se convierta en otro, sin que se aprecie un cambio en la estructura de la apreciación normativa producto de una transformación social invencible (mutación).

Podemos ver, hoy, como el TC soporta el hecho de que en una demanda interpuesta por congresistas sea el propio representante de los congresistas quien demanda la inconstitucionalidad, el que pida, en audiencia pública, que su demanda sea rechazada, y que como consecuencia de ello se declare constitucional la ley que ‘impugna’, todo ello para evitar que dicha ley sea inaplicada en sede del Poder Judicial. Es evidente que el caso es expresión de la anomalía y produce una instrumentalización del proceso de inconstitucionalidad. El caso es el signado con el número 0008-2022-PI/TC.

³ El artículo 4 de la ley vigente al momento de emitirse el voto singular disponía lo mismo que ahora se dispone en los artículos 107 del Código Procesal Constitucional y 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y el artículo 39 citado en el voto singular se reproduce en su mismo sentido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El TC se ha decantado por declarar improcedentes las demandas en casos concretos cuando ya se ha resuelto con anterioridad un proceso de inconstitucionalidad y este ha sido declarado infundado por no alcanzarse los votos suficientes para su declaratoria de inconstitucionalidad. Advierto, en justicia, una posición disidente que en la actualidad esgrime el magistrado Ochoa Cardish y que postula que la constitucionalización formal de las leyes no tiene la altura ni la consecuencia de la declaratoria de una sentencia con calidad de cosa juzgada respecto de la constitucionalidad o la inconstitucionalidad que se hubiera postulado.

Pero el problema, que solo es un botón, subsiste aún cuando se ha transitado mucho en los modelos de interpretación que deberían ser exigidos en el ejercicio de la función jurisdiccional constitucional. Como recuerda Fernández Segado a Kelsen, algunos elementos de valor general deben tener la jurisdicción constitucional entre los que se encuentran la mayor cualificación técnica de sus miembros, la exclusión de miembros de instancias políticas y el rechazo del influjo político en la jurisprudencia constitucional (1997, p. 206).

Ahora somos testigos de la tramitación de una serie de proyectos de ley que buscan ampliar las competencias del TC, esto no necesariamente es una buena señal, no solo porque los proyectos no abordan la problemática de un modelo que genera múltiples ineficiencias y desalientos, sino porque, en mi opinión, se considera que el TC puede ser secuestrado desde su elección o puede ser amenazado desde el control político que se busca ejercer sobre sus miembros. Este solo asunto es un tema que merecería una extensa investigación jurídico-política.

Ahora, hemos revisado tres proyectos, dos de ellos persiguen más o menos lo mismo, el Proyecto de Ley 9171/2024-CR y el Proyecto de Ley 9638/2024-CR.

Lo que se propone en ambos proyectos es que ya no sea la Corte Suprema la que dictamine como un cierre la posible inaplicación de una ley por incompatibilidad con la Constitución aplicable al caso concreto. Se señala que tal normativa se afina en un modelo en el que no hay un TC que es el supremo intérprete de la Constitución, y que al derivar a él los casos en los que se advierte una posible incompatibilidad de la ley con la Constitución producirá uniformidad y mayor seguridad jurídica.

Las propuestas descuidan lo establecido en el artículo 138 de la Constitución, que establece el carácter jerarquizado del Poder Judicial y que la

iurisdictio corresponde al Poder Judicial, remitiéndose a la ley la configuración del ejercicio de tal poder, señalando, además, expresamente, que es deber de los jueces preferir la Constitución a la ley en cualquiera de los procesos que están a su cargo.

Precisamente, es la consulta la fórmula que busca compatibilizar el poder-deber de los jueces con el peligro de la atomización del criterio jurisdiccional que ponga en riesgo a la ley. En todo caso, frente a una resolución que resuelva la consulta sobre la inaplicación de una ley puede ser sometida al control constitucional de las resoluciones judiciales.

Por otro lado, se pretende establecer una nueva competencia del TC que, en mi criterio, requieren de la reforma constitucional, y que probablemente desemboque en el debate de la funcionalidad del modelo concentrado por excelencia. La solución en tal modelo único le brinda a los jueces la opción de recurrir al TC a través de la denominada cuestión de inconstitucionalidad en una suerte de demandantes en un proceso de inconstitucionalidad (que no prescribe) e instauran, a partir de los casos que tiene que resolver la 'consulta', siendo que este —el TC— resuelve en abstracto como si de una demanda de inconstitucionalidad se tratara y si la ley es expulsada ya no puede ser aplicada al caso concreto, y si no, este deberá ser resuelto aplicándosele la ley. Como se ve, en el modelo concentrado, no hay cabida para el control difuso.

El otro Proyecto de Ley 9350/2024-CR del Congreso de la República, con el que me encuentro conforme por las notas antes vertidas y que se encuentra en reconsideración en dicha sede, contempla incrementar el número de magistrados del TC de siete a nueve, mediante la reforma constitucional, los que serán elegidos por el senado con el voto de los dos tercios del número legal de sus miembros conforme lo ha dispuesto la Ley de Reforma Constitucional 31988. Pero en este proyecto se agrega otra modificación que merecería otro estudio, y es la ampliación del recurso de agravio constitucional (recurso extraordinario) para los procesos de la libertad y de cumplimiento, de modo que ya no solo se limite a las resoluciones denegatorias dictadas en dichos procesos por el Poder Judicial, sino que excepcionalmente también pueda conocer sobre las sentencias que se declararon fundadas en segunda instancia. El ánimo que impulsa este cambio es, en mi opinión, una vez más, el de la desconfianza hacia el Poder Judicial y el control difuso que se pueda desarrollar en esa sede, y se plantea esta fórmula en la medida en que se concibe al TC como un órgano con mayor posibilidad de ser controlado por el Poder Legislativo, ello porque su composición nace en su integridad desde la elec-

ción en esa sede (a partir de la reforma constitucional desde el Senado).

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El modelo peruano es disfuncional y no es propicio para una adecuada defensa de la constitucionalidad, en la medida en que se advierten espacios para que prospere el disenso y la politización de la justicia constitucional.

La concepción de la Constitución y los derechos fundamentales como un sistema de valores y su relación con los bienes y principios de dignidad de la persona del Estado social y democrático, brindan un marco suficiente para el desarrollo de una jurisprudencia fornida y espacios suficientes al legislador para expresar mediante la ley una voluntad política que exprese la representación nacional.

Los principios de interpretación y el principio de proporcionalidad se han venido nutriendo de la dogmática constitucional y de la jurisprudencia comparada, así como de los dictados de los Tribunales supranacionales. La rigurosidad de la motivación y la amplia deliberación en búsqueda de consensos en el TC es suficiente para exigir que la racionalidad jurídica no se convierta en decisionismo y se introduzca la politización de la justicia constitucional.

Las disposiciones que se han detectado como problemas producen una hipertrofia del principio de presunción de constitucionalidad, y la permanencia de posibles afectaciones permanentes de derechos constitucionales, por el fenómeno de 'constitucionalización de la ley', por mandato de la propia ley, y no por el consenso adoptado en el órgano de control de la Constitución, o por la propia aplicación del control difuso en circunstancias excepcionales.

Dicho lo anterior, considero que se deben estudiar propuestas que permitan una solución al problema descrito y lanzo algunas con el ánimo provocador, pero siempre en la búsqueda de que se aliente el consenso en la toma de decisiones del Tribunal Constitucional en un espacio deliberativo institucionalizado⁴.

Considero que se deben debatir las reformas de los artículos antes mencionados por lo que propongo se estudie lo siguiente:

- La reforma del artículo 201 de la Constitución Política del Perú para aumentar el número de los Magistrados del TC como mínimo a 10 magistrados, además de establecer el nombramiento de suplentes y regular su participación. A lo dicho, considero que la duración del mandato debe ampliarse de 5 años a, por lo menos, 8 años.
- El *quorum* para el funcionamiento de la Sala Plena debe ser de 8 magistrados y, por lo tanto, deben ser reformados los artículos respectivos del Código Procesal Constitucional y de la LOTC.
- La reforma del Código Procesal Constitucional y la LOTC, disponiendo que, con la mayoría simple, en cada uno de los supuestos, se resuelve el proceso de inconstitucionalidad, independientemente de su sentido resolutorio. Por ejemplo, con 10 magistrados cualquiera de las posiciones que alcance 6 votos conformes; y si son 8 magistrados participantes, la mayoría será la que alcance los 5 votos conformes.
- Se debe institucionalizar en el Código Procesal Constitucional que el fallo de mayoría debe ser compatible en su *ratio decidendi*; esto forzará la búsqueda de consenso y generará predictibilidad y verdadera resolución de la causa.
- Se debe estudiar la fórmula normativa que postule que cuando un proceso de inconstitucionalidad es declarado improcedente o infundado se pueda permitir, excepcionalmente, la consulta al TC cuando en un caso concreto se advierta que los hechos no se subsumen en las normas adscritas que se han desarrollado en los fundamentos de la sentencia de inconstitucionalidad. ¶

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara expresamente que no existen conflictos de intereses que hayan influido en la elaboración, evaluación ni publicación del presente artículo.

FUENTES DE FINANCIACIÓN

El autor declara que no ha recibido financiamiento externo para la realización de la presente investigación.

⁴ La ex magistrada del Tribunal Federal Alemán, Gertrude Lübke Wolf, ha publicado un extraordinario artículo que se nutre de su experiencia como magistrada constitucional con el título: Why is the German Federal Constitutional Court a Deliberative Court, and Why is that a Good Thing? A Comparative Assessment. Y que ha sido reproducido en español por la Revista Pensamiento Constitucional (2020, pp. 149-176).

ESTÁNDARES ÉTICOS

El autor manifiesta que esta investigación ha sido desarrollada conforme con los principios y estándares éticos aplicables a la labor académica e investigativa.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Editorial Cordilleras.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2005). Tribunal Constitucional, Legislador y principio de proporcionalidad: una respuesta a Gloria Lopera. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (74), 381-410. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1993791>
- Bidart Campos, G. (1967). *Derecho Político*. Aguilar.
- Blume Fortini, E. (1996). El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución. *Derecho PUCP*, (50), 125-205. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.005>
- Campderrich, R. (2005). *La palabra de Behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*. Trotta.
- Carpio Marcos, E. (enero de 1999). *Revistas.juridicas.unam.mx/*. (I. d. México, Ed.) Recuperado el 12 de mayo de 2025, de Boletín Mexicano e Derecho Comparado.
- Cruz, L. (2005). *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. COMARES.
- De Asís Roig, R. (2008). Sobre el defensor de la Constitución. *Foro Jurídico*, (8), 13-23. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18491>
- Endicott, T. (2016). Comity entre autoridades. *EU-NOMIA: Revista en cultura de la legalidad*, (11), 9-29. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/es/article/view/3277>
- Fernández Segado, F. (1997). Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. *Pensamiento constitucional*, 4(4), 167-216. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3302>
- (1997). Los inicios del control de la constitucionalidad en Iberoamerica: del control político al control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17(49), 79-118. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79575>
- (2007). Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 119-190. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2268>
- Ferrajoli, L. (2025). *Contra el creacionismo judicial. Interpretación y argumentación equitativa desde el positivismo garantista*. Palestra Europa.
- García Belaunde, D. (2003). Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979). *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (4), 1-14. <https://garciabelaunde.com/articulos/>
- Grández Castro, P. (2022). *El control constitucional difuso y el control convencional: algunos problemas de articulación*. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.
- (2010). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano*. Palestra del Tribunal Constitucional.
- Hamilton, A. (1788). *Federalist Papers: Primary Documents in American History*. <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>
- Kelsen, H. (1988). *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (14), 249-300. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-15-enerodiciembre-2011/la-garantia-jurisdiccional-de-la-constitucion-la-justicia-constitucional-1>
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes*. Librería General de Victoriano Suarez. <https://archive.org/details/H31643/mode/2up>
- Nieva Fenoll, J. (2020). El origen inglés de la casación francesa. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, (1), 83-100. <https://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/el-origen-ingles-de-la-casacion-francesa>
- Peralta Martínez, R. (2007). Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional. *Pensa-*

miento constitucional, (12), 374-400. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamiento-constitucional/article/view/2429/2381>

Planas Silva, P. (2002). El caso “Luis Pardo”: leading case sobre el control de inaplicabilidad de las leyes en el Perú. *IUS ET VERITAS*, 13(25), 365-377. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16222>

Pritchett, C. H. (1965). *La Constitución Americana*. Tipografía Editora Argentina.

Radbruch, G. (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica

Rodríguez Álvarez, J. L. (2002). Las primeras controversias sobre el control judicial de la constitucionalidad en Alemania: la cuestión del Richterliches Prüfungsrecht; durante el siglo XIX. *La democracia constitucional*, 2, 1503-1524. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=806994>

Rodríguez Santander, R. (2007). *El precedente constitucional en el Perú*. Palestra del Tribunal Constitucional.

(2022). *Razonamiento Jurídico y Estado Constitucional: una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*. Palestra.

Saiz Arnaiz, A. (2024). La expansión de la justicia constitucional en Europa: 1945-200. En Ferrer Mac-Gregor, E. (Cord.), *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España*. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/la-garantia-jurisdiccional-de-la-constitucion-cien-anos-del-verfassungsgerichtshof-osterreicha>

Schmitt, C. (1985). *Teología Política*. Struhart & Cía.

Seoane, G. (1919). *Dictámenes Fiscales 1914 a 1920* (tomo II). Gloria.

Soria Luján, D. (2001). La defensa política de la Constitución del Perú en el siglo IX (1839-1855). *Revista de Estudios Jurídicos*, (23), 525-545. <https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/346>

Constitucional, T. (2021). *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (13). <https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/issue/view/13>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión Reformadora del Código Civil. (1923). Actas de las sesiones de la Comisión reformadora del Código civil peruano, creada por Supremo decreto de 26 de agosto de 1922. El Progreso editorial.

Ley 4007, Cortando todos los juicios y procedimientos judiciales iniciados y que pueden iniciarse contra las autoridades políticas por actos practicados para conservar el orden, Asamblea Nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de noviembre de 1919 (Perú).

Ley de Reforma Constitucional de los artículos 201 y 202 de la Constitución Política del Perú, a fin de fortalecer la jurisdicción constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de diciembre de 2024 (Perú).

Proyecto de ley que modifica el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre el control difuso, Congreso de la República, 11 de octubre de 2024 (Perú).

Proyecto de ley que modifica el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y otros, Congreso de la República, 27 de noviembre de 2024 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 19 de diciembre de 1996, sentencia recaída en el Expediente 005-96-I/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de julio de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0002-2019-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de diciembre de 1996, sentencia recaída en el Expediente 005-96-I/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de julio de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0002-2019-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 4 de octubre de 2018, sentencia recaída en el Expediente 01436-2017-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de mayo de 2004, sentencia recaída en el Expediente 020-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de julio de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0002-2019-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú (2017). Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado 1931. Centro de Estudios Constitucionales.

Tribunal Constitucional del Perú (2018). Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías

Constitucionales. Procesos de inconstitucionalidad. Centro de Estudios Constitucionales.

Caso Casación 1622-2022-LIMA (Tercera Sala Constitucional y Social Transitoria 19 de marzo de 2025).