



LA FORMACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (SISTEMA DE CONTROL DIFUSO) Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

*Carlos Alejandro Cornejo Guerrero**
Pontificia Universidad Católica del Perú
cacornejo@pucp.edu.pe

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad determinar cómo ha sido la formación del sistema de justicia de control de constitucionalidad difuso de los Estados Unidos de América y la influencia que este ha tenido en el sistema de justicia de control de constitucionalidad en el Perú.

En el trabajo —que parte de una base histórica jurídica— se ha considerado indispensable iniciar el estudio con la explicación de cómo era la organización institucional y jurídica de los Estados Unidos de América antes de su independencia, para poder saber cómo era la tradición histórica-jurídica que le precedía y que explicaría su sistema de justicia de control de constitucionalidad, una vez ocurrida en 1776.

Luego, examinamos las características del sistema de control de constitucionalidad difuso de los Estados Unidos de América, la influencia que este ha tenido en el mundo y en el Perú, presentando finalmente unas conclusiones sobre el tema.

Palabras clave: Control difuso, Perú, E.U.A.

THE FORMATION OF THE CONSTITUTIONAL CONTROL JUSTICE SYSTEM IN THE UNITED STATES OF AMERICA (DIFFUSE CONTROL SYSTEM) AND ITS INFLUENCE IN THE CONSTITUTIONALITY CONTROL JUSTICE SYSTEM IN PERU

* Abogado, magíster en Derecho Civil y doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima. Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de diversos libros y artículos de su especialidad, entre los que destacan: *Derecho de Marcas* (3 ediciones), *Los Orígenes de la Marca* y *Los derechos fundamentales como guía de la interpretación jurídica*. La filiación de este artículo es a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Abstract: The purpose of this paper is to determine the formation of the justice system of control of the diffuse constitutionality of the United States of America and the influence it has had in the justice system of control of constitutionality in Peru.

In the work —which starts from a legal historical basis— it has been considered indispensable to start the study with the explanation of what the institutional and legal organization of the United States of America was like before its independence, in order to know what the legal historical tradition was, that preceded it and that would explain its justice system of control of constitutionality, once the independence occurred in 1776.

We then examine the characteristics of the diffuse constitutional control system of the United States of America, the influence it has had on the world and in Peru, finally presenting conclusions on the subject.

Keywords: Control diffuse, Peru, E.U.A.

1. La organización institucional y jurídica de los Estados Unidos de América antes de su independencia

Es necesario partir de la situación que acaeció en América del Norte desde que empezó la colonización hasta la independencia. Se había llegado a fundar 13 colonias británicas, rigiéndose cada una de ellas por su Carta Colonial de fundación otorgada por el Rey de Inglaterra.

En la Carta Colonial se fijaban los siguientes aspectos:

- a) Las reglas de gobierno de la Colonia.
- b) La creación de una asamblea legislativa compuesta por los burgueses de esa colonia.
- c) Las leyes aprobadas por la asamblea legislativa no podían ir en contra de la Carta Colonial.
- d) Las leyes aprobadas por la asamblea legislativa iban a ser aplicadas por jueces nombrados por el Rey¹.

Es necesario tener en cuenta que

¹ A la postre, los norteamericanos también reclamarán al Rey que los jueces sean nombrados por él. En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América se dice: “... En el orden judicial, ha obstruido la administración de justicia, oponiéndose a las leyes necesarias para consolidar la autoridad de los tribunales, creando jueces que dependen de su voluntad, por recibir de él el nombramiento de sus empleos y pago de sus sueldos, y mandando un enjambre de oficiales para oprimir a nuestro pueblo y empobrecido con sus estafas y rapiñas”.

... la actividad de asambleas coloniales, no obstante su autonomía, no resultaba en leyes con rango de supremacía; aunque aplicables a la colonia respectiva, las normas emanadas de las asambleas estaban situadas – en jerarquía – debajo de otras, como por ejemplo las *charters*, las decisiones del Privy Council o las leyes del Parlamento. (Gonzales, 2011, p. 22)

Es decir, ya desde ese momento estaba presente la idea de la jerarquía de las normas y de la existencia de una norma superior y fundamental, que en su ámbito era la Carta Colonial, pero en el Imperio Británico era la Constitución inglesa no escrita y su expresión soberana en el Parlamento.

La idea de una jerarquía normativa, por la que la validez de una norma depende de su concordancia para con la norma superior, venía en realidad desde la tradición jurídica medieval y ya estaba completamente asentada en la educación jurídica inglesa de los siglos XV y XVI. El tratadista St. German explicaba, en el año 1520, un diseño normativo que comprendía la superposición jerárquica entre ley eterna, ley natural, ley de Dios y ley humana; luego, mucho después, el jurista Blackstone reformulará los mencionados niveles en ley natural, ley divina y ley del hombre (Hamburguer, como se citó en Gonzales, 2011, pp. 21-22). El *common law* se situaba por encima de las actuaciones de la Corona. Una muestra es el Caso de las proclamaciones en el año 1620, en el que la Corte de Causas Comunes, con la presidencia del juez Coke, declaró que las proclamaciones utilizadas por el rey Jacobo I para crear nuevos tipos delictivos, no podían modificar el *common law* y no eran válidas; cualquier proclamación del rey contraria a la razón y al *common law* era nula (como se citó en Gonzales, 2011, p. 23).

Los norteamericanos, quienes en la misma Declaración de Independencia se reconocen como “ingleses”², continuaban esta tradición de jerarquía de las normas en su sistema jurídico.

También es de observarse que en las colonias británicas de América del Norte, quien decidía si una ley aprobada por la asamblea legislativa iba en contra de la Carta Colonial eran los jueces. Es decir, en la tradición histórica-jurídica estadounidense estaba

² Ello se deduce de varias partes de la Declaración: “Cuando en el curso de los acontecimientos se hace necesario que un pueblo disuelva los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tome entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual que las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que la impulsan a la separación.

... Tampoco hemos faltado a la consideración debida hacia nuestros hermanos los habitantes de la Gran Bretaña; les hemos advertido de tiempo en tiempo del atentado cometido por su legislatura en extender una ilegítima jurisdicción sobre las nuestras. Les hemos recordado las circunstancias de nuestra emigración y establecimiento en estos países; hemos apelado a su natural justicia y magnanimidad, conjurándolos por los vínculos de nuestro origen común a renunciar a esas usurpaciones que inevitablemente acabarían por interrumpir nuestra correspondencia y conexiones. También se han mostrado sordos a la voz de la justicia y consanguinidad. Debemos, por tanto, someternos a la necesidad que anuncia nuestra separación, y tratarlos como al resto del género humano: enemigos en la guerra y amigos en la paz”.

muy presente que la ley no era la máxima norma jurídica, porque tenía por límite la Carta Colonial; esta era la norma suprema, la ley fundamental para la Colonia.

En los Estados Unidos de América ha existido esta tradición durante siglos, los habitantes de las colonias que serían los nuevos ciudadanos norteamericanos estaban acostumbrados a este diseño normativo.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que las colonias británicas funcionaban de una manera muy parecida a un estado federal. Cada Colonia tenía su gobierno, su asamblea legislativa, unos jueces y su Carta Colonial; y en el Reino Unido había una Constitución no escrita consuetudinaria, un parlamento, unos jueces y el Rey. Las Colonias no tenían relaciones entre sí y cada Colonia se relacionaba con la metrópoli; entonces se puede ver una organización de estado federal de las colonias desde antes de la independencia.

Los norteamericanos tenían muy en claro que el Parlamento podía ser un tirano. En cambio, en Europa, por la lucha con el antiguo régimen, el parlamento representaba la libertad frente a él, el Parlamento era la expresión soberana de la burguesía en un sistema de democracia liberal. En Estados Unidos de Norteamérica, donde no hubo Antiguo Régimen, y su Carta Colonial se situaba jerárquicamente por debajo de las leyes inglesas, creían visionariamente que el Parlamento podía ser un tirano y que tenía que ser limitado, por lo que al igual que la Carta Colonial antes de la independencia respecto de sus asambleas legislativas coloniales; ese límite lo debía imponer la Constitución³. Además, de acuerdo con Harrington, a

... la fiebre democrática inicial de apoyo entusiasta hacia las legislaturas estatales, le siguió desilusión y desencanto generalizado respecto de las leyes por estas aprobadas. La tiranía de las mayorías hizo presencia, mediante ataques injustos y arbitrarios dirigidos contra derechos y libertades básicas a saber, como el juicio por jurado y la propiedad individual. (como se citó en Gonzales, 2011, p. 24)

En Estados Unidos de América no solo hay una estricta separación de poderes entre legislativo, ejecutivo y judicial, sino que hay, además de eso, una estricta separación del poder entre las autoridades federales y las autoridades estatales. Entre el grave proceso federal y la legislatura de los estados, ciertas materias son reguladas por el poder federal y otras materias son reguladas por los poderes estatales.

³ Efectivamente, en Europa durante el período de entreguerras, el partido fascista ganó las elecciones en Italia y el partido nacionalsocialista logró lo mismo en Alemania. La dictadura en Italia y Alemania llegó desde el Parlamento, donde se liquidó todo régimen constitucional, convirtiéndose en estados totalitarios.

Como se ha podido apreciar, tanto el federalismo como el concepto de Constitución en los Estados Unidos de América, son fruto de la forma de ser permanente del pueblo norteamericano, de su historia, tradiciones y costumbres.

2. El sistema de justicia de control de constitucionalidad en los inicios de la vida independiente de los Estados Unidos de América

Como hemos visto, desde la época de las colonias británicas, hay una larga tradición de la existencia de una norma fundamental y suprema que determinaba la validez de las leyes y actuaciones de gobierno y administración de los colonos.

En Inglaterra había un conjunto de instituciones, tradiciones y costumbres orientadas al bien común que organizaban la comunidad y que provenían de la razón y sabiduría ancestral del pueblo inglés. Este cuerpo normativo no estaba escrito, venía ligado al desarrollo del *common law* y tenía un carácter fundamental; es decir, era su Constitución.

La Constitución inglesa devino en el siglo XVII en el principio inamovible que el Parlamento era el depositario de la soberanía; el poder había sido cedido por el Rey, como consecuencia de un pacto entre la nobleza y los burgueses, entendiéndose que el mayor poder era el que ostentaba el Parlamento. Como aseveraba firmemente Blackstone: “si el parlamento adopta una [ley] irrazonable, no conozco yo poder alguno que pueda controlarla” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 20).

Aunque fuera claro que el Parlamento era el depositario de la soberanía, ello no colisionaba en sí mismo con el concepto de Constitución como norma fundamental. De acuerdo con Harrington, había consenso que el Parlamento actuaba bajo los postulados de la ley de Dios y teniendo a la Constitución como límite; además de ello, había el control político en manos del electorado y como *última ratio* para castigar a un legislativo transgresor de la ley fundamental, estaba la revolución (como se citó en Gonzales, 2011, pp. 20-21).

Como hemos mencionado, la forma de organización y gobierno de las colonias británicas era muy parecida a la de un estado federal, lo que le daba una amplia autonomía y espacio para conducirse; permitiéndoles una vez independizadas, apartarse tanto de la idea del Parlamento como depositario de la soberanía, como del carácter consuetudinario, no escrito de la Constitución.

De acuerdo con Mccaffee, los colonos entendieron que la Corona Británica había incumplido la Constitución no escrita (como se citó en Gonzales, 2011, p. 21) y no había respetado sus Cartas Coloniales. Efectivamente, según Thorpe, en la misma Declaración

de Independencia Norteamericana, los firmantes se reconocen como “ingleses”, aunque afirman que el Parlamento Británico es una jurisdicción “ajena a su constitución y desconocida por sus propias leyes”, pues él ha destruido “el sistema libre de leyes inglesas”. También se acusa al Rey de Inglaterra de “despojarnos de nuestras Cartas, abolir nuestras leyes más preciadas y alterar fundamentalmente nuestras formas de gobierno” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 21).

Una vez ocurrida la independencia, hubo la necesidad de organizar nuevos gobiernos en las diferentes ex-colonias británicas lo que se consagrará en una Constitución escrita como documento fundacional y fundamental, que además estaba por encima de la supremacía del Parlamento.

En la Convención Constituyente estadounidense, tanto aquellos a favor como en contra del establecimiento de un órgano de control de constitucionalidad, reconocieron que las Cortes podrían revisar la validez de una ley del Congreso; lo que era acorde con el tratamiento doctrinario que recibiría el tema desde finales del siglo XVIII, entre otros por Justice Samuel Chase en su célebre carta a John Marshall del 24 de abril de 1802 y por Alexander Hamilton en el *Federalista* (Sagués, 2007, p. 143).

En la sentencia *Vanhorne’s Lessee vs. Dorrance*, de 1795 (p. 308), de la Corte federal del Circuito de Pennsylvania, se señala que es muy difícil

... definir lo que es la Constitución en Inglaterra puesto que, al carecer de escritura su certeza y precisión, está a merced del Parlamento ... cediendo a ... sus caprichos y humor; ... [por el contrario, en Estados Unidos] cada Estado de la Unión encuentra que su Constitución disfruta de exactitud y precisión plasmadas por escrito. (como se citó en Gonzales, 2011, p. 26)

La sentencia *Marbury vs. Madison*, nos da también un testimonio del pensamiento de la época en Estados Unidos de América, considerándose que “el pueblo tiene un derecho originario a establecer para su gobierno futuro, aquellos principios ... concebidos como fundamentales. Y puesto que la autoridad de la cual proceden es suprema ..., éstos principios están diseñados para ser permanentes” (p.176). El pueblo “organiza al gobierno y atribuye los poderes respectivos a diferentes departamentos ... [con] ciertos límites que no pueden ser transgredidos por éstos” ..., “para que estos límites no sean olvidados ni malinterpretados” la Constitución está escrita (p.176). Por ello, quienes “han adoptado constituciones escritas, las consideran como la ley suprema y fundamental de la nación” (p. 177) (como se citó en Gonzales, 2011, p. 18).

Luego de la independencia norteamericana, los diferentes Estados se dieron sus propias Constituciones y luego, aproximadamente 10 años más tarde, se dio la Constitución de los Estados Unidos de América. En base a los principios mencionados y a la tradición histórica norteamericana, tanto los tribunales estatales como los federales comenzaron a hacer el control de constitucionalidad, considerando que la Constitución era la norma suprema y que una norma de inferior jerarquía contraria a ella no podía ser Derecho.

Por ejemplo, en el caso *Commonwealth vs. Caton*, de 1782, solo 6 años después de la independencia de los Estados Unidos, la Corte de Apelaciones de Virginia sostuvo la constitucionalidad de la Ley de Traición aprobada en la legislatura del mismo Estado, respecto de un caso en el que tres americanos fueron condenados a muerte por ayudar a tropas británicas. Según la Corte, cuando existen desacuerdos entre el ejecutivo y el legislativo, son “los tribunales los llamados a declarar el Derecho, de manera imparcial, entre aquellos. Así, ... las funciones respectivas son reafirmadas, y los límites de autoridad establecidos pacíficamente” (p. 7), Si el legislativo “se atreviera a traspasar los límites impuestos sobre él por el pueblo, entonces [nosotros] ... señalando hacia la Constitución diremos *hasta aquí llega el límite de su autoridad ... y no va más allá*”. La Corte también señala que “nosotros contamos con un registro escrito del contrato social aceptado por los ciudadanos de este Estado; ... [que se erige como] un acto declarativo de los derechos de los ciudadanos, a la vez que formativo de su gobierno”. Asimismo, indica que “la sabiduría y prudencia del legislativo evitarán dicha desagradable ocasión, ... al lograr que los principios de la Constitución sean la regla inspiradora del espíritu de las leyes” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 26).

En la ya referida sentencia *Vanhome’s Lessee vs. Dorrance*, de 1795 (p.308-310), la Corte federal del Circuito de Pennsylvania, al preguntarse por el concepto de Constitución, el tribunal declara que esta encuentra su origen

...en la mano poderosa del pueblo, en la que se consagran los principios ciertos de las leyes fundamentales;... [ella] contiene la voluntad permanente de la comunidad y se levanta como norma suprema de la nación, ... [por lo que] es superior a cualquier poder de la legislatura y sólo podrá ser revocada o alterada por la autoridad que la estableció.

La Corte asimismo señala que la Constitución proviene “de la capacidad soberana, original e ilimitada del pueblo”, mientras que la ley emana del poder legislativo, cuya voluntad es subordinada y derivada. Las legislaturas “son creación de la Constitución y derivan su poder de ésta, ... por lo que las leyes han de ser congruentes con la misma, o de lo

contrario serán inválidas”. La sentencia concluye declarando que la ley atacada —la cual en la reasignación de títulos despojaba a ciudadanos de su propiedad sin compensación justa— es “contraria a principios de lealtad social de un gobierno libre ..., y contradice tanto la letra como el espíritu de la Constitución” (como se citó en Gonzales, 2011, p. 26).

En el caso *Hylton vs. United States*, en el año 1796, la Corte Suprema de los Estados Unidos, se pronuncia sobre una ley del Congreso federal que permitía el cobro de impuestos sobre carruajes. La Corte decidió sostener la validez de la ley cuestionada. Sin embargo, los magistrados hicieron importantes apreciaciones sobre el control de constitucionalidad. El magistrado Chase consideró innecesario discutir si la Corte tenía poder para invalidar una ley del Congreso; no obstante, señaló que “si la Corte posee dicho poder soy libre para decir que ... lo ejercitaré” (p. 175). El magistrado Iredell hizo constar que “estoy de acuerdo con la opinión de mis compañeros respecto a que el impuesto en cuestión es conforme a la Constitución” (p. 181) (como se citó en Gonzales, 2011, pp. 26-27).

Según el profesor Treanor, hubo en realidad por lo menos treinta y ocho decisiones judiciales anteriores al célebre caso *Marbury vs. Madison*, en las que jueces y tribunales estadounidenses, sean estatales o federales, ejercitaron la función de control constitucional sobre las leyes (como se citó en Gonzales, 2011, p. 24). No obstante, la sentencia *Marbury vs. Madison* del año 1803, es la primera decisión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ejerce el control de constitucionalidad y no aplica para el caso concreto, una ley del Congreso Federal, corroborando así una larga tradición de control de las normas inferiores respecto de las superiores, que venía no solo desde las decisiones tomadas por la judicatura desde la independencia, sino desde la formación de las colonias e inclusive antes, a través de la educación jurídica inglesa.

El caso *Marbury vs. Madison* se presenta a raíz de la reclamación que hace William Marbury al gobierno de Jefferson, por la negativa de instalarlo como Juez de Paz en el distrito de Columbia. Marbury era parte del grupo de personas leales al presidente saliente John Adams, que habían sido nombradas como jueces en los últimos días de su gobierno (Jueces de la medianoche). El nombramiento —o comisión— nunca fue despachado o entregado a Marbury, por lo que no fue instalado en su cargo.

En esa situación,

Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de *mandamiento* (*Writ de mandamus*) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpla con entregar el decreto de su nombramiento, invocando

una Ley, la *Judiciary Act* de 1789, que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos. (Eto Cruz, 2013, p. 735)

La Corte Suprema, aunque entendió que Marbury tenía derecho al nombramiento, interpretó que la disposición legal que autorizaba la competencia de la misma Corte sobre ciertas materias en instancia originaria, entre ellas la referida al caso bajo examen, era inconstitucional y en consecuencia no podía aplicarla. En la sentencia, la Corte Suprema consagra para sí la facultad de “decir qué es lo que la constitución y otras leyes dicen, así como invalidar aquellos actos de otras ramas del poder que entren en conflicto con la constitución” (como se citó en Sagués, 2007, p. 129).

La pretensión de Marbury, quien era uno de los jueces que había sido nombrado por el presidente Adams y ratificado por el Senado, pero no instalado en su cargo por razones de tiempo por el secretario de estado y posterior *chief of justice* de la Corte Suprema, John Marshall, consistía en que la Corte Suprema en instancia originaria, dicte un mandato al nuevo secretario de estado o al nuevo Presidente, para que lo pusiera en ejercicio de su cargo.

En el contexto político aparece una lucha por el poder entre federalistas (presidente Adams, juez Marshall) y antifederalistas (presidente Jefferson, Madison).

El problema que enfrentaba Marshall era que si la Corte Suprema dictaba la orden para el nombramiento, corría el riesgo de que el Poder Ejecutivo no la cumpliera y así la Corte quedaría debilitada. También existía la posibilidad que dicha orden dejara a los magistrados de la Corte expuestos a que se les inicie juicio político, pues el presidente Jefferson podría invocar la invasión de las atribuciones de otros poderes del Estado. Ello era sumamente peligroso, pues de triunfar, el ejecutivo en funciones y el Senado oficialista, podrían determinar la nueva configuración de la Corte Suprema de Justicia (Sagués, 2007, p. 141).

Marshall debía considerar también la necesidad de que se concrete lo que su grupo político federalista había proyectado para contrapesar el poder del nuevo presidente antifederalista Jefferson: la asunción del cargo de los jueces que había nombrado el Presidente Adams.

En la sentencia se analizaron las siguientes cuestiones:

- a) Si el justiciable tenía derecho a la comisión de puesta en ejercicio del cargo que demanda.

- b) Si tiene tal derecho, si la ley prevé algún remedio para satisfacerlo y si este es adecuado.
- c) Si la Corte Suprema tiene jurisdicción para la expedición de este remedio.

En relación con la primera cuestión, se concluye que el justiciable sí tenía derecho a la comisión de puesta en ejercicio del cargo que demanda, en base a la consideración que el nombramiento se había perfeccionado con la aprobación por el Senado, y que la comisión no hacía al acto de nombramiento (Sagués, 2007, p. 142).

En cuanto a la segunda cuestión, se concluye que la ley sí prevé un remedio adecuado para satisfacer el derecho pretendido, en base a una triple argumentación en el sentido que el gobierno de los Estados Unidos es un gobierno de la ley y no de los hombres; que si no se reconociera un remedio ante la violación de un derecho, el mismo quedaría sin efecto; y que había que distinguir de las cuestiones políticas no justiciables, de aquellas situaciones en las que hay un deber impuesto por la legislatura a la cabeza del departamento o en las que hay de por medio un derecho individual, casos en los cuales el individuo dañado tenía derecho al remedio. También se concluyó en esta cuestión que sí era correcta la utilización del remedio de *writ of mandamus*, dado que la pretensión consiste en generar el orden que satisfaga la puesta en ejercicio del cargo y que para ello no era óbice que el ofensor fuera secretario del Poder Ejecutivo Nacional (Sagués, 2007, p. 142).

Ante el problema generado por la tercera cuestión, se resuelve que la Corte no tenía jurisdicción en instancia originaria para expedir el remedio solicitado. El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América, relativa al Poder Judicial, regula taxativamente la competencia originaria de la Corte, por lo que no es válido que ella sea ampliada o extendida por el Congreso. En este sentido, la *Judiciary Act* de 1789, sec. 13, que disponía autorizar a la Corte a expedir el *writ of mandamus* en instancia originaria, resultaba contraria al artículo III de la Constitución (Sagués, 2007, pp. 142-143).

Específicamente, sobre el control judicial de constitucionalidad por los tribunales federales, en la sentencia se fundamentó que los textos constitucionales son un desprendimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos, y siendo que en los Estados Unidos de América había un gobierno de la ley y no de los hombres, se reclama su respeto; si no se admitiera el control de constitucionalidad, el poder sería ilimitado. La idea de una constitución escrita (rígida) es que ella constituye la ley fundamental de la nación y un acto en conflicto con ella debe ser nulo, de lo que se sigue que solo la ley constitucional es una verdadera ley; y dentro de ese marco, la Constitución obliga a la Corte y a los poderes del Estado. En consecuencia, como es deber del Poder Judicial

decir lo que la ley es, si dos leyes entran en conflicto, la Corte debe decidir conforme a la Constitución (Sagués, 2007, p. 143).

3. El sistema de justicia constitucional difuso de los Estados Unidos de América

En cualquier Estado se debe garantizar la supremacía constitucional, determinando la constitucionalidad definitiva de las normas con rango de Ley.

En la actualidad tenemos dos modelos clásicos de sistemas de justicia constitucional, y también alrededor de ellos algunos sistemas híbridos o mixtos. No obstante, estos modelos clásicos que son el sistema de justicia constitucional difuso y el sistema de justicia constitucional concentrado, han sufrido variaciones teniendo como resultado que difícilmente se puede hablar de existencia real de modelos puros de control de constitucionalidad.

El ejemplo paradigmático del sistema de justicia constitucional difuso es Estados Unidos de América. Este sistema se caracteriza porque cualquier juez puede inaplicar una norma, si la considera que es contraria a la Constitución. El sistema de justicia constitucional es difuso porque todos los órganos del poder judicial vigilan la constitucionalidad de las leyes, y no solo un órgano de manera concentrada, como lo sería por ejemplo un Tribunal Constitucional.

Las características del sistema de control difuso en Estados Unidos de América son las siguientes:

- a) Los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, con ocasión de los conflictos que surjan sobre la validez de ellas ante los órganos de poder judicial; sin embargo, ello no da lugar a una jurisprudencia contradictoria. El tribunal de un Estado puede decir que no aplica una ley por ser inconstitucional y el tribunal de otro Estado, puede decir que sí la aplica porque dice que es constitucional. A pesar de esas situaciones, no se produce una jurisprudencia contradictoria, por el sistema de precedente. Por el sistema de precedente, todos están obligados a resolver de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema. No ocurre jurisprudencia contradictoria por la vinculación al precedente. Si un órgano judicial dice una cosa y otro dice otra, eso llevaría vía la apelación ante la Corte Suprema, que resolverá y cuando la Corte Suprema resuelva todo se habrá solucionado, porque todos tienen que acatar este órgano superior. De esa forma, por la vinculación con el precedente, se produce que no haya esos problemas de predictibilidad.

Cuando el Tribunal Supremo americano resuelve, se aplica dicha resolución al caso concreto. Cuando, por ejemplo, resuelve señalando que es inconstitucional una norma, resuelve solo para el caso concreto, ello solo produce efectos para el caso concreto. Sin embargo, esa resolución para el caso concreto es precedente vinculante para todos los demás casos. De aquí se deduce que en la práctica, las sentencias de los tribunales americanos producen efectos *erga omnes*, como producen los tribunales en Europa; ello ocurre a pesar de su configuración.

- b) El modelo americano de control de constitucionalidad es principalmente incidental, porque se aplica a un caso o controversia concreta. Según el artículo III, Sección 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América: “El Poder Judicial de los Estados Unidos de América residirá en una Corte Suprema y en los Tribunales menores que el Congreso cree y establezca periódicamente. ...”. El Artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, señala que: “El Poder Judicial se extenderá a todos los casos que en Derecho y Equidad surjan bajo esta Constitución, las Leyes de los Estados Unidos y los Tratados celebrados o que se vayan a celebrar bajo su autoridad; ...; - a las Controversias en las que Estados Unidos sea una de las Partes; - a las controversias entre dos o más Estados ...”.

Esa es la regla general, es decir, que en Estados Unidos la impugnación directa de las normas con rango de Ley la hace la Corte Suprema, sin embargo, también hay excepciones; existen mecanismos preventivos por los cuales los jueces, desafían directamente la constitucionalidad de las normas con rango de Ley, hay una serie de mecanismos en virtud del cual se aplica un control preventivo y directo previo a la aplicación de la Ley al caso concreto, pero solo, en virtud a mecanismos que son excepciones. En estos casos excepcionales, los órganos judiciales se pronuncian directamente sobre la constitucionalidad de la Ley.

- c) En tercer lugar, el sistema americano, en la declaración de inconstitucionalidad por el órgano judicial, no tiene eficacia *erga omnes*, pero su decisión respecto al caso particular sobre la declaración de inconstitucionalidad, por el sistema de *Stare Decisis*, se convierte en *erga omnes*. Según Eto Cruz, “... la doctrina del *stare decisis* proyecta la decisión judicial inicial hacia el futuro, tanto en el tiempo como en el espacio. En el tiempo, sirve para vincular a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo. En el espacio, invita a futuros jueces a extender el alcance de la

decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean ampliaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso” (2013, p. 758).

- d) Hay una inexistencia de opiniones consultivas, es decir, los Jueces no actúan ante consultas originadas en los poderes públicos o en particulares (Sagués, 2007, p. 130); no hay, además, ningún mecanismo similar al de cuestión de inconstitucionalidad por el que el juez suspenda un caso porque dude de la constitucionalidad de una norma y espere la decisión que sobre dicho aspecto deba dar un órgano superior del Poder Judicial o un órgano diferente y autónomo que esté fuera del Poder Judicial.
- e) Hay una exigencia de *standing* consistente en daño en el hecho concreto, existencia de nexo causal entre la norma presumiblemente inconstitucional y el daño concreto generado, y que el daño sea subsanable a través del remedio que se pretenda. Ello implica el tratamiento del caso o controversia en el momento adecuado, no si la decisión pudiera ser prematura o abstracta (Sagués, 2007, p. 130).

4. La exportación del sistema de justicia constitucional difuso hacia el mundo y su recepción en el Perú

El Constitucionalismo norteamericano en general ha influido en diversos países del mundo. Dos de los aspectos más saltantes de esta influencia que además están vinculados son a) la idea de la supremacía de una constitución escrita y rígida y b) el control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución.

a) La idea de la supremacía de una constitución escrita y rígida

Ya hemos explicado anteriormente cómo la tradición jurídica-política norteamericana, determinó para esa nación la existencia de una Constitución como norma fundamental y suprema del Estado; también se ha explicado las razones que se tuvieron para que esa Constitución sea escrita. La rigidez de una Constitución escrita es también un aporte del Constitucionalismo norteamericano.

La Constitución norteamericana fue concebida como el freno del pueblo y del valor permanente de libertad, a la acción arbitraria o pasajera del legislador y a las ocurrencias antojadizas de los poderes públicos; una simple mayoría en el gobierno o en el Parlamento, no pueden cambiar los principios fundamentales sin negociar con las minorías (Piza, 1987, p. 64); por ello, se requería de exigencias mucho más altas para su modificación.

El artículo seis, segundo párrafo de la Constitución norteamericana establece claramente su supremacía: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”. Igualmente, su rigidez se trasluce de su artículo 5: “El Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, siempre que dos terceras partes de ambas cámaras lo estimen necesario; o, a petición de las Asambleas Legislativas de dos terceras de los estados, convocará una convención para proponer enmiendas, las cuales, en uno u otro caso, serán válidas para todos los fines y propósitos, como parte de Constitución, cuando las Asambleas Legislativas de las tres cuartas partes de los estados, o las convenciones celebradas en las tres cuartas partes de los mismos, de acuerdo con el modo de ratificación propuesto por el Congreso; Disponiéndose que ninguna enmienda hecha antes del año mil ochocientos ocho afectará en modo alguno los incisos primero y cuarto de la novena sección del primer artículo; y que no se privará a ningún estado, sin su consentimiento, de la igualdad de sufragio en el Senado”.

Como señala Piza Rocafort: “Casi todos los países del mundo —incluidos todos los latinoamericanos— con las excepciones conocidas de Inglaterra y Nueva Zelanda, tienen hoy una Constitución escrita. ... Pero si casi todos las tienen escritas, no todos las tienen efectivamente rígidas. Para la rigidez es necesario. Además de su inscripción constitucional, el pluralismo y pluripartidismo político y el control de constitucionalidad de las leyes” (1987, pp. 64-65).

b) **El control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución**

Este control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución es también un aporte del constitucionalismo estadounidense al mundo.

Los primeros países en recibir la influencia del *judicial review* estadounidense fueron dos latinoamericanos: “el argentino y el mexicano. ... En casi todos los demás países de la América Latina, no fue sino hasta bien entrado este siglo que el principio se estableció. ... El modelo difuso ha sido adoptado, aunque con otros nombres como en México, en la mayoría de los países lati-

noamericanos, en el Japón, en tres países escandinavos, y, en cierta medida, en Suiza, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y en buena parte de las ex colonias británicas. (Piza, 1987, pp. 77-78).

Es también necesario señalar que algunos países como Perú y Guatemala adoptaron un sistema dual o mixto, según el cual no hay una síntesis de los dos sistemas sino una yuxtaposición o suma de los mismos (Piza, 1987, p. 79). Aun cuando se trate de un sistema dual, se ve la influencia de la *judicial review* norteamericana, que como explicaremos más adelante, en el Perú hubo intentos infructuosos de establecerla, desde su Constitución de 1920.

Puede decirse que en los primeros 158 años de la República Peruana, del año 1821 al de 1979, no se instauró ni formal ni realmente un sistema de control de constitucionalidad de las leyes en el Perú. La primera norma que le daba supremacía a la Constitución frente a la ley fue la Constitución de 1856, que sin embargo solo tuvo una vigencia de 4 años y ningún efecto de importancia en el constitucionalismo del país.

El artículo 10 de dicha Constitución señalaba lo siguiente: “Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”.

Esta Constitución podría haber dado inicio a la consolidación del principio de supremacía constitucional y al del control de constitucionalidad de las leyes por el poder judicial, pero al ser su vida tan corta ello no se produjo.

La Constitución de 1860 no consignó ninguna norma similar; tampoco la Constitución de 1920 ni la de 1933. Ello, no obstante, la propuesta del doctor Javier Prado de incluirla en la Constitución de 1920 y la existencia del Anteproyecto de Constitución preparado por la Comisión que presidió Manuel Vicente Villarán, que proponía su introducción, otorgándole al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sujeta a revisión en última instancia por la Corte Suprema, lo cual evidenciaba claramente la influencia del constitucionalismo norteamericano (García Belaunde, 1989, p. 90).

En la Constitución de 1933 se prefirió otorgar al Congreso la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas subordinadas, aun cuando esto no fue suficientemente explicitado. Así en el artículo 26 de dicho cuerpo normativo decía: “Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución”. Asimismo, el artículo 123, al señalar las facultades del Poder Legislativo, establecía en su inciso 4.º: “Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”.

Se trataba de un sistema de control de la legalidad y constitucionalidad ejercido por el mismo Congreso de la República, que no tuvo mucha eficacia en la práctica por cuanto requería que el remedio se diese por el mismo Congreso, vía derogación, modificación o nulidad de cualquier norma que entrase en colisión con la Constitución y, como se comprenderá, es muy difícil que el mismo Congreso acepte que se ha equivocado (García Belaunde, 1989, p. 91).

En esta Constitución también se introdujo la institución de la acción popular (art. 33), para la protección de la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, lo cual tenía el propósito de controlar los actos del poder ejecutivo: “Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, que infrinjan la constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

La falta de consagración definitiva y clara de la supremacía de la Constitución y de un sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes por tantos años, pese a que el sistema se conocía, como muestran las propuestas que se habían presentado para introducirlo, probablemente se puede explicar por razones de orden político (los poderes públicos no quieren tener un límite en la Constitución) y también de orden jurídico, por cuanto había en el Perú mucha influencia de la doctrina de la exégesis francesa que partía de la división de poderes (hay que aplicar la ley de manera literal), y de la teoría de la soberanía del Parlamento (las leyes del parlamento son la expresión del pueblo), que también se recibió de Francia (García Belaunde, 1989, p. 90). Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la mencionada institución no provenía de nuestra cultura histórica constitucional, lo que hacía y hace hasta ahora que su adaptación debida no sea fácil.

Es en la Constitución de 1979 donde se consagra claramente, por lo menos a nivel normativo, la primacía de la Constitución y el sistema de control de constitucionalidad de las leyes por el poder judicial. En el artículo 232 de dicha Constitución se establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen”. Asimismo, el artículo 236 del mismo cuerpo normativo señala que: “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”. Debe también mencionarse que en esta Constitución se encarga el control de constitucionalidad a un órgano distinto del Poder Judicial que es el Tribunal de Garantías Constitucionales

(art. 296). Este Tribunal también conoce de las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y de amparo, una vez que se haya agotado la vía judicial.

Es interesante notar que antes de la dación de la Constitución de 1979, ya el Código Civil de 1936 contenía una norma similar a la del artículo 236 de la Constitución. En el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, se señalaba que: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.

Sin embargo, en la época prevaleció el criterio del vocal de la Corte Suprema Sayán Alvarez, en el sentido que dicha disposición solo debía aplicarse al campo del derecho privado (Ruiz-Eldredge, 1980, p. 303). No obstante, los artículos del Título Preliminar del Código Civil se situaban por su importancia, entre la Constitución y las disposiciones del Código Civil, e históricamente se trataba de un cuerpo normativo que había estado preparado para regir todo el ordenamiento jurídico.

Pese a la dación de esta norma en el Código Civil de 1936, y a su posterior inclusión en las Constituciones, el juez es excesivamente cauto en aplicarla, guiándose principalmente por lo establecido en la Ley.

Solo en los últimos años, se aprecia un cambio de actitud en el Poder Judicial, en relación al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución de 1993, actualmente vigente, sigue el sistema dual de control de constitucionalidad, adoptado por la Constitución de 1979.

5. Características del sistema de justicia de control de constitucionalidad en el Perú

El sistema de control de constitucionalidad difuso se encuentra consagrado actualmente en el artículo 138 de la Constitución de 1993, en los términos siguientes:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

El segundo párrafo del artículo 138 incorpora a su texto el artículo 236 de la Constitución de 1979, mediante el cual se establece el sistema de control difuso de control de constitucionalidad, por los jueces de la república (se hace la referencia a los jueces, pues. en el Perú, en una época se dio la discusión si los órganos administrativos podían hacer control difuso, siendo que el Tribunal Constitucional en un primer momento señaló que sí era posible, pero luego cambió de criterio y negó esta posibilidad).

Según Rubio Correa (1997), para la debida aplicación del control difuso debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) La incompatibilidad no es lo mismo que diversidad: “evidentemente, la regla inferior será diferente a la superior. Si fuera idéntica tendría que desaparecer. Pero la diversidad e incompatibilidad son dos conceptos complementemente distintos. En la diversidad se colocan matices y precisiones. En la incompatibilidad, la norma de un rango y del otro son excluyentes entre sí. Solo con incompatibilidad puede funcionar el control difuso”.
- b) Quien administra justicia “tiene que estar seguro que no existe una forma razonable de encontrar compatibilidad entre las dos normas en conflicto. Si existiera tal posibilidad, no se debe preferir la norma superior y no aplicar la inferior. En otras palabras, el control difuso debe ser aplicado con criterio restrictivo”.
- c) El control difuso “solo puede ser aplicado cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el cual se deba discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma inferior. El control difuso no se ejercita en abstracto, porque ello equivale a una declaración de inconstitucionalidad a través de la acción correspondiente, que debe ser ventilada dentro del respectivo proceso por el Tribunal Constitucional” (p. 16). El no ejercicio del control difuso en abstracto hace patente la influencia del constitucionalismo norteamericano en este tema.

Como se ha señalado, los antecedentes de este sistema de control de constitucionalidad en el Perú, provienen de la denominada *judicial review* norteamericana, en virtud de la cual los Jueces en general, son los que en un caso concreto, deben verificar la constitucionalidad de las normas. Es verdad que la Constitución del Perú, bajo la influencia de la Constitución española de 1978, ha incorporado también el control de constitucionalidad abstracto a través de la instauración de un Tribunal Constitucional, lo cual hace a su sistema mixto o dual.

También debemos tener en cuenta la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 14), que aun cuando refiriéndose al artículo 236 de la Constitución de 1979, resulta aplicable al artículo 138 de la Constitución vigente. Dicho artículo señala:

De conformidad con el artículo 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

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

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

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

Esta disposición debe ser concordada con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial difuso de constitucionalidad y que dispone lo siguiente: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. También, es de observarse que el sistema de control de constitucionalidad difuso, no solo se hace respecto de las leyes con relación a la Constitución, sino también de normas de inferior jerarquía de las legales con relación al mismo cuerpo normativo. No obstante, si se quiere hacer un control de constitucionalidad abstracto, respecto de decretos y resoluciones (normas de menor jerarquía que la ley), se deberá recurrir a la acción popular.

Si contrastamos el sistema difuso de control de constitucionalidad peruano con el de *judicial review* de Estados Unidos de Norteamérica, encontramos por ejemplo que, en este último país, la Corte Suprema de Justicia ocupa la cúspide, ya que se encarga de unificar toda la jurisprudencia. En cambio, en el Perú quien hace esa labor es el Tribunal Constitucional, órgano distinto del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional,

como supremo intérprete de la constitución, realiza paralelamente el control difuso y el control concentrado. El control difuso, a través de resoluciones que constituyen doctrina jurisprudencial o precedentes vinculantes, y el control concentrado, a través de las sentencias normativas emitidas dentro de los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular. Por su parte, la Corte Suprema, actúa como segunda instancia judicial del proceso constitucional de acción popular, y también absuelve las consultas elevadas por los jueces ordinarios respecto de sentencias no impugnadas en las que hubiesen efectuado control difuso.

El Perú tiene un sistema que se erige en base a las fuentes legislativas, y no como el *common law*, en base a su vinculación al precedente. Venimos de una tradición en la que el sistema judicial no está vinculado al precedente y de ahí que aplicar el sistema constitucional de control difuso, generaría cierta inseguridad jurídica. Esta situación se ha ido corrigiendo paulatinamente, no solo por la instauración del sistema de justicia constitucional basado en el precedente vinculante y en la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional, sino sobre todo por la efectiva producción normativa y jurisprudencial del propio Tribunal, así como por la obligatoriedad de su acatamiento por los jueces.

Otro aspecto importante también en el funcionamiento del sistema difuso de control de constitucionalidad en el Perú, es evaluar la cualificación técnica de los jueces. En el Perú, por muchos años, siempre se ha considerado que la calidad de los jueces no es muy alta, y en estas circunstancias difícilmente se atreven a inaplicar una norma legal por ser contraria a la Constitución; hay mucho temor por los jueces a cometer prevaricato.

También es patente —como ya ha sido anotado líneas atrás— que en el Perú, durante todo el siglo XIX y XX, ha habido una fuerte influencia de la doctrina de la exégesis francesa que partía de la división de poderes (hay que aplicar la ley de manera literal), y de la teoría de la soberanía del Parlamento (las leyes del parlamento son la expresión del pueblo), que también se recibió de Francia. Recién en los últimos años y bajo el influjo del constitucionalismo contemporáneo, esta actitud exclusivamente legalista de los jueces ha comenzado a cambiar y ya se aprecia —aunque tímidamente— que los jueces se sirven de esta institución.

6. Conclusiones

- a) La existencia de una jerarquía normativa, por la que la validez de una norma depende de su concordancia para con la norma superior, es producto de una tradición histórico-jurídica de siglos del pueblo norteamericano. Esta tradi-

ción histórico-jurídica desemboca, una vez que se inicia la vida republicana independiente, en uno de los mayores aportes que hace el constitucionalismo norteamericano al mundo: la idea de la supremacía de una Constitución escrita y rígida.

- b) La misma tradición histórico-jurídica norteamericana que desarrolla la idea de la supremacía de una Constitución escrita y rígida, también produce el sistema difuso de control de constitucionalidad por los jueces. Hubo un gran número de decisiones judiciales anteriores al célebre caso *Marbury vs. Madison*, en las que jueces y tribunales estadounidenses, sean estatales o federales, ejercitaron la función de control constitucional sobre las leyes. No obstante, la sentencia *Marbury vs. Madison* del año 1803, es la primera decisión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ejerce el control de la constitucionalidad y no aplica para el caso concreto, una ley del Congreso Federal, corroborando así una larga tradición de control de las normas inferiores respecto de las superiores, que venía no solo desde las decisiones tomadas por la judicatura desde la independencia, sino desde la formación de las colonias e inclusive antes, a través de la educación jurídica inglesa.
- c) El ejemplo paradigmático del sistema de justicia constitucional difuso es el de Estados Unidos de América. Este sistema se caracteriza porque cualquier juez puede inaplicar una norma, si la considera que es contraria a la Constitución. El sistema de justicia constitucional es difuso porque todos los órganos del poder judicial vigilan la constitucionalidad de las leyes, y no solo un órgano de manera concentrada, como lo sería, por ejemplo, un Tribunal Constitucional.

Las características del sistema de control difuso en Estados Unidos de América son las siguientes:

- Los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, con ocasión de los conflictos que surjan sobre la validez de ellas ante los órganos de poder judicial; sin embargo, ello no da lugar a una jurisprudencia contradictoria debido al sistema de vinculación al precedente. Por este sistema, todos los jueces están obligados a resolver de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, lo cual otorga una gran predictibilidad al sistema.
- El modelo americano de control de constitucionalidad es principalmente incidental, porque se aplica a un caso o controversia concreta, no se hace un control abstracto. Sin embargo, también hay

excepciones; existen mecanismos preventivos por los cuales los jueces, desafían directamente la constitucionalidad de las normas con rango de Ley.

- En tercer lugar, en el sistema difuso americano, la declaración de inconstitucionalidad por el órgano judicial, no tiene eficacia *erga omnes*, pero su decisión respecto al caso particular sobre la declaración de inconstitucionalidad, por el sistema de *Stare Decisis*, se convierte en la práctica en *erga omnes* (Eto Cruz, 2013, pp. 757-758).
 - Hay una inexistencia de opiniones consultivas, es decir, los jueces no actúan ante consultas originadas en los poderes públicos o en particulares; no hay además, ningún mecanismo similar al de la cuestión de inconstitucionalidad por el que el Juez suspenda un caso porque dude de la constitucionalidad de una norma y espere la decisión que sobre dicho aspecto deba dar un órgano superior del Poder Judicial o un órgano diferente y autónomo que esté fuera del Poder Judicial.
 - Hay una exigencia de *standing*, consistente en daño en el hecho concreto, existencia de nexo causal entre la norma presumiblemente inconstitucional y el daño concreto generado, y que el daño sea subsanable a través del remedio que se pretenda. Ello implica el tratamiento del caso o controversia en el momento adecuado, no si la decisión pudiera ser prematura o abstracta.
- d) El Constitucionalismo norteamericano, en general, ha influido en diversos países del mundo. Dos de los aspectos más saltantes de esta influencia que además están vinculados son a) la idea de la supremacía de una constitución escrita y rígida y b) el control de constitucionalidad y sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución.
- En el Perú, la falta de consagración definitiva y clara de la supremacía de la Constitución y de un sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes por tantos años (desde los inicios de la república en 1821 hasta 1979), pese a que el sistema se conocía, probablemente se puede explicar por:
- Razones de orden político (los poderes públicos no quieren tener un límite en la Constitución).
 - Razones de orden jurídico, por cuanto había en el Perú mucha influencia de la doctrina de la exégesis francesa que partía de la división de poderes (hay que aplicar la ley de manera literal), y de la

teoría de la soberanía del Parlamento (las leyes del parlamento son la expresión del pueblo), que también se recibió de Francia.

- Las mencionadas instituciones no provenían de nuestra cultura histórica constitucional, lo que hacía y hace hasta ahora que su adaptación debida no sea fácil.
- e) Es en la Constitución Peruana de 1979 donde se consagra claramente, por lo menos a nivel normativo, la primacía de la Constitución y el sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes por el poder judicial. Pese a ello, los jueces son excesivamente cautos en aplicarla, guiándose principalmente por lo establecido en la Ley, bajo el temor de no cometer prevaricato. Solo en los últimos años se aprecia un cambio de actitud en el Poder Judicial, en relación al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas de inferior jerarquía. La Constitución de 1993, actualmente vigente, sigue el sistema dual de control de constitucionalidad, adoptado por la Constitución de 1979.
- f) El sistema de control de constitucionalidad difuso se encuentra consagrado actualmente en el artículo 138 de la Constitución Peruana de 1993, en los términos siguientes:
- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
- En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.
- En el Perú se suscitó la polémica de si los órganos administrativos podían hacer también control difuso o no. El Tribunal Constitucional en un primer momento resolvió que sí podían y debían hacer control difuso; luego cambió su criterio circunscribiendo esta potestad exclusivamente al poder judicial.
- g) Los antecedentes del sistema de control de constitucionalidad en el Perú provienen de la denominada *judicial review* norteamericana. No obstante, en la Constitución del Perú y bajo la influencia de la Constitución española de 1978, se ha incorporado también el control de constitucionalidad abstracto a través de la instauración de un Tribunal Constitucional, lo cual hace a su sistema mixto o dual.
- h) En el Perú, el sistema de control de constitucionalidad difuso no solo se hace respecto de las leyes con relación a la Constitución, sino también de normas de inferior jerarquía de las legales con relación al mismo cuerpo normativo.

No obstante, si se quiere hacer un control de constitucionalidad abstracto, respecto de decretos y resoluciones (normas de menor jerarquía que la ley), se deberá recurrir a la acción popular.

- i) Si contrastamos el sistema difuso de control de constitucionalidad peruano con el de la *judicial review* de Estados Unidos de Norteamérica, encontramos, por ejemplo, que en este último país la Corte Suprema de Justicia ocupa la cúspide y se encarga de unificar toda la jurisprudencia. En cambio, en el Perú, quien hace esa labor es el Tribunal Constitucional, órgano distinto del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la constitución, realiza paralelamente el control difuso y el control concentrado. El control difuso, a través de resoluciones que constituyen doctrina jurisprudencial o precedentes vinculantes, y el control concentrado, a través de las sentencias normativas emitidas dentro de los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular. Por su parte, la Corte Suprema actúa como segunda instancia judicial del proceso constitucional de acción popular, y también absuelve las consultas elevadas por los jueces ordinarios respecto de sentencias no impugnadas en las que hubiesen efectuado control difuso.

Es importante tener en cuenta que en el Perú, siguiendo una tradición romano-germánica, no funciona el sistema del *Stare Decisis*. El *Stare Decisis*, en un sistema de justicia constitucional difuso, genera diversas consecuencias sobre todo en relación al principio de seguridad jurídica.

El Perú tiene un sistema que se erige en base a las fuentes legislativas, y no como el *common law*, en base a su vinculación al precedente. Venimos de una tradición en la que el sistema judicial no está vinculado al precedente y de ahí que aplicar el sistema constitucional de control difuso, generaría cierta inseguridad jurídica. Esta situación se ha ido corrigiendo paulatinamente no solo por la instauración del sistema de justicia constitucional basado en el precedente vinculante y en la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional, sino sobre todo por la efectiva producción normativa y jurisprudencial del propio Tribunal, así como por la obligatoriedad de su acatamiento por los jueces.

- j) Un aspecto importante en el funcionamiento del sistema difuso de control de constitucionalidad, en el Perú, es la evaluación de la cualificación técnica de los jueces. En el Perú, por muchos años, siempre se ha considerado que la calidad de los jueces no es muy alta, y en estas circunstancias difícilmente se atreven a inaplicar una norma legal por ser contraria a la Constitución; hay mucho temor por los jueces a cometer prevaricato.

Referencias

- Eto Cruz, G. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales* (T. I, 1.ª ed.). ADRUS D & L EDITORES.
- García Belaunde, D. (1989). *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana* (T. I). Editorial y Distribuidora de Libros.
- Gonzales Quintero, R. (2011). Ley Fundamental, Supremacía de la Constitución y Control Constitucional: Una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs. Madison, y a los orígenes de la justicia constitucional. *Jurid. Manizales*, 8(2), 13-29.
- Piza Rocafort, R. (1987). Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2025/5.pdf>
- Rubio Correa, M. (1997). *Estudio de la Constitución Política de 1993* [Tomo V, Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Ruiz-Eldredge, A. (1980). *La Constitución comentada*. Editora Atlántida.
- Sagüés, M. S. (2007). Dinámica Política del Control de Constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América. *Foro Nueva Época*, (5), 125-195.