

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA DE DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

**LA VALORACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR LA
CORTE SUPREMA PERUANA**

**Tesis para optar por el grado de Magistra en Derecho con mención en
Política Jurisdiccional**

Autora: Silvia Milagros Morales Silva

Asesor: Dr. José Francisco, Gálvez Montero

Jurado:

Dr. Gorki Yuri, Gonzales Mantilla (Presidente)

Dr. José Gálvez Montero (Segundo miembro)

Damián Augusto, Gonzales Escudero (Tercer miembro)

LIMA, 2017

Resumen de tesis

La presente tesis parte de un análisis teórico de la operatividad del control difuso que es contrarrestado con datos fácticos a los que se tuvo acceso, para valorar y afirmar de manera inductiva cuál es la operatividad del control difuso, por medio de la revisión del control difuso por la Corte Suprema peruana, con la que se genera un control con la consulta de la decisión que contiene la aplicación de la misma. De esa manera, se cuenta con tres capítulos, en el primero, se aborda los aspectos teóricos del control de constitucionalidad híbrido, control de constitucionalidad difuso; en el segundo capítulo, se desarrolla la operatividad del ejercicio del control difuso, en el que se aprecia no solo los efectos jurídicos de la aplicación de la institución sino también las consecuencias de la operatividad de la misma; y en el tercer capítulo, se realiza una evaluación de la operatividad de la consulta en los casos que se accedió, los cuales datan del 2014, donde la Corte Suprema decidió en consulta la aprobación o no de la aplicación del control difuso. De esa manera, se afirma y sostiene que la aplicación del control difuso para tutelar el derecho fundamental, al entrar en operatividad genera efectos negativos no solo para las partes del proceso sino para todo el sistema, el cual suspende los efectos de la sentencia que contiene el control difuso, prolonga el proceso judicial sin interés de las partes, aumenta la carga procesal y genera mayor trabajo logístico, en causas que son reafirmadas en su sentido, dado que son en su mayoría aprobadas, por la Corte Suprema.

Dios no se muda, la paciencia todo lo alcanza,
quien a Dios tiene nada le falta
Santa Teresa de Jesús



A mis padres, con eterna gratitud y afecto.
A mis hermanos, por su amistad.

La valoración de la aplicación del control difuso por la Corte Suprema peruana

Presentación	p. 5
Capítulo I: Modelo constitucional híbrido en el Perú	p. 8
1.1. Modelo dual de control de constitucionalidad en el Perú	p. 10
1.1.1. Antecedentes históricos del modelo dual o difuso	p. 10
1.1.2. Naturaleza jurídica del control difuso	p. 17
1.1.3. Normativa sobre el control constitucional difuso	p. 23
1.2. Caso especial: La revisión de la aplicación del control difuso en Costa Rica	p.32
Capítulo II: La operatividad del ejercicio del control difuso	p. 41
2.1. La suspensión del proceso en que se aplica el control difuso	p. 41
2.2. La revisión de la aplicación del control difuso por el juez inmediatamente superior: consulta y apelación	p. 48
2.3. La revisión de la aplicación del control difuso por la Corte Suprema	p. 52
Capítulo III: La valoración de la consulta en cinco casos en los que se aplicó el control difuso por la Corte Suprema durante el 2014	p. 59
3.1. La función jurisdiccional de aplicación de control difuso sin depender de su jerarquía ni especialidad	p. 59
3.2. Los efectos de la operatividad de la consulta en los casos de aplicación del control difuso	p. 65
3.3. La valoración de la consulta en los casos en que se aplicó el control difuso ante la Corte Suprema durante el 2014	p. 74
Conclusiones	p. 77
Bibliografía	p. 79

Presentación

En la actualidad existe una creciente preocupación por la protección de los derechos fundamentales, ya que, al requerir la tutela de los mismos ante la administración de justicia, su concretización se efectiviza por medio de un proceso judicial; sin embargo, esta tutela no se materializa de forma adecuada por factores externos que generan un funcionamiento ineficiente del sistema de justicia, entre los cuales se encuentran la carga procesal y los insuficientes elementos logísticos.

En ese contexto, son dos los agentes primordiales que ponen en funcionamiento el sistema de justicia: el ciudadano y el juez; los cuales no logran cumplir la finalidad de poner en marcha el sistema judicial; sea porque el ciudadano encuentra en el proceso no solo la forma de limitar y controlar el poder, sino una técnica legal que no coadyuva a la tutela adecuada de justicia, y, el juez no solo encuentra en éste el mecanismo de actuar el derecho, sino una técnica legal que supedita el ejercicio de su función jurisdiccional, como el tema que hemos venido desarrollando: la operatividad de la consulta en los casos de aplicación del control difuso.

Con esta investigación pretendemos demostrar que la consulta en los casos de preferencia de la norma constitucional frente a la norma legal ante la vulneración de un derecho fundamental, y/o contravención de cualquier contenido constitucional del mismo, genera efectos negativos para las partes.

Al elevarse la causa en consulta a otro órgano jurisdiccional superior, se generan por ejemplo: la extensión del proceso (suspensión de ejecución de la sentencia, prolongación del trámite del mismo y la permanencia de la afectación de los derechos de la parte afectada), la reafirmación de diferencias en ejercicio de la función jurisdiccional en razón de la jerarquía y especialidad, y la ausencia de unificación de los criterios de interpretación en revisión de los casos en que se aplicó el control difuso (dado que la Corte Suprema con la consulta no tiene la función de unificar criterios en los casos en que se aplicó el control difuso).

De allí que, identificamos como problema principal en esta investigación lo siguiente: *si, en un caso concreto, en la aplicación del control difuso, se evidencia una contradicción entre la aplicación de la ley y la Constitución y, además, se afectan los derechos fundamentales de una de las partes, ¿se continuaría cumpliendo la finalidad de dicho control constitucional al entrar en operatividad la consulta de dicha decisión por mandato expreso de la ley procesal civil?*

Ante ello, desarrollamos en esta investigación no solo un análisis teórico de la operatividad del control difuso, sino también realizamos un contraste de los datos fácticos a los que hemos accedido, para valorar y afirmar de manera inductiva cuál es la operatividad del control difuso, a partir de la revisión del control difuso por la Corte Suprema del Perú, que se genera con la operatividad de dicho control con la consulta de la decisión que la contiene.

De esta manera, en el primer capítulo abordamos los aspectos teóricos del control constitucional híbrido, a partir del cual se instaura el control constitucional difuso en nuestro ordenamiento.

Asimismo, en el segundo capítulo desarrollamos la operatividad del ejercicio del control difuso, en el que apreciaremos no solo los efectos jurídicos de la aplicación de la institución sino también las consecuencias de la operatividad del mismo.

Finalmente, en el tercer capítulo realizamos una evaluación de la operatividad de la consulta en los casos a los que hemos accedido, que datan del 2014, donde la Corte Suprema decidió en consulta la aprobación o no de la aplicación del control difuso.

De allí que, de este desarrollo afirmamos como hipótesis que la elevación de la decisión en que se aplicó el control difuso no requiere consultarse a la Corte Suprema, porque no se cumple con la finalidad de tutelar el derecho fundamental afectado que originó la aplicación de la Constitución sobre la ley, no solo por la suspensión de la decisión que

contiene la aplicación del control difuso, sino porque se genera acumulación de causas ante la Corte Suprema innecesariamente, dado que la mayoría de causas en consulta por aplicación de control difuso son aprobadas por la Corte Suprema, de manera que resulta ineficiente la operatividad de la consulta por la aplicación del control difuso, dado que no se requiere de la aprobación de dicha decisión.

Vale decir que, al aplicarse el control difuso para tutelar el derecho fundamental, su operatividad *genera efectos negativos* no solo para las partes del proceso sino para todo el sistema, el cual genera la suspensión de los efectos de la sentencia que contiene el control difuso, prolongación del proceso judicial sin interés de las partes, aumento de carga procesal y mayor trabajo logístico, en causas que son reafirmadas en su sentido por la Corte Suprema.

De este modo, nuestra hipótesis es que *la decisión en que se aplicó el control difuso no requiere consultarse a la Corte Suprema, porque no cumple con la finalidad de tutelar el derecho fundamental afectado que originó la aplicación de la Constitución sobre la ley, no solo por la suspensión de la decisión que lo tutela sino porque se genera acumulación de causas ante la Corte Suprema*, lo cual se ha contrastado a partir de los cinco casos que hemos analizado, aunque de manera inductiva, dado que estadísticamente el Poder Judicial no cuenta con dichos datos de manera expresa.

Aprovecho, además para agradecer de manera particular, el apoyo incondicional de mí asesor de tesis, el Dr. José Gálvez, en absolver mis interrogantes y la generación del diálogo en todo el procedimiento de la elaboración de la tesis, desde la investigación de las fuentes académicas hasta las fácticas, que me permitieron determinar la posición final de la tesis; no puedo dejar de mencionar mi agradecimiento a la maestría, en la persona de su director, profesores y gestores, particularmente a Nadia, por todas sus atenciones y predisposición en el transcurso de los estudios y concretización de este trabajo.

Capítulo I

Modelo constitucional híbrido en el Perú

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, algunos constituyentes de la época optaron por seguir el modelo constitucional americano, que posteriormente generó una hibridación, al adoptarse además como referente constitucional, al sistema austriaco, como sucedió en Italia; sin embargo, esta hibridación de modelos de control de constitucionalidad no fue uniforme en Europa occidental (Austria, Alemania, Italia, España y Bélgica), adoptándose no solo una hibridación de modelos clásicos de control constitucional (francés y americano), sino que se además se desarrollo al modelo austriaco, como señala Fernández Segado¹.

De esta manera, en este constructo se mezclan elementos de los sistemas norteamericano y austriaco, cuyo resultado es el sistema “incidental”², el cual responde a un incidente o excepción procesal y no a un recurso directo.

El hecho de que en este sistema se hayan adoptado técnicas de distintos modelos no implica que se haya recurrido a dos órganos para que resuelva el conflicto, sino al contrario, ya que se concentró en un solo órgano el rechazo hacia las normas inconstitucionales.

En ese sentido, en algunos países de Latinoamérica se adoptó este sistema de control constitucional, el cual engloba el modelo constitucional difuso y concentrado, o como lo denomina Piza Escalante “la concepción iberoamericana difuso concentrada”³.

Así, tenemos en Latinoamérica el sistema mixto instaurado en Brasil, influenciado primero por el control incidental norteamericano de 1891, el cual reconocía a nivel constitucional dicho control; posteriormente, en 1934 se reconocía al Senado la facultad de declaración de ineficacia de una ley declarada inconstitucional, para que recién en 1946, se le reconozca

¹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “La obsolescencia de la bipolaridad modelo americano-modelo europeo kelsiano como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”. En: *Parlamento y Constitución*. Anuario n.º 6, pp. 53-54. Consulta: 17 de setiembre del 2016. <goo.gl/guxNW0>.

² Ídem., p.22.

³ Citado en PEGORARO, Lucio. “La Circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centros de Estudios Constitucionales, 2002, pp. 393-415.

textualmente dicho control de constitucionalidad. Finalmente en 1988 se comprendió en la Constitución el control difuso y concentrado de constitucionalidad, incorporando además la declaración de inconstitucionalidad por omisión que adoptaron del sistema portugués.

No obstante, en Brasil, el control de constitucionalidad difuso y concentrado era ejecutado por el Poder Judicial, de manera que el control difuso era aplicado por cualquier juez, mientras que el control concentrado lo realizaba la Corte Suprema. Ello quiere decir que no existía un órgano autónomo que realice el control de constitucionalidad concentrado, de allí la coexistencia de dos controles de constitucionalidad ante la jurisdicción ordinaria, conforme lo señala Humberto Nogueira Alcalá⁴.

De otro lado, Lucio Pegoraro⁵ enuncia y describe *otro tipo de modelo de hibridación, como una subespecie de doble hibridación*, en el cual se unen dos modelos antiguos, cuyo resultado es un modelo o sistema incidental, el cual es enriquecido por los dos sistemas.

Así, siguiendo la misma línea, se citan los modelos alemán e italiano como los de hibridación más importantes que surgieron primigeniamente, los cuales realizaron el control de constitucionalidad sobre las leyes de dos tipos: un control en concreto, el cual tiene como objeto una norma concretamente determinada por un juez dentro de un proceso judicial; y, un control abstracto que no tiene como origen un proceso judicial, sino de una mera confrontación entre disposiciones.

Por otro lado, como señala Celotto⁶, en Italia en 1948, mediante la Ley N.º 1, y posteriormente en 1953, con la Ley N.º 1953, se instauró un sistema en el que un solo órgano era el encargado de juzgar la conformidad o no de las leyes con la Constitución, lo cual devino en una variación con la instauración de los jueces comunes.

Si bien se suscitó en Europa un rechazo al control de constitucionalidad ejercido solo por los jueces, se otorgó un poder “especial” a quienes no estaban legitimados para realizar

⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Los Tribunales Constitucionales en Sudamérica a principios del siglo XXI.” En *Ius et Praxis*. n.º 2. Año 9. Consulta: 25 de abril del 2016. < <http://goo.gl/5xn37k>>. Cita a Gisela Bester la cual señala que el control de constitucionalidad que se realiza en Brasil es el control más complejo y amplio en Latinoamérica.

⁵ PEGORARIO, Lucio. op. cit., p. 398-400.

⁶ CELOTTO, Alfonso. “Legitimidad constitucional y legitimidad comunitaria: ¿El control de constitucionalidad en Italia como sistema mixto?”. En: *Controles Constitucionales*. Guanajuato. Fundap. Constitucionalismo y Derecho Público estudios, 2005, pp. 157-158.

dicho control, ya que no fueron elegidos por mandato popular y no tenían la función de descubrir valores superiores. Al parecer, ello originó en parte la instauración de un control de constitucionalidad mixto como una forma de innovar y buscar un control que permita resguardar la validez de las leyes sin enfrentar los poderes de los cuales emanan.

Por otro lado, se suele señalar que la justicia común u ordinaria tendría la facultad de realizar el control de constitucionalidad, pero también que en un modelo de hibridación solo la Corte Suprema sería la encargada de realizar el control de la constitucionalidad, específicamente cuando se pretenda expulsar la norma del ordenamiento jurídico.

En ese sentido se tendría una competencia especial, pero no para un órgano específico y autónomo, sino dentro de una misma entidad jerárquica y organizada como el Poder Judicial, órgano encargado de aplicar las leyes, el cual sin embargo, por el diseño constitucional, no puede realizar dicho control a través de cualquier juez, lo cual evidencia la hibridación.

No obstante, como señala Celotto⁷, se puede encontrar una tipología especial de los modelos de control de constitucionalidad como resultado de la mezcla de los elementos de diversos modelos de control de constitucionalidad, como el modelo de Sudáfrica, el cual recoge algunas características instauradas en el *common law* y del *boer roman-dutch*.

Asimismo, el mismo autor citado⁸ señala que el desarrollo de las cortes internacionales de justicia evidencia el pensamiento sobre la unidad del constitucionalismo, ya que las condiciones sociales, económicas y culturales de los países que tienen bajo su tutela son similares con el fin defender los derechos fundamentales de las personas. Dos ejemplos son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

1. 1. Modelo dual de control constitucional en el Perú

1. 1. 1. Antecedentes históricos del modelo dual o difuso

⁷ CELOTTO, Alfonso. “Formas y modelos de la justicia constitucional: un vistazo general”, pp. 8-10. Consulta: el 25 de abril del 2016. < <http://goo.gl/DeGHtD> >.

⁸ Ídem.

Conforme lo precisó Brewer-Carias⁹, la tendencia a la que se apunta en América Latina es la de un sistema mixto, que en algunos casos particulares tiene un desarrollo peculiar, en tanto, cada país adopta los sistemas clásicos con matices, como apreciaremos en el desarrollo del sistema de control de constitucionalidad en el Perú en el siglo XIX.

Siguiendo a Palomino Manchego¹⁰, las bases del derecho constitucional del siglo XIX en el Perú se inspiraron, por su parte, en la corriente norteamericana, de la cual adoptan la figura del presidente de la República, la libertad política y los derechos fundamentales de las personas; asimismo, tomaron de la Revolución Francesa o la Revolución de la burguesía el concepto de la soberanía como rechazo a la monarquía.

La tendencia en América Latina, y por tanto también en nuestro país, era adoptar el sistema americano, ya que dicho modelo representaba a principios del siglo pasado el respeto hacia los derechos fundamentales de las personas y la forma republicana de gobierno.

Sin embargo, dentro de la adopción de los sistemas clásicos de control de constitucionalidad se puede apreciar que la adopción a uno de los sistemas no era del todo leal, pues se empezaron a vislumbrar matices a través de mezclas con implementación de algunas características peculiares, sin tomar en cuenta las características del sistema del que provenían.

Asimismo, por su parte, Quiroga León¹¹ señala que en la adopción del sistema de control de constitucionalidad en el Perú se tuvo como fundamento la permanencia del sistema republicano de representación democrática en la organización política, dado que, hasta antes de la Constitución de 1979, esta forma de representación no había variado, lo cual abrió paso a la declaración de derechos fundamentales, la consolidación de un sistema de garantías constitucionales y la preeminencia del control jurisdiccional; los cuales tuvieron la presencia deseada hasta la Constitución de 1979.

⁹ BREWER-CARIAS, Allan. “La justicia constitucional en América Latina”. En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. n.º 309, p. 7. Consulta: 11 de febrero del 2017. < goo.gl/xqiq8R>.

¹⁰ PALOMINO MANCHEGO, José F. “El influjo del constitucionalismo norteamericano en el Perú”, (A propósito de la obra de Robert S. Barker). En: *La Constitución de los Estados y su dinámica actual*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, pp. 202-205.

¹¹ QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano”. En: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, pp. 173- 176. Consulta: 15 de marzo del 2016. < <http://bit.ly/1YYae1c>>.

De allí que, según García Belaúnde¹², si pudiéramos identificar etapas en el desarrollo del constitucionalismo en el Perú, se tendría que distinguir los siguientes cuatro periodos: el primero, de formación y consolidación institucional, en el que se asienta la Constitución madre de todas las constituciones peruanas; el segundo periodo, que es la etapa de afirmación institucional; el tercer periodo, en el que se da el inicio del constitucionalismo social; y, el cuarto periodo, que se instaura con la Constitución de 1979.

Recién entonces, a partir de esta Constitución se evidenciarían las tendencias que constituyen un nuevo constitucionalismo en el Perú, las cuales fueron identificadas por el propio García Belaúnde de la siguiente manera¹³:

- [...] a) Una tendencia imitativa en nuestros textos constitucionales
- b) un desfase entre el texto normativo y las realidades a las cuales este se aplica;
- c) la tendencia de acentuar el predominio del Poder Ejecutivo;
- d) la existencia de un congreso débil, cuyo rol se ha limitado muchas veces a servir de simple caja de resonancia del Poder Ejecutivo;
- e) la tendencia al continuismo, que se expresa en la reiterada presencia de las mismas figuras políticas;
- f) se constata la persistencia de ciertas instituciones, en especial la de los poderes clásicos del Estado, y de la defensa de los derechos fundamentales, en su vertiente liberal, los que han sido ampliados en su vertiente social y,
- g) existe una ausencia de partidos políticos, lo que ha habido en realidad son clubes de notables. [...]

De este modo, la instauración de un modelo constitucional con características propias, conforme con la realidad peruana, se encontraría lejos de implementarse; como se aprecia en la actualidad, con la adopción de un modelo híbrido derivado de los dos modelos constitucionales clásicos, y no un modelo constitucional íntegro y con peculiaridades.

Por otro lado, García Belaúnde señala que el control constitucional adoptado en el sistema peruano con la Constitución de 1979 sería del modelo dual de control de constitucionalidad o modelo paralelo, de manera que han sido incorporados dos sistemas paralelos que no se mezclan sino que coexisten simultáneamente¹⁴.

¹² GARCIA BELAÚNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., Lima: 1992, pp.37-38.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ GARCIA BELAÚNDE, Domingo. “La jurisdicción constitucional en el Perú”. En: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson, Madrid, 1997, p. 834.

Este modelo se instauró por primera vez en el Código Civil de 1936 y se hizo operativo a partir de 1963 con la Ley Orgánica del Poder Judicial. En dicha regulación se aprecia con claridad que la concepción del control de constitucional se vislumbró de manera imperfecta, ya que no se comprendió como parte del sistema jurídico constitucional peruano.

En ese contexto, recién se desarrolla una idea clara de separación de poderes al estilo francés o de predominio de la democracia y, en consecuencia, del equilibrio de poderes. Así, aparece en la Constitución de 1933, antecesora de la Constitución de 1979, el reconocimiento de la jerarquía normativa de la Constitución¹⁵ como resultado de la evolución de la realidad social, política y económica a nivel internacional, en el cual todavía no se habían adoptado de manera clara los elementos de la justicia constitucional, hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

De allí que, con la Constitución Política de 1979 se incorporó por primera vez el modelo constitucional de control difuso y el modelo constitucional concentrado. Este fue una suerte de modelo híbrido que permitió otorgar a dos órganos distintos el deber de controlar la constitucionalidad, teniendo en cuenta la concepción de dichos controles como fundamento de su instauración.

Por su parte, de acuerdo con lo señalado por Eguiguren¹⁶, la Constitución Española de 1978 influyó en la Constitución peruana de 1979, ya que esta adoptó de ella, como elementos del control de constitucionalidad, el modelo de control difuso en el que se erigía un Tribunal de Garantías Constitucionales, la acción de inconstitucionalidad y la denominación de derechos fundamentales.

Asimismo, Eguiguren¹⁷ señala que la comprensión de elementos de distintos modelos constitucionales que fueron incorporados como resultado de la incidencia política y jurídica, dado que primero nuestro sistema constitucional solo había adoptado el control

¹⁵ CONGRESO CONSTITUYENTE. *Constitución Política del Perú de 1979*.- “Artículo 19.- Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos que prescriben la Constitución y las leyes”. Consulta: 3 de mayo del 2016. < <http://goo.gl/ieSvU5>>.

¹⁶ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma.” En: *La Constitución y su defensa: algunos problemas contemporáneos*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima: 2003, p. 131.

¹⁷ *Ibidem*.

difuso judicial, y no comprendía el sistema concentrado. En ese sentido, la concepción sobre el constitucionalismo que representaba la Constitución Española de 1978 fue el cimiento para el desarrollo de la Constitución de 1979.

Si bien ambas constituciones son muy cercanas en el tiempo, la concepción acerca del control de constitucionalidad distó mucho de la española cuando fue instaurada a nivel constitucional en el caso peruano.

A manera de referencia podemos señalar que el modelo de control de constitucionalidad español recibió la mayoría de su influencia de los modelos germano-federal y del sistema italiano. En ese sentido, el modelo de control de constitucionalidad española no adoptó un modelo constitucional clásico, sino que se conformó en las bases del constitucionalismo continental-europeo, como lo señala Alfonso Ruiz Miguel¹⁸.

De ese modo, se concibió un sistema de control concentrado en la jurisdicción que se otorgó a un órgano predeterminado y especializado denominado Tribunal Constitucional, como lo ilustra Fernández Segado¹⁹.

En ese sentido, dicho órgano se encargaría del control de la Constitución o de la defensa de la Constitución, pero sin ser comprendida dicha facultad a nivel constitucional, ya que aquella atribución era asignada a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español que regula sus funciones.

En el artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, Ley Orgánica 2/1979, se señala lo siguiente:

[...] Artículo primero.-

1.- El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica. [...]

De la interpretación literal de este artículo podemos señalar que el Tribunal Constitucional es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad, pero sin que se le haya

¹⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”. En: *Doxa*, n.º 23, pp. 149-151. Consulta: 20 de marzo del 2016. <<http://bit.ly/1SbV2e3>>.

¹⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en España. 55 Temas de derecho público*. Instituto de Estudios Constitucionales, Bogotá: 1999, pp.15-17.

atribuido la facultad de manera especial o de manera específica. Ello permitiría señalar que el control de constitucionalidad —como fue concebido a partir de lo señalado por Kelsen— no derivó en influencia pura, como ocurriría en otros países.

En el modelo kelsiano²⁰ se comprendía la instauración de un órgano especial que realizara la función de control de la constitucionalidad, es decir, la estructuración de un órgano que se encargue de realizar la anulación de actos inconstitucionales, como una suerte de protección de las minorías frente a las mayorías representadas en el Poder Legislativo que expidió el acto legislativo y quizás de algunos excesos que estos puedan cometer.

De otro lado, para Quiroga León²¹ el control de constitucional adoptado en España recibió la influencia del sistema americano, conforme lo señala el artículo 163 de la Constitución Española de 1978. En dicha Constitución se establece como disposición lo siguiente:

[...] Artículo 163.- Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el tribunal constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso será suspendido. [...]

En ese sentido, en España conforme lo aprecia el autor citado, el control de constitucionalidad se desarrolla conforme al sistema americano. Sin embargo, nosotros percibimos a dicha disposición como un control de constitucionalidad que pertenece al sistema mixto, dado que se inicia dentro de un pedido de parte en el Poder Judicial y, luego, al detectarse la incompatibilidad de la norma con la Constitución, se procede a derivarla al Tribunal Constitucional, el cual pertenece al sistema concentrado.

Por el contrario, en el Perú la concepción de un órgano que se encargara de realizar un control de constitucionalidad —como lo había diseñado Kelsen— no era comprendido, dado que el control concentrado lo realizaba el Tribunal de Garantías Constitucionales y el

²⁰ KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional”. En: *Ius et Veritas*, n.º 9, Lima: 1994, pp. 17-43.

²¹ QUIROGA LEON, Aníbal. “La recepción española de la *judicial review americana*: la cuestión de inconstitucionalidad”. En: *La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos)*. Ponencias del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2003, pp. 246-252.

control difuso lo realizaba cualquier juez del Poder Judicial, tal como se puede apreciar de lo desarrollado por Sobrevilla Alcázar²².

En relación al control de constitucionalidad austriaco, podemos señalar que se desarrolló en 1920, con la instauración de su Constitución, y la comprensión de un control de constitucionalidad a las leyes y a los reglamentos.

De esa forma se efectuaría un control a los actos emitidos tanto por el Poder Legislativo como por los órganos administrativos, deduciéndose un control de constitucionalidad directo e indirecto.

Dentro del control de constitucionalidad que tendría que realizar el órgano facultado, el Tribunal Constitucional tiene como finalidad garantizar la responsabilidad personal del órgano que promulgó la norma inconstitucional y la no aplicación de la norma inconstitucional, como lo señala Kelsen²³.

Sin embargo, debemos señalar que la facultad de no aplicación de la norma inconstitucional ya había sido concebida como modelo de control de constitucionalidad en Estados Unidos, la cual fue adoptada en distinta forma. En ese sentido, la no adaptación del modelo de control de constitucional al estilo norteamericano en la Constitución austriaca, de manera estricta, ocurrió porque consideraron que se producirían fallos contradictorios, al momento de no aplicar la norma inconstitucional a un caso y en otro²⁴.

Como consecuencia de ello se podría producir la falta de seguridad jurídica que ponía en riesgo la normatividad de la Constitución; es decir, en unos casos la Constitución es una norma suprema al confrontarla con la Ley, y en otros la Constitución no es una norma suprema al confrontarla con la ley porque no se produce la inaplicación de la ley.

Asimismo, resulta pertinente señalar que en Europa continental los órganos administrativos no tuvieron la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, por tanto, inaplicar las normas inconstitucionales. Ello quiere decir que la facultad de control de la

²² SOBREVILLA ALCAZAR, David. “La influencia de Kelsen en el Perú. Una revisión crítica”. En: *Derecho PUCP*, n.º 31, Lima, 1973, pp. 154-162.

²³ KELSEN, Hans. “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. pp. 6-9. Consulta: 4 de agosto del 2016. En: < <https://goo.gl/LgE36P>>.

²⁴ Ídem.

constitucionalidad recayó exclusivamente en el Poder Judicial, sin ser atribuida dicha facultad como competencia compartida con la administración pública, siendo el fundamento del mismo la facultad de aplicación de las normas (que ejerce el Poder Judicial), y con ello la supremacía de la Constitución.

Como se señaló anteriormente, dicha inaplicación de la norma inconstitucional por parte del Poder Judicial trajo consigo la inseguridad en la expedición del fallo, ya que podían encontrarse criterios contradictorios ante situaciones similares, lo que posiblemente llevó a regular la prerrogativa del control constitucional como una facultad que solo realizaría la Corte Suprema.

El hecho de que la Corte Suprema sea el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad evitaba la posible contradicción de que cualquier otro órgano emita un fallo contradictorio en relación al control de constitucionalidad realizado por otro órgano jurisdiccional, en tanto, el control constitucional efectuado por la máxima instancia judicial, vincularía a los jueces de inferior jerarquía, ya que el control de constitucionalidad de las leyes era como un control del acto legislativo que debió realizarse o verificarse de conformidad con la Constitución antes de la expedición de dicho acto²⁵.

De allí que la Corte Suprema no expulse la norma inconstitucional que era inaplicable porque carecía de dicha prerrogativa, es decir, su facultad era dirimir conflictos a pedido de un interés particular que si bien son producto de la aplicación de una ley que la comprende como ámbito objetivo, la no aplicación de la norma en el caso concreto y la aplicación en otros casos genera incertidumbre en la ley cuestionada, pero al tener la ley la característica de general, esta seguirá en vigencia. En ese sentido, el control de constitucionalidad instaurado en Austria distó en su diseño al control de constitucionalidad que se realizaba en Norteamérica y posteriormente al modelo adoptado en el Perú, conforme veremos más adelante.

1. 1.2. Naturaleza jurídica del control difuso

²⁵ Ídem. , p. 7

En las constituciones peruanas del siglo XIX, como señala Eguiguren²⁶, no se comprendía el control de constitucionalidad, ni la supremacía de la Constitución, tan solo se refería a la misma en la Constitución de 1856, cuyo artículo 10 señalaba: “[...] es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”

En ese sentido, nos encontraríamos con la concepción de que toda ley se presume conforme a la Constitución, es decir, se busca que la ley expedida sea conservada dentro del ordenamiento jurídico, pero solo cuando se oponga o se contradiga con la Constitución, esta se inaplicaría o desaplicaría.

De allí que, si en un proceso ordinario la ley a aplicarse vulneraba un derecho y se contradecía con la Constitución, esta ley se inaplicaría, no solo por contradecir a la norma suprema, sino porque la ley se presume constitucional.

No obstante, se debe apreciar que en el ordenamiento jurídico peruano no existía un mecanismo o una vía procesal que permitiera el inicio de un cuestionamiento de una norma, no solo por la presunción de constitucionalidad que gozaba la ley a inaplicarse, sino porque era expedida dentro de un debido proceso.

Al respecto, siguiendo a García Belaunde²⁷, se aprecia como referencia al primer antecedente del control de constitucionalidad difuso, al caso originado en el dictamen fiscal de Guillermo Seoane, en el que se inaplicó una ley y se prefirió a la Constitución, derivándose la facultad de interpretar la Constitución al Poder Judicial.

Sin embargo, nos cuestionamos si esta referencia constitucional era o no aplicada, puesto que no se había regulado un procedimiento especial ni se había comprendido la facultad a la Corte Suprema o al Poder Legislativo para realizar el control. ¿Serían acaso los ciudadanos que consideren una afectación a sus derechos los que pueden cuestionar los actos legislativos, o era una visión incipiente del control de constitucionalidad?

De otro lado, se puede apreciar que la expedición de las leyes conforme a la Constitución, era una facultad exclusiva del Poder Legislativo, ya que se concebía aparentemente que la

²⁶ *Ibidem.*, p.132

²⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Notas sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)”. En: < <http://goo.gl/nBHxb3> >. p. 7. Consulta: 1 de enero del 2016.

facultad de control de la constitucionalidad de las leyes formaba parte de la facultad de legislar, como si fuera un control dentro de un sistema político, como lo desarrolla Eguiguren²⁸.

Por otra parte, en la Constitución de 1933 no se aprecia la comprensión dentro de las disposiciones del control de constitucionalidad; sin embargo, para en el anteproyecto de dicha norma suprema se aprecia una regulación específica, pero que finalmente no fue estipulada, como cita Eguiguren²⁹.

Dicha aspiración pretendía incorporar en el texto constitucional el control difuso, en tanto, se hacían precisiones sobre la comprensión de facultades para inaplicar una norma que contraviniera con la Constitución, la cual se entendía que debía realizar la Corte Suprema de nuestro país.

No obstante, llama nuestra atención que dicha Carta Magna se comprendiera como control de constitucionalidad al que se suele denominar bajo el tipo de “control judicial de la constitucionalidad de las leyes”³⁰; es decir, se incorporó a nivel constitucional el control judicial de los actos emanados por el Poder Ejecutivo, el cual era encomendado al Poder Judicial, como una suerte de regulador de excesos que podrían cometerse. Si bien dicho control de manifestaba a partir de la acción popular, representa la concepción incipiente de la idea de separación de poderes al estilo francés.

Sin embargo, todo ello, al momento de materializarse —es decir, cuando la judicatura debía realizar dicha función—, no trascendió, como nos lo explica Eguiguren³¹, ya que el Poder Judicial era una entidad que se caracterizaba por ser pasiva, pues se regía por el formalismo y estaba supeditada al poder político. Basta con recordar algún momento de nuestra historia en el que habíamos pasado por varias dictaduras, donde la separación de los poderes no era entendida como un principio esencial, y en donde se concibiera la justicia constitucional.

²⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. op. cit., p. 133

²⁹ *Ibidem.*, p. 133

³⁰ *Ibidem.*, p. 134

³¹ *Ibidem.*, p. 134

Posteriormente, con el Código Civil de 1936³² se incorpora el control de constitucionalidad en un texto legal. Si bien dicha incorporación no es constitucional, al encontrarse dicha disposición comprendida de manera legal nos surge la inquietud de cuál pudo ser el fundamento constitucional de dicha regulación, más allá de la adopción del modelo difuso en los países como resultado de la expansión de la justicia constitucional.

Por otro lado, la regulación de dicho control de constitucionalidad fue comprendida también por medio del Decreto Ley N.º 14605³³, Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Título I, denominado Garantías de la Administración de Justicia.

Si bien la comprensión del control de constitucionalidad en dicha Ley Orgánica no otorga mayor normatividad a dicho control, a diferencia del comprendido en el Código Civil, debe tenerse en cuenta que dicha regulación precisa el ámbito objetivo del desarrollo del control constitucional para los órganos que se encargan de realizar dicha facultad; es decir, dicha regulación solo atribuye la competencia del órgano que realizará el control, mas no comprende en qué consiste la inaplicación de la ley que no es constitucional.

Recién con la Constitución de 1979³⁴ en el Capítulo IX del Título IV, denominado de la Estructura del Estado, se comprendió por vez primera el control de constitucionalidad de las leyes, al estilo del modelo americano, bajo la siguiente disposición:

[...] Artículo 236.- En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna. [...]

En ese sentido, el control constitucional de inaplicación de una ley fue atribuido al Poder Judicial, dentro del marco del modelo de control de constitucionalidad difuso.

De acuerdo a lo señalado en el Diario de Debates de la Constitución de 1979³⁵, se constata que el control de constitucionalidad difuso es una facultad otorgada para el Poder Judicial.

³² EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N.º 8305, 30 de agosto de 1936.

³³ JUNTA DE GOBIERNO, Decreto Ley N.º 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, 25 de julio de 1963.

³⁴ ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Constitución Política, 12 de julio de 1979.

³⁵ ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ 1978. No obstante, en el diario de debates de comprendió como control constitucional lo siguiente: “Artículo 242.- En caso de que el Juez deje

Por otro lado, cabe recordar que también dicho cuerpo constitucional comprendió el modelo de control de constitucionalidad concentrado o abstracto, en los artículos 296 y 298 de la Constitución de 1979, ubicados en el Capítulo XIV del Título V denominado de las Garantías Constitucionales, bajo las siguientes disposiciones constitucionales:

[...] Artículo 296.- El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución. Se compone de nueve miembros. [...]

[...] Artículo 298.- El Tribunal de Garantía tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:

- 1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo y
- 2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial. [...]

De ese modo, podemos apreciar la coexistencia de los dos modelos de control de constitucionalidad que desarrollamos anteriormente, resaltando la dualidad del sistema como lo señaló García Belaunde.

Por otra parte, de acuerdo a lo señalado en el Diario de Debates de la Constitución de 1993³⁶, se recogió el control de constitucionalidad, que luego sería plasmado en la Constitución de 1993 bajo las mismas características esenciales que la Constitución de 1979, asignando la competencia al órgano que resuelve conflicto³⁷, es decir, a quienes desarrollan las facultades de solucionar conflictos intersubjetivos o de administración de justicia como lo denomina la propia Constitución.

de aplicar una ley por considerarla incompatible con una norma constitucional, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema. La Corte Suprema para resolver eleva previamente el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la ley”. Consulta: 20 de diciembre del 2015. En: <<http://goo.gl/9V8Gbq>>.

³⁶ EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO DEL PERÚ, Constitución Política del Perú, 31 de octubre de 1993. No obstante, la propuesta constitucional se reguló de distinta manera, a lo que finalmente se dispuso constitucionalmente, como se puede apreciar de la siguiente manera: “Artículo 157.- 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. Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional.” Consulta: 20 de diciembre del 2015. En: <<http://goo.gl/7L9E4F>>.

³⁷ Siguiendo a Eguiguren, la Constitución del 1979 instauró las garantías constitucionales de manera amplia, incluyendo la acción de amparo y la acción de inconstitucionalidad; se atribuyó la competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales para conocer la casación de las acciones de *habeas corpus* y amparo desestimadas por el Poder Judicial, así como el de la acción de inconstitucionalidad, la competencia en la acción popular al Poder Judicial, y se consagró por vez primera, el control de constitucionalidad difuso, conforme al procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. op. cit., pp. 134-135

En ese sentido, en el artículo 138 del Capítulo VIII denominado Poder Judicial, del Título IV denominado Estructura del Estado de la Constitución de 1993, se comprendió el control de constitucionalidad difuso, bajo la siguiente disposición:

[...] Artículo 138.- 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. [...]

Por otro lado, en el artículo 201 del Título V, denominado De las Garantías Constitucionales, se comprendió en los artículos 201 y 202 de la Constitución, el control de constitucionalidad abstracto o concentrado, bajo las siguientes disposiciones:

[...] Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. [...]

[...] Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

- 1.- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
- 2.- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y acción de cumplimiento.
- 3.- Conocer los conflictos de competencias, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. [...]

Con las disposiciones constitucionales citadas podemos apreciar que el control de la constitucionalidad no es una prerrogativa única del Tribunal Constitucional, sino que también lo realiza el Poder Judicial.

Sin embargo, lo que llama nuestra atención es que las atribuciones para el control de constitucionalidad concentrado conferido al Tribunal Constitucional, como órgano autónomo y con facultades especiales, sí se encuentren especificadas en el texto constitucional más allá de la adopción del modelo constitucional adoptado.

No obstante, consideramos que el control de constitucionalidad que realizan los jueces del Poder Judicial, como facultad atribuida a todos los jueces sin distinguir sus niveles de organización, debió precisarse en el texto constitucional como una facultad otorgada para todos los órganos que administran justicia derivado de un conflicto intersubjetivo; puesto que, dentro del capítulo de la Constitución en que se encuentra regulada dicha facultad y/o función, se incluyen como órganos que ejercen el control de constitucionalidad, no solo a

los jueces del Poder Judicial sino también a los jueces del Tribunal Militar y a los árbitros o jueces privados.

De allí se desprendería que el control de constitucionalidad deba realizarlo todo órgano que administre justicia, que a tenor del texto constitucional sería la justicia judicial, militar y arbitral.

1. 1.3. Normativa sobre del control de constitucionalidad difuso

Podíamos señalar que la primera regulación legislativa acerca del control de constitucionalidad relacionada con el órgano que la realiza corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963.

Si bien el Código Civil de 1936 fue la primera norma que se refirió al control de constitucionalidad de las normas, dicha regulación parece que comprendió una facultad que no se encontraba dentro del contenido de normas que debía incorporar.

El Código Civil es una norma que comprende dispositivos legales de contenido material, es decir, su estructuración corresponde a la finalidad de desarrollar las relaciones de las personas en el ámbito privado, de allí su regulación y forma de comprensión de instituciones jurídicas como la persona, la familia, la propiedad, la herencia, los contratos, etc.

Si bien la no aplicación de una norma se encuentra estrechamente vinculada con los supuestos de hechos que abarca, o la comprensión del ámbito objetivo, también se puede comprender como un principio general del derecho, de que todo órgano que dirime controversias debe conocer la norma que será aplicable a un caso en concreto, el sentido de su regulación en dicho cuerpo legal parece ser que estaba orientado a la incipiente incorporación de la justicia constitucional, en un momento histórico mundial del que el Perú no podía encontrarse distante a nivel jurídico.

En ese sentido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Ley N.º 14605³⁸, Ley Orgánica del Poder Judicial, se precisó lo siguiente:

[...] Artículo 8.-Cuando los jueces o tribunales, al conocer cualquiera clase de juicios, encuentren que hay una incompatibilidad entre una disposición constitucional y legal, preferirán la primera.
Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto se *elevantán a consulta* a la Primera Sala de la Corte Suprema.
La sentencia de Segunda Instancia, se elevara en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiese el recurso de nulidad.
Los jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes. [...]

Lo citado anteriormente nos permite conocer con precisión cuál era el alcance de las facultades del órgano que se encargaba de realizar el control de constitucionalidad, es decir, la facultad de realizar la aplicación del control de constitucionalidad.

En ese sentido, se puede apreciar que la realización del control de constitucionalidad, por un juez de primera o segunda instancia, queda sometido a una suerte de revisión del control realizado por parte de un juez de grado superior en jerarquía por mandato expreso de la ley.

Vale decir que si el pronunciamiento de un juez de primera instancia contiene la inaplicación de una norma por infringir la Constitución, esta se queda sometida a una suerte de revisión o segundo control de constitucionalidad del órgano superior, incluso si ninguna de las partes apeló dicho pronunciamiento.

Esta facultad de revisión del control de constitucionalidad se ha venido a denominar consulta: es decir, un órgano superior dentro del Poder Judicial tendrá la facultad de verificar si la decisión de no aplicación de una ley por parte del órgano de inferior jerarquía por contradecir a la Constitución es adecuada o no, es decir, si la inaplicación de la ley resulta aprobada o no; en tanto, la verificación de la inaplicación de dicha ley debe ajustarse conforme con la propia Constitución que permite su defensa.

Siguiendo esta línea, cuestionamos si acaso el control de constitucionalidad realizado por cualquier juez requiere de una especie de verificación o revisión para que realmente lo

³⁸ JUNTA DE GOBIERNO DE 1963. Consulta: el 28 de abril del 2016. En: <<http://goo.gl/SbCGed>>. Consulta: el 28 de abril del 2016.

decidido por el primer juez tenga la validez y el contenido conforme a la competencia asignada sea justificada para realizar un control de la constitucionalidad de las leyes.

En ese sentido, nos cuestionamos si no se estaría interfiriendo en la independencia que caracteriza a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial para realizar el control de constitucionalidad, ya que lo decidido por un juez de primera instancia no necesariamente puede coincidir con lo resuelto por el juez de una segunda instancia que revisa la decisión que contiene la aplicación del control difuso.

Por otro lado, si la Constitución asigna la facultad de control de constitucionalidad y desarrolla su contenido respecto de los órganos jurisdiccionales, la interrogante sería, por qué asignar a nivel legal la realización de una verificación de un control de la constitucionalidad de las normas, o quizás porque atribuir la competencia de realizar el control de constitucionalidad a todos los jueces y que además que este control sea verificado por el juez de grado inmediatamente superior, que puede ser la Sala Superior o la Corte Suprema.

Esta atribución de facultades o de desarrollo de la facultad de control de constitucionalidad no debería tener mayor desarrollo que no sea el constitucional, dado que es la propia Constitución la que debe indicar específicamente la forma de la defensa de la constitucionalidad de las leyes y resaltar que su preferencia obedece a su propio origen y naturaleza, y no como una necesidad o técnica para regular con una mayor precisión; o mejor dicho, la necesidad de reglamentación de su propia defensa a partir de otra ley, sin que ello implique cuestionar la atribución de competencias de los órganos judiciales y administrativos por medio de la ley orgánica.

De otro lado, la Constitución no desarrolla el límite sobre el control de constitucionalidad que surge de la interpretación que realiza en primera instancia una de las partes que comienza un juicio. Bajo esta premisa preguntamos si acaso el límite que aparentemente otorga la Ley Orgánica sobre el control de constitucionalidad genera la pérdida de eficacia del fallo judicial por someter la revisión de una decisión que contiene la inaplicación de una ley a un caso en concreto, cuando dicha decisión puede surtir efectos plenos si es que no es impugnada por la parte afectada en el proceso.

La Constitución solo señala que el Poder Judicial es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad que permite garantizar la defensa de la Constitución o su permanencia frente a una ley que puede desconocerla de alguna forma a partir de una interpretación, ya que del desarrollo del mismo debería ser inconstitucional.

Sin embargo, no se alude al control de constitucionalidad que se puede solicitar un interesado por medio de la interposición de una demanda que le produzca una afectación o vulneración a cualquiera de sus derechos fundamentales, presentándose un control de constitucionalidad a pedido del interesado, pero que requiere del control realizado por los jueces, en tanto, facultad se le ha conferido.

Si ese hubiera sido el caso, quizás sí se requeriría que control de constitucionalidad sea verificado por un órgano superior por medio de la consulta, ya que la interpretación realizada por quien tenga interés puede generar incertidumbre y sería muy probable que no apelara si se le estima su pedido.

En ese sentido, los fallos que necesariamente serán verificados sin pedido de las partes por encontrarse conformes no podrán gozar de la eficacia que tendría cualquier otro fallo que no tenga como contenido o como parte dispositiva la inaplicación de una ley por no encontrarse conforme a la Constitución.

De otro lado, si la finalidad del control de constitucionalidad es corregir algunos efectos y excesos que pudo cometer el Poder Legislativo en la configuración de los supuestos de hecho, la revisión de dicho fallo dentro de un Poder distinto al que fue emanado no debería generar desconfianza en la interpretación de la misma, dado que es función del Poder Judicial aplicar la ley al caso en concreto. De manera excepcional, si al interpretar dicha ley se afectan los derechos de una de las partes, esta puede inaplicarse, ya que en estos casos dicha decisión pasa por la revisión del juez inmediatamente superior para que finalmente se desplieguen los efectos de la misma.

Uno de los argumentos por los cuales no se otorgaba la facultad de control de constitucionalidad al Poder Judicial en sus inicios era que dicho poder no gozaba de independencia en el momento en que ejercía sus funciones, ya que, al ser realizado por un juez que pertenece al mismo órgano que está facultado a la aplicación del control difuso, no

debería requerir de la revisión de un órgano superior (o juez superior) para otorgar validez a la misma función otorgada a todos los órganos que pertenecen a dicho Poder. Ello nos conduciría a pensar que nos encontramos frente a un cuestionamiento de la facultad otorgada para aplicar el control difuso, lo que evidenciaría que solo los órganos superiores se encuentran legitimados a aplicar dicho control de constitucionalidad en un caso concreto.

Asimismo, si bien se conoce que las diferencias entre los jueces de primera instancia y de segunda instancia se aprecian desde la forma de ingreso a la carrera judicial, como el tiempo de experiencia en el ejercicio de la profesión; nos cuestionamos si es necesario contar con la revisión de las decisiones de los órganos de primera instancia que inaplican una ley y, como consecuencia de ello, el sometimiento de un órgano inferior a un superior, al punto de que se pueda cambiar la decisión del órgano inferior cuando el inicio de los procesos judiciales se impulsan a pedido e interés de las partes.

Por otro lado, al analizar las disposiciones constitucionales, se concluye que estas, por su naturaleza, no pueden incluir o regular con precisión una serie de elementos, ya que las cláusulas constitucionales son abiertas a diferencia de las disposiciones legales, las cuales cuentan con precisiones o de desarrollo necesario para su vigencia, así como se encuentran sometidas a aquellas; en cambio, las leyes orgánicas son las leyes que se encuentran autorizadas a “limitar” o “completar” de alguna forma el desarrollo de la Constitución y a excluir a la norma que le otorgó dicha prerrogativa.

De otro lado, del análisis de los valores comprendidos en la Constitución que se manifiestan en principios constitucionales, se infiere que estos constituyen una unidad dentro de la Constitución, y como consecuencia de ello, el resultado de la interpretación de estos principios arroja normas constitucionales armoniosas, no contradictorias. De allí que cualquier interpretación que se realice a una ley debe realizarse conforme a la Constitución y, por lo tanto, conforme a los principios constitucionales.

En otras palabras, la interpretación de la ley, que se presume constitucional, debe realizarse conforme a las disposiciones constitucionales, en tanto, el resultado de la interpretación de la misma es la aplicación de la misma al caso en concreto, de modo que la inaplicación de la misma al caso en concreto sea una excepción.

Lo anterior significaría que la Constitución siempre está en plena vigencia, pese a que en un caso solo sea aplicable una ley por la presunción de constitucionalidad de la ley; así como, en los casos en que se inaplica una ley para un caso en concreto, la norma aplicable es la Constitución, aunque dicha decisión se encuentre supeditada a la aprobación de un órgano jurisdiccional inmediatamente superior.

Una de las consecuencias de ello sería que las decisiones donde se realice el control de constitucionalidad no tengan el mismo valor que las decisiones recaídas en los procesos en que no se aplique el control de constitucionalidad, dado que en los procesos donde operó el control de constitucionalidad tiene que revisarse por el órgano jurisdiccional inmediatamente superior; y, por lo tanto, aparentemente se estaría excluyendo o restando importancia a los otros procesos en los que no se verifique expresamente la constitucionalidad de una ley en un caso en concreto, dado que la revisión de la aplicación del derecho solo se realiza a pedido de parte.

Una afirmación como la anterior dentro de un Estado democrático constitucional de derecho no podría justificarse, dado que, si bien existe un órgano que se encarga de interpretar y defender la Constitución, toda aplicación de una ley en sus distintos niveles o especialidades o toda interpretación de las mismas, debe realizarse conforme a la Constitución, no por ello se disminuirían las facultades al órgano especializado o se arrojarían facultades que no sean atribuidas al órgano inmediatamente superior.

Por otro lado, en el Decreto Supremo N.º 017-93-JUS³⁹, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, en la Sección Primera denominada “principios generales”, en el artículo 14 se regula lo siguiente:

[...] Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.
Artículo 14.- De conformidad con el Art. 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

³⁹ PODER EJECUTIVO. Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial emitido el 2 de julio de 1993.

sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas 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. (*) (*) Ver artículo 138 de la Constitución Política de 1993 [...]

De la cita del texto legal se puede desprender que el control de constitucionalidad goza de un “procedimiento especial”, no contemplado en el texto constitucional, de donde se atribuyen las facultades para su realización.

En ese sentido, en el artículo 408 del Código Procesal Civil vigente⁴⁰ se incorporó, como parte del control constitucional difuso, lo siguiente:

[...] Artículo 408.- Procedencia de la consulta.- La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apelables:

[...]

3.- Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria. [...]

De allí que, si el control de constitucionalidad difuso es un control regulado constitucionalmente, se puede desprender que goza de un procedimiento especial para su aplicación, en tanto, se ha regulado dentro de una norma procedimental que deba elevarse por mandato legal el expediente al superior jerárquico para su revisión cuando las partes no cuestionen dicho control de constitucionalidad.

Por otro lado, en la Ley N.º 28946⁴¹, Ley que modifica el Código Procesal Constitucional, se introduce la procedencia de los procesos constitucionales que provengan de actos basados en actos normativos, regulándose la consulta en los casos de inaplicación de la ley correspondiente, bajo la siguiente disposición:

[...] Artículo 3.- Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma auto aplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicación de la citada norma.

⁴⁰ PODER EJECUTIVO, Decreto Legislativo N.º 768 del 4 de marzo de 1992.

⁴¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N.º 28946, Ley que modifica el Código Procesal Constitucional, publicada el 24 de diciembre del 2006.

Son normas auto aplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas.

Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en a las que se apliquen este mismo precepto, aun contra estas no procede medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por inconstitucional, para el caso en concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

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

La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley. [...]

En ese sentido, el control de constitucionalidad dentro de un proceso de constitucionalidad guarda el mismo procedimiento regulado para los procesos ordinarios. Aparentemente, con anterioridad a esta ley no había distingo entre la inaplicación de la ley dentro de un proceso constitucional de aquella realizada dentro del proceso ordinario y de acuerdo al acto que ocasiona la lesión.

Asimismo, consideramos que es importante señalar que la revisión o el control de constitucionalidad que opera en el Poder Judicial finaliza en la Corte Suprema, de manera que se entiende que es la máxima instancia la que se encargaría en realidad de inaplicar la ley que resulta inconstitucional en el marco de un proceso judicial, y no cualquier juez dentro de dicho poder.

En ese sentido, desde el origen del control de constitucionalidad europeo, en todos los sistemas en que se adoptó, dicho control es una facultad conferida a un órgano que resuelve conflictos; por lo tanto, no existe ninguna zona exenta de un control de constitucionalidad⁴², a diferencia de los sistemas que adoptaron el modelo norteamericano en el que su límite era no realizar un control de los actos políticos. De esa manera, el órgano que resuelve el conflicto intersubjetivo lo realiza en el marco de la defensa de la Constitución y de todos los valores que en ella se encuentran inmersas; y con el control de

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2008, pp. 64-65. Al respecto, el autor citado menciona la situación paradójica en Europa y Estados Unidos; en la primera situación, el proceso constitucional se basa en consideración de los derechos y el Poder Legislativo, sin cláusula de exención frente a la jurisdicción constitucional; a diferencia de la segunda situación, en la que el referente es la *justiciability doctrines* que protege las *political questions*.

constitucionalidad de las normas se pretende alcanzar el ejercicio del poder de manera constitucional, es decir, con el respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Por otro lado, cuando un poder del Estado adopta una decisión, esta la realiza con base en determinadas atribuciones conferidas dentro del texto de la ley, que a su vez se encuentra sometida a la Constitución, en el cual se somete implícitamente el principio de jerarquía normativa. Ello implica que la eficacia de la norma suprema dentro de los sistemas jurídicos tiene como función el establecimiento de los elementos necesarios para que los ciudadanos y administración se rijan sobre la base de principios generales, los cuales son inquebrantables: la separación de poderes y el principio de respeto a la ley constitucionalmente válida.

En ese sentido, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional son los dos órganos de poder (poder constituido y órgano constitucional autónomo⁴³) facultados y diseñados para la realización del control de constitucionalidad; pese a que, si bien todos los órganos que conforman la estructura del Estado son los encargados de resguardar la Constitución, esto se materializa con el cumplimiento de la misma.

En este estado en cuestión, nos preguntamos si es necesario que el control de constitucionalidad requiera como resultado de su aplicación la revisión o aprobación de lo decidido por un órgano inmediatamente superior o de máxima jerarquía dentro de la misma entidad.

Por otro lado, traemos a colación el modelo constitucional difuso realizado en Costa Rica, dado que este país no cuenta con un órgano independiente que realice el control de constitucionalidad (concentrado y difuso) —como el Tribunal Constitucional—, pero sí cuenta con el máximo órgano de tutela de derechos humanos interamericano: la Corte Interamericana de Derechos Humanos; asimismo, el control constitucional difuso que ejercen los jueces requiere de la aprobación de la Sala Constitucional del Poder Judicial, vía consulta.

⁴³ El PJ y el TC cuenta con las bases de institucionalidad, como un poder del Estado independiente en su conformación y decisiones, en tanto, no tiene como facultad la emisión de actos que deban cumplirse con su publicación; ambas instituciones emiten sus actos jurisdiccionales a pedido del ciudadano, que ejerce su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Nos llama la atención que este país sea uno de los menos corruptos de la región americana, lo cual implica que sus ciudadanos se encuentran satisfechos con la forma de administración de justicia que incluye el modelo de control de constitucionalidad adoptado, como lo señala el último estudio realizado por Transparencia Internacional⁴⁴.

1.2. Caso especial: la revisión de la aplicación del control difuso en Costa Rica

Siguiendo a Néstor Pedro Sagües⁴⁵, la magistratura constitucional especializada ha adoptado diversos modelos del derecho comparado, distinguiéndose unos de otros por el órgano que realiza el control de constitucionalidad: órganos no judiciales (como el parlamentarista, el Consejo de la Revolución) como órganos judiciales.

No obstante, se realiza una subclasificación de la magistratura constitucional dependiendo de su especialización o no, de manera que se puede encontrar un tribunal especializado “extra poder”, un tribunal especializado “intra poder” y un tribunal especializado “intra corte”, como señala Sagües⁴⁶.

El sistema el constitucional en Costa Rica era fundamentalmente concentrado en la Corte Suprema, pero compartía con los tribunales de justicia ordinaria dicha función. Recién en 1949 el sistema constitucional costarricense se convirtió en cuasi concentrado, conforme lo señala Néstor Sagües⁴⁷. No obstante, se alude que Costa Rica recibió la influencia de la *judicial review* recién en 1938, como lo señala Rodolfo Piza Rocafort⁴⁸.

De este modo, si el sistema costarricense se caracterizaba por tener un sistema concentrado en la Corte Suprema; en este país se compartía el control de constitucionalidad con el Poder Judicial, sin que ello no implicara que el control de constitucionalidad de las leyes perteneciera exclusivamente al Poder Judicial, como lo señala Sagües⁴⁹.

⁴⁴ En el *ranking* elaborado por Transparencia Internacional se aprecia que Costa Rica es uno de los tres países menos corruptos en América, en el índice de percepción de corrupción del 2015. Consulta: 1 de mayo del 2016. Revisar: <<http://goo.gl/e1YbnV>>.

⁴⁵ SAGÜES, Néstor Pedro. “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”. En: *Revista de Estudios Políticos*, n.º 74, pp. 475 y ss. Consulta: 17 de setiembre del 2016. En: <goo.gl/uY8Rbi>.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ PIZA ROCAFORT, Rodolfo. “Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina”. p.77. Consulta: 17 de setiembre del 2016. En:< goo.gl/3dKqCz>

⁴⁹ SAGÜES, Néstor Pedro. op. cit., p. 477-478.

De allí que el esquema o sistema constitucional lo realizaba una sala especializada de la Corte Suprema, la cual realizaría un control reparador, que decidiría sobre la inconstitucionalidad de todas las normas y actos comprendidos en el derecho público; así como un control preventivo de constitucionalidad que absuelva en consulta la aprobación de los convenios o tratados internacionales de otros proyectos de ley.

De esa manera, la jurisdicción constitucional en Costa Rica era atribuida a la Corte Suprema, específicamente a la Sala Constitucional, en donde se resuelve con un trámite peculiar el *habeas corpus*; el amparo contra actos de autoridad pública, con un trámite que otorga derecho a réplica; la acción de inconstitucionalidad con efectos reparadores (la acción de inconstitucionalidad y la consulta judicial de constitucionalidad) y preventivos (en la consulta), como se aprecia de lo desarrollado por Néstor Sagües⁵⁰.

Podemos destacar que, en el caso de la consulta, el autor citado anteriormente⁵¹ señala que el trámite se inicia con el planteamiento del juez competente, con indicaciones de las normas, conductas u omisiones presuntamente inconstitucionales y de las razones del caso; lo que conlleva a la suspensión del proceso hasta que la Sala Constitucional expida un pronunciamiento sobre el fondo.

En la actualidad se aprecia diversa problemática en el control de constitucionalidad en Costa Rica; no obstante, podemos mencionar las siguientes conforme lo precisa Rubén Hernández Valle⁵²: el indistinto tratamiento de los trámites judiciales para los actos cuestionados por inconstitucionales, que el tribunal no está conformado por especialistas del Derecho Constitucional, la legitimidad de los sujetos que cuestionan la inconstitucionalidad de una norma, entre otros.

No obstante, en relación con el control de constitucionalidad que realizan los jueces costarricenses, se encuentran diferencias o tipos de controles manifestados en su trámite, mencionando lo siguiente: un control *a priori*, por medio de una consulta legislativa facultativa y preceptiva, y una *consulta judicial facultativa*, de una norma o de un acto que

⁵⁰ *Ibidem.*, pp. 480-489

⁵¹ *Ibidem.*, p. 490

⁵² HERNANDEZ VALLE, Rubén. “La justicia constitucional en Costa Rica”. Consulta: 17 de setiembre del 2015. En: < goo.gl/CtxR0c>.

se aplica en un caso en concreto, y la *consulta judicial preceptiva* por infracción al debido proceso que resuelve un recurso extraordinario de revisión, como lo detalla Ernesto Jinesta⁵³.

1. 2. 1. Normatividad del control difuso en Costa Rica

Al igual que en el Perú, en Costa Rica se atribuye a la Constitución la calidad de norma suprema, de manera que cualquier acto emanado contrario a la misma, deviene en nulo y, por lo tanto, sin efectos.

En ese sentido, la interpretación de las disposiciones constitucionales debe realizarse de acuerdo con la Constitución para que los actos jurídicos no decaigan en nulidad. De esa forma se busca lograr que exista compatibilidad entre los actos con relevancia jurídica y las disposiciones emanadas de la Constitución.

Asimismo, se puede desprender también el principio de jerarquía de la Constitución, aunque no fue mencionado expresamente en dicha norma, dado que es un principio comprendido en todas las constituciones, el cual no requiere incorporarse expresamente en una norma jurídica o en la norma suprema para que se logre su optimización.

Al respecto, podemos citar la disposición constitucional que alude al principio de supremacía constitucional y de jerarquía de normas, en el artículo 10⁵⁴ de la Constitución, en la que se desprende lo siguiente:

[...] Artículo 10.- Las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo contrarias a la Constitución serán absolutamente nulas, así como los actos de quienes usurpen funciones públicas y los nombramientos hechos sin los requisitos legales. La potestad de legislar establecida en los artículos 105 y 121 inciso 1) de esta Constitución, no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados de conformidad con los principios del Derecho Internacional.
(Así reformado por ley N.º 5701 de 5 de junio de 1975).

⁵³ JINESTA L, Ernesto. “Legitimación en el control concreto y abstracto de constitucionalidad-Costa Rica”. Consulta: 25 de octubre del 2015. En: < <http://www.ernestojinesta.com>>.

⁵⁴ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Costa Rica de 1949, entró en vigencia desde el 8 de noviembre de 1949. Consulta: 1 de mayo del 2016. En: < <http://goo.gl/q4Tq5q>>.

Corresponde a la corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo.

La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo. [...]

Por otro lado, en el sistema de justicia en Costa Rica se reconoce al Poder Judicial la facultad para realizar el control de constitucionalidad y de legalidad, por medio de la Corte Suprema, en la competencia de sus distintas salas: la Sala Constitucional y las Sala en sus materias, en tanto, ejerce facultades de administración de justicia, para ello citamos el artículo 152⁵⁵ de la Constitución:

[...] Artículo 152- El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley. [...]

En ese sentido, el Poder Judicial es el órgano encargado de resolver conflictos en razón de las potestades reconocidas, de allí que la Constitución de Costa Rica señale lo siguiente:

[...] Artículo 154.- *El Poder Judicial solo está sometido a la Constitución* y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos. [...]

De ello, podemos apreciar que el control de constitucionalidad difuso ha sido reconocido en la Constitución Política de Costa Rica de 1949. Si bien dicha norma suprema no señala expresamente la incorporación del control constitucionalidad difuso, se debe comprender que sí fue incorporado en dicho cuerpo normativo.

Por otro lado, actualmente, en Costa Rica se alude al control de constitucionalidad en la Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N.º 7135, la cual fue expedida el 11 de octubre de 1989.

De ello podemos inferir que el control de constitucionalidad es una atribución reconocida para la jurisdicción constitucional; lo que conduce a interpretar que solo los órganos jurisdiccionales ejercen el control de constitucionalidad.

⁵⁵ *Ibídem.*

En ese entendido, se aprecia el reconocimiento de la supremacía constitucional sobre cualquier otra norma, otorgando la facultad de ejercer dicho control al Poder Judicial por medio de la Corte Suprema Constitucional, en ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Por ello, pasamos a señalar los artículos 1 y 2⁵⁶ de las disposiciones preliminares de la Ley de Jurisdicción Constitucional, las cuales señalan lo siguiente:

[...] Artículo 1.- La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Artículo 2.- Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

- a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.
 - b) *Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza* y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.
 - c) Resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre estos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público.
 - ch) Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente ley le atribuyan.
- [...]

De estas disposiciones legales apreciamos que el control de constitucionalidad se atribuye a los jueces supremos constitucionales, los cuales se desarrollan como una facultad expresamente reconocida.

1.2.2. La operatividad del control de constitucionalidad en Costa Rica

La consulta es el mecanismo comprendido en las legislaciones, como una suerte de revisión que opera de oficio dentro de un proceso judicial, cuya finalidad es aprobar o no lo resuelto o decidido por un órgano jurisdiccional en materias de interés público.

⁵⁶ ASAMBLEA LEGISLATIVO de Costa Rica. Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N.º 7135. Consulta: 1 de mayo del 2016. En: < <http://goo.gl/hilO1j>>.

De allí que la consulta sirve para proteger la aplicación e interpretación de las normas en casos donde se prefiere la Constitución sobre una ley, en los casos de protección de menores o mayores incapaces, los cuales requieren la intervención de los curadores.

De esa forma, podemos señalar que en la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, en el numeral 3 del artículo 57⁵⁷, se establecen las facultades de la Corte Suprema en materia Constitucional, por las que tiene que realizar el control de constitucionalidad, de la siguiente manera:

[...] Artículo 57.- La Sala Constitucional conocerá:

- 1.- De los recursos de hábeas corpus y de amparo.
- 2.- De las acciones de inconstitucionalidad.
- 3.- *De las consultas de constitucionalidad.*
- 4.- De los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones y los de competencia constitucional entre estos y la Contraloría General de la República, municipalidades, entes descentralizados y demás personas de Derecho Público. [...]

De la interpretación de esta normativa, podemos desprender que la consulta, en los casos del control de constitucionalidad, deriva de procesos ordinarios, y no de procesos constitucionales, dado que no se menciona expresamente en que materia o tipo de proceso se realizan.

Sin embargo, tampoco podemos deducir que la consulta se realice como consecuencia del control constitucional derivado de procesos constitucionales y, como consecuencia de ello, que se haya expedido la Ley de Jurisdicción Constitucional para otorgar la especialización en derecho constitucional.

Nótese que la Ley de Jurisdicción Constitucional permite reconocer un pleno control de la constitucionalidad derivado de procesos constitucionales, lo cual sí diferencia el control de constitucionalidad y con ello la consulta derivada de procesos ordinarios.

⁵⁷ ASAMBLEA LEGISLATIVA de Costa Rica. Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N.º 7333, la cual entró en vigencia el 1 de julio de 1993. Consulta: 1 de mayo del 2016. En: <<http://goo.gl/Fv3kkR>>.

Por lo tanto, con la posterior vigencia de la Ley de Jurisdicción Constitucional se ha comprendido la forma de reconocer el control de constitucionalidad para procesos constitucionales, por lo cual consideramos pertinente citar la disposición legal pertinente⁵⁸:

[...] Artículo 4.- *La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política.*

Por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios. Si la ausencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los casos de enfermedad o de otro motivo justo. [...]

De esa forma, el control de constitucionalidad realizado por cualquier juez debe seguir el procedimiento implícito regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Jurisdicción Constitucional.

Con ello, podemos desprender que el control de constitucionalidad en los procesos ordinarios se rige por la Ley Orgánica del Poder Judicial, para el cual se requiere de la consulta judicial.

La consulta judicial se configura como el mecanismo obligatorio en los casos de preferencia por la Constitución e inaplicación de una ley, para la revisión de lo resuelto por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema del Poder Judicial.

En ese sentido, cualquier juez que inaplica una ley en preferencia de la Constitución tendrá que elevarlo a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, por mandato expreso de la ley; de esa manera, la consulta es un mecanismo regulado dentro de la normativa constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁸ ASAMBLEA LEGISLATIVO de Costa Rica. Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N.º 7135. Consulta: 1 de mayo del 2016. En: <<http://goo.gl/hilO1j>>.

Por otro lado, no se aprecia que se haya establecido algún margen para realizar el control de constitucionalidad, tan solo son facultades para la revisión de lo decidido; así también, podemos apreciar que el control de constitucionalidad, al ser parte del proceso de interpretación del juez, no implica alguna responsabilidad en el caso de desaprobación su revisión; de la misma manera que ocurre en el caso peruano, aunque se puede incurrir en el delito de prevaricato por no aplicar la norma debida, aunque no se encuentre tipificado como un delito propiamente.

Dado el sistema de control de constitucionalidad, este se viene subclasificando en razón de la consulta judicial posterior y anterior. Por ello, se suele comprender que la consulta judicial posterior solo se realiza cuando existe duda en la aplicación del control de constitucionalidad; de allí que la incorporación de la consulta por la sola duda de la constitucionalidad de una norma, permite fijar un criterio de interpretación, como lo señala Carlos Jiménez⁵⁹.

De lo desarrollado anteriormente, podemos determinar que la regulación jurídica de la consulta en Costa Rica y en el Perú ha sido desarrollada en la Ley Orgánica de ambos países, cuya finalidad es revisar las decisiones que contienen la inaplicación de la norma con rango de ley en un caso concreto; de manera que dicha función recaerá en la sala especializada en lo constitucional de la Corte Suprema, sin importar la suspensión de lo decidido por el órgano que aplicó el control difuso.

Con el reenvío de lo resuelto por el juez superior en grado se obtiene una consolidación del criterio, pero en el caso de que no se produzca la aprobación del reenvío, porque no se aprobó el control difuso, la parte perjudicada tiene la posibilidad de cuestionar la decisión por medio de los recursos impugnatorios, como sería el de apelación.

⁵⁹ JIMENEZ GONZALES, Carlos. “Sistema de Interpretación Constitucional. Análisis de un caso fallado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional de Costa Rica”. En: *Revista de Ciencias Penales*. pp. 120-121. Consulta: 1 de mayo del 2016. En: <<http://goo.gl/eZL2d7>>.

Por ello, si el Poder Judicial tiene la facultad de administrar justicia, la inaplicación de las leyes contrarias a la Constitución garantizan y efectivizan el desarrollo de las disposiciones constitucionales.



Capítulo II

La operatividad del ejercicio del control difuso

Cuando, en el proceso judicial, el juez decide aplicar el control de constitucionalidad en el caso en concreto, está prefiriendo la aplicación de la Constitución sobre la ley, porque la aplicación de esta genera una afectación a un derecho fundamental de una de las partes del proceso, independientemente del tipo de proceso judicial que se inicie (ordinario o constitucional).

No obstante, al tutelarse los derechos fundamentales que se pudieron afectar al aplicar una ley, la decisión que contiene el control difuso requiere que esta decisión sea revisada y aprobada por el órgano jurisdiccional inmediatamente superior y/o por la Corte Suprema, por medio de la consulta a este órgano jurisdiccional, aparte de la apelación que pudo interponerse porque quien resultó afectado con la decisión del juez.

En este contexto, la operatividad del ejercicio del control difuso genera algunos efectos, los cuales aparentemente no fueron evaluados en el momento de diseñar el trámite de revisión de estas decisiones por medio de la consulta, dado que solo se habría pretendido resguardar la presunción de constitucionalidad de la ley con la revisión de lo decidido por otro órgano jurisdiccional. Por ello, pasaremos a desarrollar las consecuencias y/u operatividad del ejercicio del control difuso.

2.1. Suspensión del proceso en que se aplica el control difuso

Cuando un juez decide la aplicación del control difuso porque se ha afectado un derecho fundamental, lo realiza en ejercicio de su función jurisdiccional, como se encuentra establecido en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú actual; no obstante, ante esta aplicación, el mandato expreso del Código Procesal Civil es que la causa sea consultada, además de lo regulado por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Al respecto, consideramos pertinente precisar que encontramos la primera concepción e intento de incorporación de la consulta, a nivel constitucional, en el anteproyecto de la

Constitución del 1931 como lo señala Manuel Vicente Villarán⁶⁰; mientras que el principio de nulidad de leyes inconstitucionales había sido incorporado en la Constitución de 1856⁶¹, con la finalidad de limitar la competencia de expedir leyes del Poder Legislativo, y determinar la nulidad de los actos de quienes excedan de su función.

Con ello, la superioridad de la Constitución sobre la ley representa la constitucionalidad como régimen político, como lo precisó Manuel Vicente Villarán⁶²; por tanto, quien declare nulo un acto por inconstitucional aparentemente se encontraría en superioridad frente a quien expida las leyes, y con ello una forma de control sobre el legislador.

Por ello, ante esta dificultad se siguió lo adoptado en los Estados Unidos, en reservar la potestad de no aplicar las leyes constitucionales al Poder Judicial. De allí que el Proyecto de Manuel Villarán incorporó el principio de no aplicar leyes inconstitucionales en el artículo 142⁶³, pero bajo la precaución de elevar en consulta a la Corte Suprema lo decidido en cuestiones inconstitucionales por la primera o segunda instancia; en tanto, la Corte Suprema fijaría y unificaría los criterios, como parte de una revisión obligatoria.

Sin embargo, la primera norma que reguló este aspecto fue la Ley Orgánica del Poder Judicial, por medio del Decreto Ley N.º 14605⁶⁴, Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Título I denominado Garantías de la Administración de Justicia.

En ese sentido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Ley N.º 14605⁶⁵, se precisó:

[...] Artículo 8.- Cuando los jueces o tribunales, al conocer cualquiera clase de juicios, encuentren que hay una incompatibilidad entre una disposición constitucional y legal, preferirán la primera.

Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto se *elevantán a consulta* a la Primera Sala de la Corte Suprema.

La sentencia de Segunda Instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiese el recurso de nulidad.

⁶⁰ VICENTE VILLARÁN, Manuel. Anteproyecto de Constitución de 1931. [Por la Comisión que el presidiera]. Lima: s/e. 1962. p.77.

⁶¹ *Ibíd.*[Constitución de 1856. Artículo 10.- “Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”.]

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ídem.* , p. 78

⁶⁴ JUNTA DE GOBIERNO, Decreto Ley N.º 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, 25 de julio de 1963.

⁶⁵ *Ibíd.*

Los jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes.
[...]

Posteriormente, se puede observar en el Diario de Debates de la Constitución de 1979⁶⁶ que se pretendía la adopción de la consulta en los casos en que el juez aplica el control difuso y que dichas consultas serían resueltas finalmente por la Corte Suprema; no obstante, estos casos tendrían que elevarse previamente al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la ley inaplicada.

De esta propuesta normativa se aprecia que el constituyente había concebido la naturaleza jurídica de la consulta, como la institución que permite la revisión de una causa no ante el órgano inmediatamente superior sino al órgano de mayor jerarquía jurisdiccional, para que derive al órgano especializado y facultado para realizar el control de constitucionalidad. De esa manera, en coherencia con lo normado y el sistema adoptado, la institución de la consulta hubiera cumplido con la función de uniformización de criterios y de seguridad jurídica.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar que la consulta referida por el constituyente era concebida no como en sus orígenes, como aquel requerimiento de la interpretación de la norma que se inaplicaría por el Poder Judicial al Poder Legislativo, institución jurídica propia de un Estado Legal de Derecho que fue adoptada no en estricto, en tanto, no se realizaría un requerimiento de interpretación de la norma inaplicada al Poder Legislativo, sino al órgano de mayor jerarquía que aplica derecho; que en la actualidad no correspondería a la nueva concepción del derecho: la constitucionalización del derecho.

No obstante, actualmente, encontramos a la consulta como un supuesto normativo de revisión de cuestiones constitucionales, para los procesos ordinarios, en el artículo 408 del Código Procesal Civil vigente⁶⁷ de la siguiente manera:

[...] Artículo 408.- *Procedencia de la consulta.*- La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apelables:
1. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador;

⁶⁶ ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1978. *Diario de Debates de la Constitución de 1979*. En: <<http://bit.ly/1pmpOHU>>. Consulta: 12 de marzo del 2016.

⁶⁷ PODER EJECUTIVO. Decreto Legislativo N.º 768 del 4 de marzo de 1992.

2. La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal;
3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y,
4. Las demás que la ley señala.

También procede la consulta contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. [...]

Como podemos apreciar de la literalidad de lo recogido a nivel legal de la institución jurídica de la consulta, esta se comprendió para determinados supuestos.

Por otro lado, el trámite de la consulta establecido en el Código Procesal Civil comprende varios actos no jurisdiccionales que operan sin la intervención de las partes del proceso. Al respecto, el artículo 409 del referido cuerpo procesal dispone lo siguiente:

[...] Artículo 409.- Cuando proceda la consulta, el expediente es elevado de oficio.

El Auxiliar jurisdiccional enviará el expediente al superior dentro de cinco días, bajo responsabilidad.

La resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa. No procede el pedido de informe oral.

Durante la tramitación de la consulta, los efectos de la resolución quedan suspendidos. [...]

Por otro lado, en el Decreto Supremo N.º 017-93- JUS⁶⁸ del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente, en la Sección Primera denominada de los Principios Generales en el artículo 14 regula lo siguiente en relación a la consulta:

[...] Artículo 14.- De conformidad con el artículo 138 de la Constitución de 1993, 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 estas 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 en concreto, forma y modo que la Constitución establece.

⁶⁸ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 2 de julio de 1993.

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

De allí que se observe que la consulta ha sido una institución jurídica que se ha incorporado dentro de los cuerpos legislativos procesales, específicamente en las áreas del derecho civil; no obstante, cabe recordar que el Código Procesal Civil se aplica supletoriamente a las otras áreas del derecho, y con ello, aparentemente resultaría aplicable la disposición legal de la consulta regulada en el derecho procesal civil a otras áreas del derecho.

Por otro lado, la consulta se encuentra comprendida dentro de la normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cual nos llama la atención, dado que se encuentra relacionada estrechamente con la competencia⁶⁹ de los órganos que intervienen en su operatividad.

Por tanto, si encontramos la institución de la consulta comprendida dentro del Código Procesal Civil y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no significa que dicho instituto esté regulado doblemente o que sean distintos. No obstante, entendemos que dada la forma de desarrollo y función de esta institución se ha requerido que se le haya comprendido simultáneamente en dos cuerpos legales.

Si bien la relación entre el juez y el sistema jurídico se realiza por medio de la aplicación de las leyes, la cual se evidencia por medio de la interpretación; la aplicación de estas se realiza en armonía con la Constitución al resolver el caso en concreto.

De allí que el control de constitucionalidad que realizan los jueces se efectúe con una valoración peculiar, imponiendo un determinado razonamiento que eventualmente puede ser desarrollado por la parte afectada, pero que requiere que el juez realice aplicación de la Constitución antes que la ley, con mayor rigurosidad y más carga argumentativa, por el objeto de control: la ley inaplicada y la protección del derecho fundamental afectado.

⁶⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. “Artículo 106.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

No obstante, este objeto de tutela no despliega sus efectos con la decisión que emite el juez que aplicó el control difuso, sino que requiere de la operatividad de la consulta al órgano jurisdiccional superior y/o Corte Suprema para que se apruebe o no la aplicación del control difuso; de allí que este acto procesal genere la suspensión del proceso y, por lo tanto, la tutela del derecho fundamental que originó la aplicación del control difuso no desplegará sus efectos de manera inmediata.

Al respecto, José Juan Moreso⁷⁰ refiere que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no se constituye en un elemento necesario para la protección de derechos fundamentales, ni de las instituciones políticas justas, ya que cada cultura política distribuye el poder y los principios básicos en relación a los derechos y deberes de la persona y del Estado, de manera que se mantiene el ámbito de indisponibilidad de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la aplicación del control difuso tendría solo como finalidad la aplicación de la Constitución, y resguardar la presunción de constitucionalidad que goza la ley inaplicada, mas no la tutela del derecho fundamental, porque esta tutela se encontraría comprendida dentro de la aplicación de la Constitución sobre la ley.

No obstante, si bien la aplicación del control difuso permite aplicar la norma debida dentro de un debido proceso sustantivo, la efectividad del mismo no cuenta con el equilibrio de los valores de seguridad y celeridad, como advertiría José Dos Santos Bedaque⁷¹; dado que, el derecho material aplicado no surte plenos efectos de manera inmediata, al elevarse el referido proceso para que sea aprobado o no por una instancia superior; continuando además con la afectación del derecho fundamental que requirió la aplicación del control difuso, por el mandato expreso de la ley.

De esa manera, con la suspensión de los efectos de una decisión en que se aplicó el control difuso para que la decisión sea consultada, se genera que la efectividad, la celeridad y economía procesal, en cualquier caso de aplicación del referido control, no produzca

⁷⁰ MORESO, José Juan. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp.130-131.

⁷¹ DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Efectividad del proceso y técnica procesal*. Traducción de José Monroy Palacios y Christian Delgado. Lima: Editorial Communitas, 2010, p. 68.

incentivos para que el órgano jurisdiccional decida en aplicación del mismo, porque aparentemente se estaría sometiendo a una revisión de lo decidido y a su vez se estaría restringiendo la tutela efectiva de lo decidido por el órgano que aplicó el control difuso⁷².

Por otro lado, si bien la consulta permite que un órgano superior revise la aplicación del control difuso y concentre las causas en que se prefirió a la Constitución frente a la norma legal, la tutela jurisdiccional efectiva que rige en un modelo constitucional no surte efectos plenamente, dado que este tipo de decisión se encuentra supeditada a lo decidido por un órgano superior, en jerarquía, que no necesariamente garantiza o asegura un instrumento equitativo y justo en la solución de controversias en que se aplicó el control difuso.

De otro lado, de considerar necesaria la ejecución anticipada de la decisión que aplica el control difuso, pese a que se solicite de parte, este pedido no resultaría posiblemente estimable, dado que no está comprendido o permitido que las decisiones en donde se aplica el control difuso puedan desplegar efectos de manera inmediata; no solo porque no lo autorice la norma procesal, sino porque a su vez atribuye competencias, debiendo en un perjuicio que podría resultar irreparable en la justificación por la que se aplicó el control difuso —la tutela de un derecho fundamental—.

Vale decir, la consulta es un acto procesal que no permite, como normativa procesal que contiene la fundamentación teleológica, concentrar criterios en que se aplicó el control difuso en casos en concreto, una efectividad de la norma sustantiva-constitucional, dado que lo resuelto en la decisión con un pronunciamiento sobre el fondo, depende de una decisión posterior emitida por un órgano superior.

No obstante, esto no significa que el control jurisdiccional se constituya como garantía de la acción, más que de una limitación al ejercicio de la jurisdicción de parte del órgano que aplicó el control jurisdiccional difuso —de la misma manera que la garantía de juez natural,

⁷² Ídem., p. 70.

el contradictorio y de la amplia defensa e igualdad, como lo señala Cándido Rangel⁷³—, sino que, ante estos casos de aplicación de control difuso, se requiere que lo decidido en tutela del derecho fundamental surta plenos efectos de manera inmediata, y no que se prolongue con la consulta a otro órgano jurisdiccional.

2.2. La revisión de la aplicación del control difuso por el juez inmediatamente superior: consulta y apelación

La doctrina suele comprender como mecanismos de revisión de los fallos o sentencias y autos, a los medios impugnatorios; en tanto, estos garantizan la regularidad en la producción normativa de las resoluciones judiciales, debido a la tendencia al error en la producción humana; como apunta Osvaldo Gozaíni⁷⁴ citando a Calamandrei, en relación a la “falibilidad humana” que puede provenir de los jueces y/o de los abogados litigantes, en la confusión de las leyes y de sus interpretaciones, lo que no implique que haya existido una deficiencia en el momento de diseñar o crear los supuestos de incidencia normativa.

2.2.1. Breves alcances a la apelación y su regulación

Siguiendo a Salvador Iglesias⁷⁵, los primeros antecedentes del recurso de apelación se encuentran en el derecho romano, en la etapa denominada *cognitio extra ordinem*; posteriormente, en la Edad Media, se perfeccionó este recurso, denominado como recurso de falso juicio en razón a los errores *in iudicando* del derecho canónico, para cuestionar la sentencia civil injusta o falsa.

Luego se incorporó este recurso en un texto normativo, donde el rey designaba al juez de revisión (fuero juzgo); pero sería el antecedente más inmediato al recurso de apelación sobre el fondo, al recurso de alzada (fuero real), comprendido en Las Partidas, el cual se

⁷³ RANGEL DINAMARCO, Cándido. *La instrumentabilidad del proceso*. Lima: Communitas, 2009, pp.131 y 132.

⁷⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. p. 3. En: <<http://goo.gl/7g8Xcb>>. Consulta: 6 de marzo del 2016.

⁷⁵ IGLESIAS MACHADO, Salvador. *El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo*. Madrid: Dykinson. 2011, pp. 31-35.

caracteriza por una regulación amplia, en donde se aprecia claramente un instrumento de control de poder feudal del poder real.

De allí que, en esta evolución de la concepción del recurso de apelación, se aprecia que surgieron posturas doctrinarias⁷⁶ sobre cuáles son las características que debería adoptarse como técnica recursiva para la apelación; por ejemplo, en España, siguiendo a Martha Gisbert Pomata⁷⁷, se reconocen tres modelos de apelación: el libre, limitado e intermedio; los cuales se caracterizan por delimitar la revisión de la instancia superior.

En ese entendido, la apelación se configura como la forma o mecanismo para cuestionar lo resuelto por el órgano de primera instancia que resolvió el objeto litigioso, es decir, su finalidad es la revisión de lo resuelto por el órgano de primera instancia; de manera que se evidencia el principio de doble grado o de doble examen del mérito, y se otorga garantía al justiciable.

De esa forma, la apelación se configura como el medio ordinario para hacer efectivo el principio de doble instancia, con la finalidad de revisar la sentencia y lo evaluado por el órgano de inferior jerarquía. En ese contexto, el nuevo órgano tiene la función de revisar o depurar el material litigioso, como una suerte de controlar lo fallado. Asimismo, se suele señalar que con lo resuelto en apelación se logra obtener la revocación de lo resuelto por el órgano de inferior jerarquía.

Siguiendo a Priori Posada⁷⁸, en nuestro ordenamiento jurídico no se comprendió alguna referencia de manera general acerca de la impugnación, pero sí se comprendían varios articulados de referencia a varias instancias, como se puede apreciar de lo regulado en las Constituciones Cádiz de 1812; asimismo, Priori⁷⁹ refiere que recién con las Constituciones de 1823, 1826 y 1828 se encuentran las primeras normativas en relación con la impugnación.

⁷⁶ Ídem., p. 51

⁷⁷ GISBERT POMATA, Martha. “Consideraciones sobre la segunda instancia en el Proceso Civil Español”. En: *Derecho & Sociedad*. n.º 38. Lima: Asociación Civil, pp. 256 y 257. En: <<http://goo.gl/uM2mfS>>. Consulta: 5 de marzo del 2016.

⁷⁸ PRIORI POSADA, Giovanni Francesco. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus* n.º 9. Lima: Revista editada por alumnos de la Universidad de Lima, 2003, pp. 412 y 413.

⁷⁹ *Ibidem*.

Por su parte, Eugenia Ariano⁸⁰ señala que con el Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852 se reguló a la apelación como medio para promover la segunda instancia, seguido de la súplica como el medio para promover la tercera instancia; no obstante, precisa que la súplica⁸¹ era una autentica segunda apelación, la cual era resuelta por un órgano judicial del mismo nivel.

De otro lado, se aprecia que en la Constitución de 1979 se comprendió la pluralidad de instancia como derecho constitucional, sin especificar o aludir a la apelación; posteriormente, en un sentido distinto a la Constitución de 1979, en la Constitución de 1993 se regula la pluralidad de instancia aludiendo a la apelación como un medio impugnativo, para que de allí se justifique la regulación de la apelación en cada normativa especializada.

De esa manera, la apelación se constituye en el primer recurso al que puedan acceder las partes de un proceso, para cuestionar cualquier acto jurisdiccional, cumpliendo los requisitos establecidos por la ley procesal especial, que revisará lo resuelto por otro órgano jurisdiccional. Por ejemplo, en materia civil, la apelación se regula en el Código Procesal Civil en los artículos 364 al 383.

2.2.2. Breves alcances sobre la consulta y su regulación en el Perú

En relación con la consulta, siguiendo a Hitters⁸², podemos referir como antecedentes de la institución que la consulta tuvo su origen en las Leyes de las Partidas, como se puede apreciar en la Partida tercera de la Ley 11, Título 22, en la cual se prescribía que la consulta debía realizarse ante el rey.

En dichas disposiciones se comprendían la apelación y la súplica como medios impugnativos o de cuestionamientos que presentaban los interesados en un proceso ventilado en el Concejo de Indias, pero resuelto por el rey; a diferencia de la consulta, que no era concebida como un recurso impugnativo, sino como una institución que resguardaba

⁸⁰ ARIANO DEHO, Eugenia. “En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil”. En: <<http://bit.ly/1QL6SLM>>. Consulta: 11 de marzo del 2016, p. 5.

⁸¹ Ídem, p. 6.

⁸² HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Ordinarios*. Buenos Aires: Editorial Platense S.R.L., 1985, pp. 536-543.

los intereses específicos de una de las partes, para lo cual requería la revisión de otro sujeto, pero en supuestos específicos de la ley.

No obstante, siguiendo a Alejandro Guzmán⁸³, se aprecia que se reconoció como facultad de arbitrio del juez la obligación de consultar al legislador ante la prohibición de interpretar o colmar una laguna, lo cual se denominó referimiento al legislador obligatorio (el cual suele abreviarse como: *ral* o *rl.* obligatorio). Esta regulación se adoptó del derecho romano, en las Constituciones de Cádiz de 1812 y posteriormente en la Ley I de Toro, adoptadas en los países que conformaban el reino de Castilla.

De esa manera, se aprecia que la consulta se realizaba no al órgano inmediatamente superior, sino al órgano que había creado la norma, es decir, la consulta se realizaba del Poder Judicial al Poder Legislativo; de allí que debemos entender que la consulta referida como referimiento legislador obligatorio no sea el antecedente de la consulta como medio impugnativo, que venimos analizando.

Por otro lado, siguiendo a Enrique Vescovi⁸⁴, en el derecho comparado se encuentran indicios de la institución de apelación de oficio, la cual comprendía otro sistema y otra estructura.

La apelación de oficio o apelación automática es un instituto procesal muy similar a la consulta, pero con un origen distinto, mientras que aquella se encontraba regulada en el derecho portugués y español; por otro lado, la apelación de oficio era iniciada por el propio juez y no por las partes, de manera que se denominó como apelación automática.

De otro lado, en Osvaldo Gozaíni⁸⁵ apreciamos la referencia a la consulta como “consulta constitucional”, a aquella consulta realizada por cualquier Poder del Estado, como una suerte de control previo que suspende el trámite del proceso que lo originó, que es resuelto por el órgano especializado, el Tribunal Constitucional.

⁸³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Historia del “referimiento legislativo”, I Derecho Romano”. En: <<http://bit.ly/1WdAenj>>. Consulta: 10 de marzo del 2016.

⁸⁴ VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, pp.155 y 156.

⁸⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. <<http://bit.ly/1nE4rA6>>. Consulta: 11 de marzo del 2016.

En el Perú, la consulta se incorporó por primera vez en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por medio del Decreto Ley N.º 14605⁸⁶, Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Título I, denominado Garantías de la Administración de Justicia; no obstante, esta institución se intentó incorporar en la Constitución de 1979, sin mayor éxito.

Al respecto de esta institución, se puede desprender que la consulta referida por el constituyente no era concebida como en sus orígenes —la cual se realizaba al Poder Legislativo—, sino que sobre todo se aprecia que esta institución jurídica tiene una concepción propia de un Estado legal de derecho, mas no de una nueva concepción del derecho: la constitucionalización del derecho —no obstante, reconozcamos que se intentó incorporar esta institución jurídica en el Proyecto de Constitución de Manuel Villarán, como lo mencionamos anteriormente—. No obstante, en la actualidad, esta institución se encuentra regulada en dos legislaciones: el Código Procesal Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, mas no en el texto constitucional.

En relación a esta institución, en lo desarrollado por Eugenia Ariano⁸⁷, se aprecia que con la consulta se genera o se producen efectos de una instancia adicional de manera “espontánea”, en tanto, no actúa a pedido de parte, produciendo una carga adicional a los jueces de segunda instancia, sugiriendo su eliminación del ordenamiento jurídico.

De manera que, de lo desarrollado anteriormente, podemos desprender que la consulta opera por mandato legal ante la aplicación del control difuso de cualquier juez en un proceso judicial, cuya finalidad es revisar lo decidido por otro juez, sin que ello implique necesariamente una unificación de criterios ni una adecuada tutela efectiva del derecho vulnerado que justificó su aplicación; a menos que la consulta sea realizada ante la Corte Suprema, que en su rol de corte vértice realice dicho criterio unificador.

2.3. La revisión de la aplicación del control difuso por la Corte Suprema

⁸⁶ JUNTA DE GOBIERNO, Decreto Ley N.º 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, 25 de julio de 1963.

⁸⁷ ARIANO DEHO, Eugenia. op. cit., pp. 396 y 397.

Desde sus orígenes, la Corte Suprema es concebida como el órgano de máxima instancia del Poder Judicial, cuya función primordial es aplicar el derecho en última instancia, de manera independiente y autónoma al órgano que se encarga de crear la normativa y del órgano que se encarga de ejecutar la misma, para que de esa manera, se encuentra libre de cualquier injerencia del Poder Legislativo y Ejecutivo. Pese a que, sus funciones son facultadas por el legislador, lo cual pasaremos a referir brevemente.

En Franco Cipriani⁸⁸ se aprecia la referencia a que el legislador francés planteó el problema de controlar a los jueces, en el célebre decreto del 27 de noviembre (del 1 de diciembre de 1790), con el que se aseguró la separación de poderes y evitar que el Poder Judicial no sobrepase las funciones en del Poder Legislativo, estableciéndose de esa manera, el *tribunal de cassation*, órgano que se le consideró netamente como constitucional, ubicado entre el Poder Legislativo y Judicial, integrado por jueces y ajeno de toda organización judicial.

En ese sentido, podemos apreciar que el recurso de casación surge como un órgano político no jurisdiccional, cuya función es realizar el control de constitucionalidad para vigilar la actividad de los jueces, por medio de un control negativo que solo dejaba sin efectos los fallos extralimitados, siguiendo a Manuel González⁸⁹.

De allí que el doble examen jurisdiccional garantiza la legalidad y la garantía de la responsabilidad contra la arbitrariedad, de manera que los jueces sean independientes, pero sometidos a la ley, como refiere el autor citado anteriormente⁹⁰.

Por otro lado, la posibilidad de cuestionar o de impugnar las sentencias por casos graves de injusticia y de violación de normas fundamentales del derecho, han requerido de otorgar una competencia especial. Dicha facultad ha sido otorgada a la Corte Suprema, teniendo como órgano encargado de resolver el conflicto y del resguardo de la legalidad.

⁸⁸ CIPRIANI, Franco. “Casación y revocación en el sistema de las impugnaciones”. En: *Proceso & Justicia*. n.º 42. Lima: Revista editada por alumnos de la PUCP, p. 42.

⁸⁹ GONZALES CASTRO, Manuel. *El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica*. Córdova: Lerner Editora. 2004, pp. 224-226

⁹⁰ Ídem., p. 255.

En ese sentido, la casación se constituye como la institución jurídica que permite cuestionar la sentencia emitida en segunda instancia sea para declarar la invalidez de la ley por contradecir los principios constitucionales.

No obstante, como lo señala Enrique Vescovi⁹¹, la casación tendría dos finalidades básicas:

[...] la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia [...]

Para interponerse el recurso extraordinario de casación se requiere de un pedido de parte, que está perjudicado por una sentencia, y que de acuerdo a la causal contemplada en la ley de regulación, el recurso será admitido. A este recurso se le ha calificado como recurso extraordinario que cumple una relevancia trascendental, al constituirse como una suerte de una *última ratio*, ya que no cabría la posibilidad de interponer otro recurso luego de este.

En ese sentido, para interponer el recurso de casación se requiere que se configure expresamente una de las causales previamente establecidas en el Código Procesal, como podrían ser que la sentencia haya contravenido la ley o la doctrina legal, y que la sentencia haya aplicado falsamente o erróneamente la ley o la doctrina. En ese entendido, se concibe en la concepción de este recurso, una limitación de motivos, a partir de la naturaleza de la misma como una suerte de previsiones específicas de injusticia, para lograr la rectificación del vicio previsto, como lo desarrolla Manuel Gonzales⁹².

De esa manera, el efecto que producirá la sentencia casatoria es un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la *litis* manifestándose en una confirmación o una revocación de la sentencia recurrida, independientemente de la limitación en la valoración y actuación de los hechos alegados en el caso en concreto.

No obstante, en Sergio Chiarloni⁹³ se aprecia la identificación de la tarea fundamental de la corte de casación con la uniformidad en la interpretación de la ley, la aplicación del principio de igualdad, y en la predictibilidad de las decisiones, en la autoridad de la Corte Suprema, y en la eficiencia.

⁹¹ VESCOVI, Enrique. op. cit., p. 237.

⁹² GONZALES CASTRO, Manuel. op. cit., pp. 220 y 221.

⁹³ CHIARLONI, Sergio. "Las tareas fundamentales de la corte suprema de casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas". En: *Revista peruana de Derecho Procesal*. n.º 12. Lima: Comunitas Editorial, 2008, pp. 39-41.

En el Perú, el recurso de casación tuvo su origen en el recurso de nulidad comprendido en la Ley de Enjuiciamientos Civiles de 1852. No obstante, Quiroga⁹⁴ señala que la casación se concibe como un recurso de “casación constitucional” denominado recurso de agravio constitucional moderno.

De otro lado, al respecto, Fernando Liendo⁹⁵ señala que el modelo de casación que se pretendía instaurar en nuestro país era uno que se asemejaba a un proceso publicista cuya aspiración era lograr una Corte Suprema que ejerza funciones de una corte casatoria; en tanto, el tribunal de casación por su competencia, no decidía o resolvía casos en concreto, solo revisaba interpretaciones de la ley para luego determinar la adecuación de la interpretación autorizada por el Poder Legislativo, de modo que esta corte se sobreponía a todos los tribunales ordinarios.

De allí que se pueda desprender que si la corte casatoria formaba parte del Poder Judicial, la finalidad y competencia tendría que ser distinta a la que se había instaurado en Francia; en tanto, el Poder Judicial ya no necesitaba ser controlado, dado que sus funciones era resolver casos en concreto. En ese contexto, como lo señala el autor citado anteriormente⁹⁶, refiriéndose a una cita de Alex Tocqueville, se identifican tres funciones distintivas del poder público que ejerce el Poder Judicial: la finalidad de constituirse como un árbitro, emitir pronunciamientos para casos particulares (y no casos generales), y la actuación de este solo por pedido de parte.

En ese contexto, siguiendo a Monroy Gálvez⁹⁷, la casación peruana se concibe de la siguiente manera:

[...] la casación es un medio impugnatorio, específicamente, un recurso de naturaleza extraordinaria y con efectos rescisorios o revocatorios concedido al litigante a fin de que pueda solicitar un nuevo examen de una resolución respecto de situaciones jurídicas específicas; el que deberá ser realizado por el órgano máximo de un sistema judicial, a quien se le impone el deber de cumplir con los siguientes fines: cuidar la aplicación de la

⁹⁴ QUIROGA LEÓN, Aníbal. “La Casación en el Código Procesal Civil: proyecto modificatorio”. En: *Revista de la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP*. n.º 1. Lima: 2007, p. 5. En: <<http://goo.gl/4vDoON>>. Consulta: 9 de agosto del 2016.

⁹⁵ LIENDO TAGLE, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectiva*. Lima: Ara editores, 2012, p. 145 y 147.

⁹⁶ Ídem. , p. 143.

⁹⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. “Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano” En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. n.º 1. Lima: Communitas Editorial, 1997, p. 24.

norma objetiva, uniformar la jurisprudencia y obtener la justicia en el caso en concreto [...].

No obstante, señalamos que la Corte Suprema no solo tiene una función casatoria, sino que además se constituye como una segunda instancia, de manera que es competente en casos de nulidad de causas penales y también ejerce competencia en los casos de aplicación del control difuso por medio de la consulta que se le realiza.

Asimismo, que la Corte Suprema tenga determinadas funciones en relación con la técnica recursiva empleada no implica que no pueda realizar control difuso en un caso que resuelve en casación, o en nulidad; en tanto, tiene como función aplicar la norma debida al caso en concreto; por lo que el control difuso que aplica la Corte Suprema no solo se ejerce en absolucón de la consulta que le compete sino en razón de su facultad de aplicar derecho — en el caso que lo merite, independientemente del recurso que tenga que resolver —.

En ese contexto, podemos mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico se aludió expresamente como función de la Corte Suprema a la casación con la Constitución Política de 1979⁹⁸, la cual fue replicada en el mismo sentido por la Constitución vigente⁹⁹, en el que se aprecia que dicha facultad fue otorgada a la Corte Suprema del Perú, máxima instancia del Poder Judicial.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que en el Decreto Ley N.º 14605¹⁰⁰, Ley Orgánica del Poder Judicial, se comprendió como una de las facultades o competencias de

⁹⁸ ASAMBLEA CONSTITUYENTE DEL PERÚ DE 1979. “Artículo 241. Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala”.

⁹⁹ ASAMBLEA CONSTITUYENTE DEL PERÚ DE 1993. “Artículo 141.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173”.

¹⁰⁰ JUNTA DE GOBIERNO DE 1963. Decreto Ley N.º 14605. Ley Orgánica del Poder Judicial Artículo 113.- A la Corte Suprema le compete:

1. Conocer del recurso de nulidad y del de queja en material civil, de trabajo, penal y militar;
2. Dirimir las competencias cuya solución corresponda de acuerdo con los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales;
3. Conocer de los casos de extradición de acuerdo con las leyes y tratados vigentes;
4. Conocer del recurso de revisión de las sentencias condenatorias en materia penal;
5. Conocer en revisión de las resoluciones que dicten las Cortes Superiores en materia de legitimación;
6. Pronunciarse sobre el pedido de revisión de los procesos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales;
7. Conocer en Segunda Instancia de las causas de que conocen en Segunda Instancia de las causas de que conocen en Primera Instancia las Cortes Superiores; y

la Corte Suprema la revisión de las causas en última instancia, así como las facultades de absolución de la nulidad y consulta de las causas derivadas de las Cortes Superiores, entre otros; reconociendo así a la Corte Suprema las facultades de máxima instancia judicial.

De allí que, conjuntamente con el reconocimiento de la competencia de la casación a la Corte Suprema, se instaura la facultad de conocimiento y revisión de las causas sobre garantías constitucionales denegadas por la Corte Suprema al Tribunal de Garantías Constitucionales y se estableció que este tribunal tome conocimiento de la acción de inconstitucionalidad; reconociéndose así dos órganos jurisdiccionales de máxima instancia que se encargarían del control constitucional, a lo que se ha denominado un modelo peculiar de jurisdicción constitucional, como lo denominó Samuel Abad¹⁰¹.

Con ello, se aprecia que ambos órganos jurisdiccionales (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) en los casos del control de constitucionalidad, concentrarían criterios sobre la aplicación de los mismos, independientemente de la técnica recursiva o impugnatoria que se haya establecido para la revisión de las mismas: consulta y acción de inconstitucionalidad, o del objeto de tutela sobre el que recae el control constitucional.

Al respecto, recientemente la Corte Suprema¹⁰² emitió el Primer Pleno Jurisdiccional en materias Constitucionales y Contenciosas Administrativo, en el que acordó por unanimidad que:

- [...] El ejercicio del control jurisdiccional del control difuso en autos y sentencias:
- 1.- Procede ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa contra autos. Su elevación en consulta deviene obligatoria si dicha resolución no es impugnada.
 - 2.- Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la República deberán observar, en ese orden, los criterios de (1) fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta (2) juicio de relevancia, (3) examen de convencionalidad, (4) presunción de constitucionalidad, e (5) interpretación conforme.
- [...]

Con este acuerdo se comprende como criterio jurisprudencial que la interpretación que se realiza en aplicación del control difuso se ejercería como parte de la función jurisdiccional

8. Pronunciarse sobre las resoluciones que se eleven en consulta de acuerdo al artículo 8.

¹⁰¹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas”, en Pensamiento Constitucional, N.º 5, Lima: 1998, pp. 4-5. En <bit.ly/2etpwsK>. Consulta: 6 de noviembre del 2016.

¹⁰² Publicado en el diario oficial, *El Peruano*, el 2 de febrero del 2016, en separata especial, jurisprudencia.

en consulta, y con ello, la Corte Suprema por medio de su Sala Constitucional, se encuentra facultada para revisar la aplicación del control difuso no solo en decisiones finales, sino en autos interlocutorios.



Capítulo III

La valoración de la consulta en cinco casos en que se aplicó el control difuso por la Corte Suprema en el 2014

Anteriormente hemos desarrollado de manera breve las referencias históricas y normativas del control difuso en nuestro país, para realizar un análisis en concreto de cómo funciona y opera el control difuso y, como consecuencia de ello, la revisión del mismo por la Corte Suprema por medio de la consulta, a partir de cinco casos en concreto, en los que apreciaremos su aplicación, sus efectos y/o consecuencias, para que de manera inductiva apreciemos cómo funciona el control difuso.

3.1. La función jurisdiccional de aplicación de control difuso sin depender de su jerarquía ni especialidad

La función jurisdiccional es una actividad que tiene como fundamento su independencia, manifestada en la legalidad de sus decisiones, contenida en la motivación, que si bien se ventila dentro de un proceso, donde se han expuesto hechos, acreditados o no, conllevan a una actividad cognitiva, como lo manifiesta Luigi Ferrajoli¹⁰³.

En ese sentido, la función jurisdiccional se encuentra delimitada no solo en parte por la separación de poderes, sino por lo diseñado por el legislador, que se manifiesta en el principio de legalidad y en las competencias atribuidas a cada uno de los órganos. Ello, debido a que el cambio de paradigma de la aplicación del derecho por parte de los jueces no fue rotundo ni inmediato, sino que es el resultado de un desarrollo cultural y legal, que se aprecia, en las formas de cómo se reguló la actividad jurisdiccional y, por lo tanto, del rol que cumplen los jueces al dirimir conflictos.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. En: <<http://goo.gl/B0V6aJ>>, p. 6. Consulta: 12 de diciembre del 2015.

En el Perú la delimitación de la función jurisdiccional se encuentra comprendida en los artículos 138¹⁰⁴ y 139¹⁰⁵ de la Constitución; asimismo, de conformidad con lo regulado por los artículos 14¹⁰⁶ y 32¹⁰⁷ de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Anexo-Decreto Supremo N.º 017-93-JUS se determina la distribución de las funciones dentro de la organización del Poder Judicial.

De manera que, en un Estado constitucional de derecho, la función jurisdiccional se ejerce en aplicación de la Constitución y la ley, dejando de lado el sometimiento a decir y resolver los casos en razón de la ley y el Código, por lo cual pasa a instaurarse el poder de juzgar, como lo señala Gorki Gonzales¹⁰⁸.

De allí que las funciones judiciales se encuentren determinadas a nivel constitucional, entre las cuales destaca la facultad de aplicación del control difuso. Al respecto, podemos mencionar que el control difuso es una función y facultad del órgano jurisdiccional, no solo

¹⁰⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993.- “Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso. 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”.

¹⁰⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993.- “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

¹⁰⁶ LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.- “Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución. Artículo 14.- De conformidad con el Art. 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 estas 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”.

¹⁰⁷ LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.- “Artículo 32.- Competencia. La Corte Suprema conoce: a) De los recursos de casación con arreglo a la ley procesal respectiva; b) de las contiendas de competencia entre jueces de distritos judiciales distintos; c) de las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso; d) de las apelaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior; y, e) de la apelación y la consulta prevista en los artículos 93 y 95 del Código Procesal Constitucional, respectivamente”.

¹⁰⁸ GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 56 y 57.

porque se encuentre comprendida expresamente en la Constitución, sino porque es una facultad derivada de la aplicación del derecho¹⁰⁹.

Al respecto podemos mencionar, por ejemplo, siguiendo a Luiz Marinoni¹¹⁰, que en el sistema del *Common law* todos jueces (de primera instancia y de las Cortes Superiores), a nivel federal, gozan del mismo prestigio y conocimiento, a diferencia de la estructura con la que cuenta el sistema del *Civil law*, en donde la selección y estructura judicial difiere en jerarquía, sin que ello implique la transformación del juez de primera instancia en un juez de instrucción; aunque por los efectos del proceso, una decisión de primera instancia recurrida no se ejecute y se encuentre pendiente de su confirmación o no, y se demuestre que la decisión que tiene valor sea del tribunal superior.

En ese contexto, no nos encontramos ante un juez subordinado a la ley, ni al Código, el cual comprendía en el desarrollo de una función que correspondía a las exigencias formales del derecho y, por lo tanto, su actividad se mantenía subordinada a la ley; sino que estamos ante un juez cuyo poder y actividad se justifican en la Constitución y, con ello, se dota de la legitimación, la cual reside en la soberanía popular¹¹¹.

Asimismo, cuando el órgano jurisdiccional realiza el control jurídico, lo realiza como parte de sus funciones para garantizar el cumplimiento de los límites del poder, sin que ello derive en el uso y la supremacía de sus facultades. Como consecuencia de esto, se garantiza la “cadena de subordinaciones” derivadas del principio de jerarquía normativa constitucional, que significa la objetivación de los límites políticos, como lo señala Manuel Aragón¹¹².

¹⁰⁹ Se pueden apreciar los casos históricos en que se aplicó el control difuso, el juez Eduardo Coke, en 1610, marcó como antecedente en el control de constitucionalidad que realizó la posterior técnica de la *judicial review* y el posterior caso resuelto por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. (Trad.) Renzo Cavani. En: <<http://goo.gl/mQlrS5>>. Consulta: 6 de marzo del 2016. op. cit., p. 7.

¹¹¹ Al respecto precisamos, siguiendo a Gorki Gonzales, que tras el concepto de soberanía popular del Estado, se aprecian dos posiciones distintas sobre las implicancias y significados que atribuyen al concepto de soberanía popular, como resultado de la revolución francesa, destacando la concepción posterior a la revolución, que no obstante, pese a que se instauraba un “nuevo Estado”, distinto, no se había producido un cambio paradigma, en tanto, se mantenía vigente el principio de legalidad que había nacido y se había desarrollado dentro de la Escuela del Exégesis. GONZALES MANTILLA, Gorki. op. cit., pp. 46-51.

¹¹² Ídem., p. 56.

De allí que el órgano jurisdiccional se encuentre doblemente vinculado a la Constitución y a la ley, independientemente de la especialidad atribuida por ley al juez para que resuelva el conflicto, como serían la jurisdicción especial (el Tribunal Constitucional) y la jurisdicción ordinaria (el Poder Judicial). De esa manera se aprecia el modelo europeo de justicia constitucional, que dista del modelo original kelseniano, en el que se tenía dos jurisdicciones diferenciadas y separadas, y que a la vez esta función jurisdiccional europea se equipara con la función jurisdiccional norteamericana, en el que todo juez es juez constitucional, como lo denota Manuel Aragón¹¹³. Se evidencia así que el juez y el legislador tienen la misma importancia en las democracias.

En ese sentido, cuando los jueces aplican el control difuso, realizan una interpretación consistente en dejar de emplear la ley al caso en concreto, pese a que esta ley goza de presunción de constitucionalidad, para aplicar de manera inmediata la Constitución; asimismo, pese a que la Constitución contiene principios generales para cada caso en concreto, requieren de interpretación y concreción; de la misma manera que los derechos sociales, que contienen programas económicos y sociales, necesitan de leyes para desarrollarse.

No obstante, si bien el sistema jurídico se caracteriza por ser pleno, conforme lo establece Luis Prieto¹¹⁴, por comprender todos los supuestos de hecho, bajo la prescripción de que “cualquier caso puede calificarse como prohibido, obligatorio o permitido”, ante la falta de una norma se configura una laguna, debido a que en un sistema determinado no existe una correlación entre un caso y alguna calificación normativa.

La comprensión de una solución jurídica a todos los casos se manifiesta como un ideal difícil de comprender, no solo en el plano de la producción jurídica, sino en la aplicación

¹¹³ ARAGÓN REYES, Manuel. “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. pp. 182 y 183. En: <<https://goo.gl/p6Tse9>>. Consulta: 14 de febrero del 2016. Por otro lado, el autor señala que los jueces en el sistema norteamericano son ordinarios y constitucionales, es decir, que ejercen una función jurisdiccional de la legalidad y de la constitucionalidad, que se desarrolla en una democracia mixta, donde la democracia de la ley es corregida por la aristocracia de los jueces.

¹¹⁴ PRIETO SANCHIZ, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Octava edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 123.

del derecho para resolver casos en concreto, como lo precisa Luis Prieto¹¹⁵. Máxime, si un juez no debe dejar de resolver un caso en concreto, a falta de normativa aplicable al caso, sea porque el legislador no reguló una norma ante el supuesto de hecho referido o porque se encuentra una contradicción entre una norma legal y la Constitución.

Si bien esta función de control jurisdiccional es otorgada constitucionalmente para un caso en concreto, el supuesto de hecho del caso no se encuentra comprendido expresamente en la Constitución, sino que este supuesto forma parte de la generalidad normativa recogida en la Constitución, de la cual puede desprenderse que contienen los supuestos normativos específicos, que a su vez derivan en una regulación legal, lo que permite justificar la aplicación de la Constitución independientemente de la especialidad del juez.

De allí que, siguiendo a Luis Prieto¹¹⁶, el juez realiza una labor de especificación de los ámbitos de aplicación, que se mueve dentro de un número limitado de posibilidades interpretativas dentro de una lógica y discrecionalidad, aplicable al caso en concreto, alejado de la irracionalidad y de la arbitrariedad. Se entiende por tanto que la labor de los jueces se inicia con la interpretación, en la cual debe atribuirse un significado al enunciado normativo que se verifica en un resultado final, con una cualificación jurídica provisional de los hechos y de la individualización de la norma aplicable al caso, como lo precisa el autor citado anteriormente¹¹⁷.

En ese sentido, también se debe distinguir la valoración que se realiza —en el caso en concreto de lo actuado— de las diversas instancias; de modo que la valoración que realice un juez es distinta a la que pueda realizar un tribunal —un órgano colegiado, como sería la Sala Especializada o la Corte Suprema—, sea porque se realiza dentro del objeto de una casación o de una consulta, más aún si se realiza un control de constitucionalidad de la ley a aplicarse en el caso en concreto.

¹¹⁵ Ídem., p. 131

¹¹⁶ Al respecto nótese que no se distingue el órgano que aplica derecho en razón de su especialidad. PRIETO SANCHIZ, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima: Palestra-Themis, 2005, p. 156.

¹¹⁷ Ídem., pp. 179-181.

Si bien todos los jueces gozan de la facultad de aplicar el control difuso sin distinguir el ejercicio de su función en razón de su especialidad y/o jerarquía —lo que no implica que los jueces en razón de la unidad de su organización adopten criterios que permitan evitar alguna contradicción en el sistema—, ello no puede ejercerse plenamente porque la consulta atribuye legalmente funciones que distinguen la aplicación del control difuso de los jueces de primera instancia con la función de aprobación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema en los casos de consulta; así como la aplicación del control difuso que puede ejercerse en casación por parte de la Sala Especializada en lo Civil por la Corte Suprema, también máxima instancia de aplicación del derecho en el área especializada en lo civil.

Por otro lado, Willis Guerra¹¹⁸ señala que la atribución de competencia a un órgano no implica que solo la ley lo regule, sino que la Constitución también pueda tener un normatividad procesal dentro de su normativa; de esa manera, el proceso se encuentra dentro de las disposiciones constitucionales, ya que generalmente se encuentra condicionada su existencia al cumplimiento de la normativa legal, que se presupone constitucional; es decir, las normas constitucionales se desmaterializan con las disposiciones competenciales procesales y, a su vez, se materializa en las normas procesales que se contienen en la Constitución.

De esa manera, según los casos en concreto a los que hemos tenido acceso, apreciamos tres supuestos distintos en los que se aplicó el control difuso: el primer supuesto de aplicación del control difuso lo realiza un juez especializado que inaplica una norma legal, el segundo supuesto se origina de la aplicación de control difuso realizado por una sala especializada y el tercer supuesto de aplicación de control difuso lo realiza la Corte Suprema. Como resultado de la aplicación de los mismos, solo en los dos primeros supuestos de aplicación de dicho control opera la consulta ante la Corte Suprema, mientras que el tercer supuesto de aplicación del control difuso lo realiza la Corte Suprema, máxima instancia de aplicación del control de constitucionalidad sin posibilidad de consultarlo porque es la máxima instancia judicial quien aplica el control difuso.

¹¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Sobre la dimensión jusfilosófica del proceso”. En: *Doxa*. n.º 21- II, 1998, pp. 180 y 181. En: <<http://goo.gl/yxDe8R>>. Consulta: 31 de enero del 2016.

Con ello nuestra primera afirmación sería que el órgano competente para inaplicar una ley en un caso en concreto de manera definitiva es la Corte Suprema. La consecuencia es que tiene el deber de no dejar de resolver el conflicto iniciado, para lo cual aplica la Constitución; lo cual no requiere la revisión del ejercicio de la función jurisdiccional de control difuso.

En estos casos apreciamos que su trámite se realiza en procesos civiles en las materias de familia, comercial y civil; evidenciándose así que, independientemente de la aplicación de las leyes especiales a cada caso en concreto, los órganos jurisdiccionales prefirieron la aplicación de la norma constitucional por la afectación de un derecho constitucional de la parte demandante; de manera que la aplicación de la Constitución se realiza independientemente de la ubicación de la materia con la que se inicia el proceso y la calificación del mismo en su admisorio, en tanto, la aplicación del control difuso se realiza en la etapa decisoria del proceso.

3.2. Los efectos de la operatividad de la consulta en los casos de aplicación del control difuso

Cuando un juez aplica control difuso, por mandato expreso de la normativa procesal comprendida en el Código Procesal Civil, opera la consulta de la decisión en la que se aplicó el control difuso. Con ello se aprecia que dicha decisión se suspende y se asigna la revisión en consulta de lo decidido al órgano judicial inmediatamente superior o a la Corte Suprema.

Si bien la aplicación del derecho en ejercicio de la jurisdicción es una función política¹¹⁹, en tanto, se aplican normas emitidas por un órgano político (como el Poder Legislativo), la aplicación de esta normativa y su fundamentación a un caso en concreto, se pueden extraer criterios generales aplicables a casos similares, que en el caso del control difuso se

¹¹⁹ ALVARADO DE OLIVERA, Carlos Alberto. *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 255.

producen por una aplicación excepcional de la normatividad al caso en concreto y con ello la revisión de dicha aplicación.

De esa manera se evidencia que cada legislación adapta las técnicas procesales a los procedimientos judiciales y, con ello, atribuye competencias a la judicatura con la finalidad de obtener una solución conforme a derecho; sin embargo, muchas veces estas técnicas no logran una adecuada tutela de las relaciones jurídicas sustanciales y, con ello, un adecuado proceso al derecho material¹²⁰, como se evidenciará en los casos de aplicación del control difuso a los que hemos tenido acceso, a excepción del caso de aplicación de control difuso aplicado por la Corte Suprema, donde los efectos de la aplicación del control difuso no suspende el proceso ni genera competencia en la Corte Suprema, porque este es quien lo aplica, en ejercicio de su función jurisdiccional.

Primer efecto derivado de la aplicación del control difuso: la dilación del proceso y el aumento de carga procesal

Desde un análisis del acceso a la justicia, en los casos de aplicación del control difuso se manifiesta que la consulta no sería parte del trámite o procedimiento para obtener una decisión que aplicó en control difuso, dado que la aplicación del mismo es discrecional y aleatoria dependiendo de las circunstancias del caso, es decir, si este lo amerita o no, máxime si el demandante no lo peticiona y/o requiere, y considerando que el derecho al acceso de justicia no logra distinguir la función jurisdiccional en razón de su jerarquía al aplicar el derecho, ni mucho menos distingue en razón de especialidad.

De esa forma, la consulta genera una dilación y extensión del proceso, que dentro del paradigma de un Estado constitucional, no permite que los principios del derecho actúen de manera flexible, sin rigidez, aunque pueda producirse de alguna manera “inseguridad jurídica” por no concentrar criterios al aprobar los criterios de aplicación de principios, pero que con un proceso rápido sin dilaciones (sin consulta), se permitiría otorgar una garantía

¹²⁰ Ídem., p. 239

mayor de protección de los derechos reclamados de tutela, en un proceso legal y con mayor efectividad de los derechos objetivos.

Vale decir, la consulta es un acto procesal que no permite, como normativa procesal que contiene la fundamentación teleológica, concentrar criterios en que se aplicó el control difuso en los casos en concreto, así como una efectividad de la norma sustantiva, dado que lo resuelto en la decisión que se prefiere la aplicación de la Constitución, se emite un pronunciamiento sobre el fondo que depende de una decisión posterior emitida por un órgano superior.

En ese sentido, el control jurisdiccional se constituye como garantía de la acción, más que de una limitación al ejercicio de la jurisdicción de parte del órgano que aplicó el control jurisdiccional difuso, de la misma manera que la garantía de juez natural, el contradictorio y de la amplia defensa e igualdad, como lo señala Cándido Rangel¹²¹.

Con ello se evidencia la distinción innecesaria entre el órgano que aplica el control difuso y el órgano que aprueba el control difuso; ya que no se distingue no solo por la jerarquía sino en competencias en las que se encuentra una diferenciación sin justificación, máxime si ello implica una extensión del proceso que se trasluce en mayor tiempo y más gastos.

En ese sentido, el control jurisdiccional se constituye como garantía de la acción, más que de una limitación al ejercicio de la jurisdicción de parte del órgano que aplicó el control jurisdiccional difuso, de la misma manera que la garantía de juez natural, el contradictorio y de la amplia defensa e igualdad, como lo señala Cándido Rangel¹²².

Los intereses resguardados por la ley, con la institución de la consulta para los casos del control difuso, no lograrían el cumplimiento de su finalidad, dado que no era necesario contar con una revisión o aprobación de lo decidido (que contiene la aplicación del control difuso), y que sí perjudica a los justiciables, por la prolongación del proceso sin que las

¹²¹ RANGEL DINAMARCO, Cándido. *La instrumentabilidad del proceso*. Lima: Communitas, 2009, pp.131-132.

¹²² *Ibidem*.

partes lo soliciten para su revisión por medio de un recurso (consulta), lo cual afecta no solo la celeridad y/o economía procesal, sino que no permite una “tutela efectiva” de los derechos peticionados en el proceso.

Asimismo, si hubiera existido disconformidad por la parte perjudicada con la aplicación del control difuso y la consulta no estuviera normada para estos casos, este sujeto procesal tiene la opción de interponer un recurso, en ejercicio de su derecho de defensa y en razón de la técnica procesal manifestada en el principio del contradictorio.

Hasta este análisis, hemos realizado cuestionamientos al proceso, sus efectos, la técnica procesal, y la comprensión del principio de legalidad que concede las atribuciones y/o competencias al órgano jurisdiccional. Así también, podemos agregar que observamos que el control difuso es una forma de aplicación del derecho sustantivo, porque al aplicar el control difuso se realiza interpretaciones, en donde el intérprete encuentra una contradicción entre una norma con rango de ley con la Constitución.

Ello quiere decir que la aplicación del control difuso se configura al aplicar la Constitución cuando existe una contradicción con una ley, donde —de todas las interpretaciones posibles de esta ley— el resultado de la interpretación de esta no es constitucional; supuesto distinto es el de los casos en los que no exista una norma a aplicar en el caso en concreto, denominada como antinomia, en cuyo caso, por el deber de no dejar de aplicar alguna norma al caso en concreto, el juez aplica el control difuso.

En ese contexto, la consulta como institución procesal estaría sirviendo como una forma de revisión, mas no como complemento de la finalidad de resguardo o permanencia de la aplicación de la norma legal, que se presume constitucional. No sería la norma procesal la herramienta que permita la realización de la norma sustantiva, dado que, por la consulta se suspenden los efectos de la decisión que aplica el control difuso, hasta que el órgano inmediato superior lo apruebe o desaprobe.

No obstante, en la normatividad material como procesal, es posible encontrar aspectos formales y de fondo¹²³; que a su vez se encuentra comprendido dentro de la Constitución; de modo que, diferenciar a la normatividad por su naturaleza en las fuentes del derecho no es determinante.

En ese sentido, de los casos que hemos tenido acceso en aplicación del control difuso y que operó la consulta, podemos mencionar, como tiempo de duración del trámite, lo siguiente: en la Consulta N.º 3873-2014 San Martín, el trámite de consulta duró 1 año, 5 meses y 13 días; en la Consulta N.º 11518-2013 Lima, el trámite de consulta duró 11 meses y 16 días; en la Consulta N.º 14320-2013 Lima, el trámite de consulta duró 9 meses y 20 días; en la Consulta N.º 13331-2013 Del Santa, el trámite de consulta duró 11 meses y 25 días; y, en la Consulta N.º 15157-2013 Del Santa, el trámite de consulta duró 9 meses y 16 días.

De esa manera, podemos afirmar lo siguiente: la duración del trámite de la consulta operado por control difuso tiene un promedio de duración de 6 meses aproximadamente para que el órgano jurisdiccional superior apruebe en consulta lo decidido por el juez que aplicó el control difuso, es decir, 6 meses se extiende el proceso para otorgar el mismo sentido de la decisión del órgano que revisó en primera instancia lo actuado en el proceso.

Con ello se deriva que se aumente la carga procesal en la Corte Suprema y se suspendan los efectos de lo decidido por el órgano jurisdiccional que aplicó el control difuso, efectos que no están relacionados con la técnica procesal de la consulta, la cual ordena la operación de la revisión por mandato legal de la decisión que aplicó el control difuso de manera inmediata, y que puede tener efectos perjudiciales por la suspensión de la decisión y la adecuada tutela de los derechos fundamentales que originaron la aplicación del control difuso.

Segundo efecto: la suspensión del proceso para la revisión del control difuso aplicado

¹²³ MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría General del Proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp.133-135.

Todos los procesos judiciales tienen una duración que puede cuantificarse de manera abstracta, de acuerdo con lo comprendido como plazos para activar los actos jurisdiccionales y de las partes, que se regulan en la norma procesal, en este caso el Código Procesal Civil¹²⁴; no obstante, estos plazos no se cumplen de manera estricta por la influencia de otros elementos que operan conjuntamente con la norma procesal, como sería la carga procesal que se genera con la apertura de cada expediente por los requerimientos de los justiciables y la capacidad del órgano jurisdiccional de poder asumir las causas que se le asignan.

En ese sentido, si bien la aplicación del control difuso permite aplicar la norma debida dentro de un debido proceso sustantivo, la efectividad del mismo no cuenta con el equilibrio de los valores de seguridad y celeridad, como advertiría José Dos Santos Bedaque¹²⁵; dado que el derecho material aplicado no surte plenos efectos de manera inmediata, al elevarse el referido proceso para que sea aprobado o no por una instancia superior.

La suspensión de los efectos de una decisión en que se aplicó el control difuso genera que la efectividad, la celeridad y economía procesal en cualquier caso de aplicación del referido control no produzcan incentivos para que el órgano jurisdiccional decida en aplicación del mismo, porque aparentemente se estaría sometiendo a una revisión de lo decidido y a su vez se estaría restringiendo la tutela efectiva de lo decidido por el órgano que aplicó el control difuso¹²⁶.

De esa manera, el proceso judicial constituido como instrumento para lograr la justicia y otorgar la adecuada tutela de los derechos de quien lo peticiona, en los casos en que el pronunciamiento judicial contiene una decisión en donde se aplicó el control difuso, no

¹²⁴ Al respecto podemos mencionar, que en trámite de consulta eleva el expediente al órgano superior en un plazo de 5 días hábiles, se suspende el proceso, y fijada la fecha de la vista, el órgano en consulta debe resolver en 5 días hábiles lo resuelto, y no es procedente el informe oral, como lo señala el artículo 409 del Código Procesal Civil. Con ello, se apreciaría que el trámite de consulta regulado no incluye el tiempo que debe permanecer la causa con el órgano que aprobará o no la consulta, lo cual está sujeto a la carga procesal del órgano superior.

¹²⁵ DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Efectividad del proceso y técnica procesal*. Traducción de José Monroy Palacios y Christian Delgado. Lima: Editorial Communitas, 2010, p. 68.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 70.

comprende una regla simple y flexible, dado que otorga una competencia a un órgano superior por mandato legal para que se apruebe lo decidido por el órgano que aplicó el control difuso, sin que ello se haya originado en el ejercicio del contradictorio de las partes.

Con ello, la consulta extiende el proceso y genera más carga procesal en los órganos jurisdiccionales superiores, lo cual deviene en innecesario al revisar lo decidido y otorgar el mismo sentido de la decisión; resultando así, como primer efecto —y el más perjudicial— la irreparabilidad del derecho protegido del cual deriva la aplicación del control difuso: tutelar el derecho fundamental del demandante que originó la inaplicación de la ley al caso en concreto, prefiriendo la aplicación de la Constitución; como se puede apreciar de los casos revisados.

Por otro lado, esto genera la suspensión del proceso decidido que espera la aprobación o no de lo resuelto por un tiempo de seis meses, dado que no existe la posibilidad de una actuación inmediata de la decisión que aplicó el control difuso.

No obstante, en el caso resuelto en la Casación N.º 2873-2014 Lima, en el que la Corte Suprema aplica el control difuso, se aprecia que el trámite de la consulta no operó, dado que es el órgano de máxima instancia de aplicación del control difuso, lo cual no genera aparentemente la extensión del proceso y con ello tampoco el derecho fundamental se tornaría irreparable; sin embargo, nos cuestionamos que la Corte Suprema perciba la inaplicación de la ley aplicable al caso en concreto, así como que las instancias inferiores que resolvieron el caso en su etapa correspondiente no hayan ejercido el control difuso con anterioridad.

Tercer efecto: no se unifican los criterios de aplicación del control difuso

La consulta es la institución jurídica que permite a la Corte Suprema aprobar o desaprobado el control difuso ejercido por el órgano jurisdiccional de inferior jerarquía; sin que

normativamente se haya incluido la finalidad para ejercer esta revisión judicial, a diferencia de la función casatoria que ejerce la Corte Suprema¹²⁷.

No obstante, la Corte Suprema cumple roles de unificación y concentración de criterios que deben ser cumplidos no por ser parte de la finalidad que se pretende alcanzar con el recurso que revisa, sino porque se constituye con un órgano que no solo resuelve causas en última instancia sino que es un órgano que se convierte en garante de la constitucionalidad del sistema, que en nuestro país ha sido facultado recientemente, como señala Giovanni Priori¹²⁸.

Al respecto, podemos traer a colación lo decidido en Sala Plena de la Corte Suprema, la cual emitió el Primer Pleno Jurisdiccional en materias Constitucionales y Contenciosas Administrativo, en el que acordó por unanimidad la revisión de la sentencia y/o auto en el que se aplicó el control difuso, como lo mencionamos anteriormente.

En ese contexto, si un órgano jurisdiccional concentra los criterios de interpretación —como la Corte Suprema— dicha función no solo genera uniformidad en la aplicación del derecho, sino que evidencia la finalidad de generar objetividad y predictibilidad, como lo

¹²⁷ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. Decreto Supremo N.º 017-93-JUS.- “Casación. Artículo 32.- La Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva.

Conoce igualmente en vía de casación, las sentencias expedidas por las Salas de Familia en cualquier materia de su competencia e independientemente de la Ley que norme el proceso respectivo. En cualquier caso, el recurso debe reunir los requisitos de forma y fondo establecidos por el Código Procesal Civil. (1)(2). (1) Párrafo agregado por el Artículo 2 de la Ley N.º 27155, publicada el 11-07-99. (2) Artículo modificado por la Segunda Disposición Modificatoria de la Ley N.º 29364, publicada el 28 mayo del 2009, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 32.- Competencia.- La Corte Suprema conoce:

a) De los recursos de casación con arreglo a la ley procesal respectiva; b) de las contiendas de competencia entre jueces de distritos judiciales distintos; c) de las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso; d) de las apelaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior; y, e) de la apelación y la consulta prevista en los artículos 93 y 95 del Código Procesal Constitucional, respectivamente”.

¹²⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. “Sobre como el amparo contra resoluciones judiciales debilita el rol de la Corte Suprema en el Perú”. *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. Lima: Palestra Editores, 2015, pp. 191-193.

señala Jordi Nieva¹²⁹, pero ello no solo implica la aplicación de las leyes procesales, sino que evidencia la organización política del órgano facultado de aplicar e interpretar la ley en los casos en concreto; es decir, una armonía entre los criterios universales contenidos en la ley al resolver un caso en concreto con criterios particulares.

De esa manera, se aprecia de los casos en que se aplicó el control difuso y se elevó las causas en consulta a la Corte Suprema, en dos de las causas se inaplicó el artículo 400 del Código Civil (Consulta N.º 3873-2014 San Martín y la Consulta N.º 13331-2013 Del Santa), y en dos de las causas se inaplicó el artículo 364 del Código Civil (Consulta N.º 15157-2013 Del Santa y la Consulta N.º 14320-2013 Lima); sin que en ambos criterios comprendidos en las decisiones resueltas por la Corte Suprema hayan mencionado o aludido a una decisión anterior que permita justificar que el trámite de la consulta por aplicación del control difuso, más allá de la técnica procesal que pretenda resguardar la presunción de la constitucionalidad de las leyes, para que se cumpla una unificación de criterios ante la Corte Suprema en los casos de aprobación o desaprobación de lo resuelto en control difuso.

No obstante, se desprende que en estos casos, las consultas son aprobadas por la Corte Suprema, de modo que no se requeriría la elevación de lo resuelto para que se apruebe lo decidido por juez en aplicación del control difuso, dado que se mantiene el sentido de la decisión de aplicar el control difuso en cada uno de los casos en concreto.

Por otro lado, en el caso en que la Corte Suprema aplica directamente el control difuso no se justificó la decisión al considerar un pronunciamiento anterior en que se haya aplicado el control difuso en un mismo supuesto, como se aprecia en la Casación N.º 2873-2014 Lima (en que se inaplicó el Decreto Supremo N.º 221-88 EF). Así también, se puede desprender que, si la Corte Suprema aplica control difuso, no puede operar la consulta ante la propia Corte Suprema, quedando de manera definitiva la decisión en aplicación de control difuso

¹²⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. “¿Un juez supremo o un legislador “supremo”?”. En: *El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias al Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal*. Lima: Palestra Editores, 2015, pp. 178-179.

en casación, sin que en dicha decisión se haya mencionado la inaplicación de la consulta que debe operar en caso de aplicación del control difuso, ni al trámite del mismo.

3.3. La valoración de la consulta en que se aplicó el control difuso ante la Corte Suprema en el 2014

De lo desarrollado y analizado sobre la consulta como institución procesal en los casos de control difuso, notamos que esta institución está sirviendo como una forma de revisión de lo decidido en aplicación del control difuso, mas no complementando la finalidad de resguardo o permanencia de la aplicación de la norma legal, que se presume constitucional; y generando con ello efectos negativos en el sistema de justicia, dado que no sería la norma procesal la herramienta que permita la realización de la norma sustantiva en cada caso en concreto, al operar la consulta en la aplicación del control difuso y con ello la suspensión de lo decidido, hasta que el órgano inmediato superior lo apruebe o desaprupee.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que la Constitución no comprende la consulta como parte de la normativa a operar en aplicación de la función del control difuso, la cual pudo incorporarse, al comprenderse aspectos formales y de fondo¹³⁰ al aplicarse el control difuso; sin que ello implique contradicciones en su incorporación en el texto constitucional, aunque sí podemos tener indicios fuertes de los efectos negativos de la operatividad del control difuso; de modo que, diferenciar la normativa (procesal que comprende la consulta y la constitucional que otorga la función de aplicación del control difuso) por su naturaleza en las fuentes del derecho no es determinante, al apreciarse que, se mantiene el sentido de lo decidió en control difuso con la aprobación de la misma, así como la no operatividad de la consulta cuando el control difuso lo ejerce la Corte Suprema.

No obstante, se aprecia que, con la revisión de la causa consultada por la Corte Suprema, se está realizando un control de lo resuelto por el órgano jurisdiccional que aplicó el control difuso, al inaplicar una ley por preferir la Constitución; que en cierto modo implica un

¹³⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría General del Proceso*. Lima: Palestra Editores, 2007, pp.133-135.

control de la discrecionalidad al aplicar el derecho del órgano que ejerce la jurisdicción¹³¹; lo cual podría deducirse —en las causas revisadas— en que se aplicaron los principios generales del derecho, como resultado del control difuso, y al aplicar la Constitución se deja de lado la aplicación del silogismo, sin que se conlleve a la aplicación de la ponderación, para asignar una respuesta correcta¹³².

Por otro lado, no se puede equiparar la valoración que realiza un tribunal de instancia, del que realiza un tribunal casatorio o de un tribunal en control de constitucionalidad; no solo porque las competencias son atribuidas de distinta manera, sino porque la decisión que se emite es el resultado de las fases procesales donde se evalúan los hechos del caso y la normativa aplicable de distinta forma, como lo señala Luis Prieto¹³³.

De allí que la jurisdicción se configura como un poder independiente, difuso y profesional, que atribuye a todo juez la función de aplicar y resolver los casos en concreto, que encuentra su legitimación en la cultura jurídica y en el procedimiento, conformado por reglas, como señala Nicola Picardi¹³⁴; que en los casos de aplicación del control difuso por el requerimiento de aprobación de estas decisiones por mandato de la norma procesal, por medio de la consulta resulta innecesario su trámite, en tanto, la decisión que emite un juez que aplicó el control difuso sea equivalente a la decisión que aprueba en consulta por el órgano jurisdiccional supremo, porque este órgano supremo, no logra concentrar criterios y evalúa la aplicación normativa del caso, generando la suspensión de los efectos de la

¹³¹ Al respecto podemos mencionar a Raúl Núñez, quien señala que existe un cierto control que se realiza a las resoluciones judiciales por medio del sistema procesal, que aparentemente no tendría límite; pero que desde un análisis desde el Estado democrático deliberativo, el autor identifica dos discursos de fundamentación o justificación y un discurso de aplicación o adecuación, como fuente discursivas, en donde en el primer discurso se aprecie un análisis de validez de las normas sin importar el caso en concreto y en el segundo discurso se aprecia un análisis de las normas a las circunstancias relevantes del caso, de los cuales se puede señalar que estas formas discursivas son complementarias, pero que se suelen identificar con las funciones que realiza el Poder Legislativo y el Poder Judicial respectivamente. NUÑEZ OJEDA, Raúl. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. n.º 11. Lima: Editorial Communitas, 2008, pp. 308 y 309.

¹³² Al respecto, podemos precisar que la asignación de la respuesta correcta al caso en concreto no es en referencia a la teoría de Robert Alexy, sino que entendemos como respuesta correcta a aquella que se otorgó al caso en concreto, dentro de la legalidad y validez, sin que ello no implique el cuestionamiento a las razones o argumentos que la justifican.

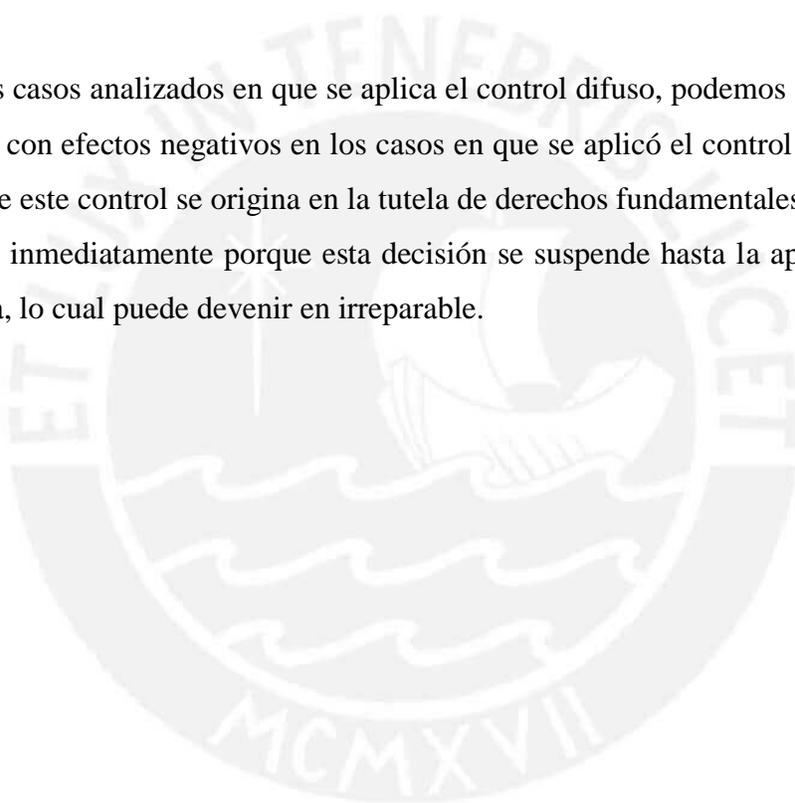
¹³³ PRIETO SANCHIZ, Luis. op. cit., p.180.

¹³⁴ PICARDI, Nicola. *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. Lima. Communitas. 2009, pp. 263 y 264.

decisión que revisa, sin considerar la tutela “efectiva” del derecho que justifica la inaplicación de la norma legal al preferir la norma constitucional.

De otro lado, este control de constitucionalidad que ejercen los jueces no se opone a la función de control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional; de tal forma que si se elimina la consulta en los casos de aplicación del control difuso, ambos órganos realizarían el control de constitucionalidad de manera adecuada, porque cada juez resuelve un caso por pedido de parte, lo cual presupone el resguardo de la garantía de los derechos fundamentales y, con ello, se garantiza la constitucionalidad de la decisión.

Por ello, de los casos analizados en que se aplica el control difuso, podemos apreciar que la consulta opera con efectos negativos en los casos en que se aplicó el control difuso, ya que la aplicación de este control se origina en la tutela de derechos fundamentales, los cuales no son protegidos inmediatamente porque esta decisión se suspende hasta la aprobación de la Corte Suprema, lo cual puede devenir en irreparable.



Conclusiones

- La función jurisdiccional es el resultado de la separación de poderes instaurados con la revolución francesa, cuya finalidad es realizar el control constitucional y proteger los derechos fundamentales de los individuos, sin que sea relevante que este órgano cuente con la especialidad y jerarquía en el ejercicio de su función para que pueda adoptar criterios de unificación.
- Si bien existen modelos de justicia constitucional adoptados en la actualidad de diversa manera, la función jurisdiccional tiene y cumple un rol del mismo valor que los otros poderes del Estado, como parte de la democracia.
- La Corte Suprema solo ejerce la función de unificación de criterios por medio de la revisión de un caso que procede en casación, lo que no se genera en la revisión de la causa en consulta por esta corte. De esta manera, el resguardo de la constitucionalidad de la ley en la consulta no se justifica como una convalidación ni resguardo de la interpretación realizada por el juez de primera instancia, dado que la consulta se genera de manera excepcional para tutelar los derechos de una de las partes del proceso al aplicarse una ley que se presume constitucional.
- La operatividad de la consulta no garantiza una adecuada tutela del derecho fundamental que originó la aplicación del control difuso, en tanto, la prolongación del proceso puede devenir en efectos negativos por la suspensión de la decisión que tutela el derecho fundamental.
- La operatividad de la consulta no es esencial en la decisión del caso en concreto, dado que el órgano jurisdiccional en primera instancia es el que atribuye la decisión al caso en concreto, de manera que al requerirse la aprobación o desaprobación de la decisión que contiene el control difuso, no se realiza una evaluación de los hechos del caso, tan solo una revisión de la discrecionalidad al aplicar el derecho.
- La operatividad de la consulta no genera unificación de criterios, porque la aplicación del control difuso que lo origina se genera en casos en concreto que no son resueltos en todos los casos por la Corte Suprema y la consulta no tiene como finalidad la unificación de los mismos.

- La operatividad de la consulta por aplicación del control difuso requiere de la revisión de la Corte Suprema, a excepción de la aplicación del control difuso por la propia Corte Suprema, la cual no se encuentra regulada.



Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Notas relativas al concepto de jurisdicción”. En: <<http://goo.gl/v51Del>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II Buenos Aires. Editorial EDIAR. 1956.

ALVARADO DE OLIVERA, Carlos Alberto. *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo- valorativo)*. Lima. Palestra Editores. 2007.

ARAGÓN REYES, Manuel. “Sobre las nociones de supremacía y supra legalidad constitucional”. En: *Revista de Estudios Políticos*. n.º 50. Madrid, marzo-abril, 1986.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y Control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Buenos Aires. Ediciones ciudad de Argentina. 1995.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución, democracia y control*. En: <<http://goo.gl/NjkF5F>>. Consulta: 3 de enero del 2016.

ARAGÓN REYES, Manuel. “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. En: <<https://goo.gl/p6Tse9>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

ARAGÓN REYES, Manuel. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”. En: <<http://goo.gl/h4ukes>>. Consulta: 9 de enero del 2016.

ARIANO DEHO, Eugenia. “En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil”. En: <<http://bit.ly/1QL6SLM>>. Consulta: 11 de marzo del 2016.

ARIANO DEHO, Eugenia. “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”. En: *Advocatus*. Lima. Revista editada por alumnos de la Universidad de Lima. n.º 9. 2003.

ATRIA, Fernando. “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”. En: *Lagunas en el derecho*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. 2005.

BASADRE GROHMANN, Jorge. *Historia de la república del Perú [1822-1933]*. Producciones Cantabria. 2015.

BREWER-CARIAS, Allan. “La justicia constitucional en América Latina”. En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. n.º 309. < goo.gl/xqiq8R>. Consulta: 11 de febrero del 2017.

BREWER-CARIAS, Allan. “Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX”. En: <<http://goo.gl/Z9q34M>>. Consulta: 3 de enero del 2016.

BRICEÑO SIERRA, Humberto. “Las condiciones en la impugnación”. En: <<http://goo.gl/UL2Ki5>>. Consulta: 5 de marzo del 2016.

BRODERMAN FERRER, Luis Alfredo. “La instancia procesal impugnativa civil (Teoría de la impugnación)”. En: <<http://goo.gl/n5HnK5>>. Consulta: 5 de marzo del 2016.

BULYING, Eugenio. “En defensa de el dorado. Respuesta a Fernando Atria” En: *Lagunas en el derecho*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. 2005.

CAMBERO QUEZADA, Guillermo. “Derecho administrativo francés: dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa”. En: <<http://goo.gl/e98Y6S>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. “La división de poderes y la función jurisdiccional”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año IV. n.º 7-8. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional””. Traducción de Pablo de Luis Duran. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6. Madrid. mayo-agosto. 1986.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Volumen III. Buenos Aires. Editorial UTEHA Argentina. 1944.

CELOTTO, Alfonso. “Legitimidad constitucional y legitimidad comunitaria: ¿El control de constitucionalidad en Italia como sistema mixto?”. En: *Controles Constitucionales*. Guanajuato. FUNDAp. Constitucionalismo y Derecho Público estudios. 2005.

CELOTTO, Alfonso. *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*. Como parte de la VII Jornadas de Derecho Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Rosario. Santa Fe. 21 y 22 de agosto del 2003.

CIPRIANI, Franco. “Casación y revocación en el sistema de las impugnaciones”. En: *Proceso & Justicia*. Lima. Revista editada por alumnos de la PUCP. n.º 42.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires. Ediciones de Depalma. 1988.

CHIARLONI, Sergio. “Las tareas fundamentales de la corte suprema de casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas”. En: *Revista peruana de Derecho Procesal*. Lima. n.º 12. 2008.

CROSS Rupert y J. W. HARRIS. *El precedente en el derecho inglés*. Madrid. Marcial Pons. 2012.

DE LA VEGA, Pedro. “Supuestos Políticos y Criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: Algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional Español”. En:

Revista Política Comparada. Universidad Internacional Menéndez n.º 10-11. Homenaje a Pablo Lucas Verdú.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid. Aguilar Ediciones. 1966.

DÍAZ REVORIO, F. Javier. *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*. Lima. Palestra. 2004.

DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Efectividad del proceso y técnica procesal*. Traducción de José Monroy Palacios y Christian Delgado. Lima. Editorial Communitas. 2010.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma.” En: *La Constitución y su defensa: algunos problemas contemporáneos*. Lima. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución”. En: *Derecho* n.º 46. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La obsolescencia de la bipolaridad modelo americano- modelo europeo kelsiano como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”. En: *Parlamento y Constitución. Anuario* n.º 6, Consulta: 11 de noviembre del 2009. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060359>>

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en España. 55 Temas de Derecho Público*. Bogotá. Instituto de Estudios Constitucionales. 1999.

FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. En: <<http://goo.gl/B0V6aJ>>. Consulta: 12 de diciembre del 2015

FERRAJOLI, Luigi. “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia” En: <<http://goo.gl/QMMj9H>>. Consulta: 31 de enero del 2016.

FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal*. México. Instituto de Investigación de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.

FROMONT, Michel. “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones francesas”. En: *Pensamiento Constitucional* año n.º VIII. n.º 8. Lima. Revista de la Maestría de Derecho Constitucional de la PUCP. 2001.

FURNISH B., Dale. “La “revisión judicial” de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos”. En: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Domingo García Belaunde. Lima. Fondo Editorial de la PUCP. 1990.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L. Lima. 1992.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La jurisdicción constitucional en el Perú”. En: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid. Dykinson. 1997.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Notas sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)”. En: <<http://goo.gl/nBHXb3>>. Consulta: el 1 de enero del 2016.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias”. En: *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*. Lima. Palestra. 2014.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. En: <<http://goo.gl/vCc0OF>>. Consulta: 6 de enero del 2016.

GARCÍA MORELOS, Gumersindo. “El control judicial de las leyes y los derechos fundamentales”. En: *Controles Constitucionales*. Guanajuato. FUNDAp. Constitucionalismo y Derecho Público estudios. 2005.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Sexta Edición. Manuales de la Revista Occidente. Madrid. 6.^a ed. 1961.

GREENHOUSE, Linda. “Because We are final” Judicial review two hundred years after Marbury. En: *Proceedings of the American Philosophical society*. n.º 1. Volumen 148. 2004.

GISBERT POMATA, Martha. “Consideraciones sobre la segunda instancia en el Proceso Civil Español”. En: *Derecho & Sociedad. Asociación Civil*. n.º 38. Lima. En: <<http://goo.gl/uM2mfS>> Consulta: 5 de marzo del 2016.

GONZALES CASTRO, Manuel, *El derecho al recurso. En el Pacto de San José de Costa Rica*. Córdoba: Lerner Editora. 2004.

GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los jueces. Carrera judicial y cultura jurídica*. Lima. Palestra Editores. 2010.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. En: <<http://goo.gl/7g8Xcb>>. Consulta: 6 de marzo del 2016.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. <<http://bit.ly/1nE4rA6>>. Consultado: el 11 de marzo del 2016.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal Civil*. Tomo II. Parte Especial. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1968.

GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: <<http://goo.gl/EiYx4L>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

GUASTINI, Ricardo. “El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo”. En: <<http://goo.gl/ILMRjn>>. Consulta: 10 de enero del 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Sobre la dimensión jusfilosófica del proceso”. En: *Doxa*. n.º 21- II. 1998. En: <<http://goo.gl/yxDc8R>>. Consulta: 31 de enero del 2016.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Historia del ‘referimiento legislativo’, I Derecho Romano”. En: <<http://bit.ly/1WdAenj>>. Consulta: 10 de marzo del 2016.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Historia del “referimiento legislativo”, II: el Derecho Nacional Chileno”. En: <<http://bit.ly/1TyOCJ4>>. Consulta: 10 de marzo del 2016.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons. Madrid. 2005.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “La justicia constitucional en Costa Rica”. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/130/dtr/dtr10.pdf>>. Consulta: 25 de octubre del 2015.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional. Selección*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1983.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Ordinarios*. Buenos Aires. Editorial Platense. 1985.

HUNTER AMPUERO, Iván. “El rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso”. En: <<http://bit.ly/1QUTcvm>>. Consulta: 12 de marzo del 2016.

IGLESIAS MACHADO, Salvador. *El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo*. Dykinson. Madrid. 2011.

JIMENEZ GONZALES, Carlos. “Sistema de Interpretación Constitucional. Análisis de un caso fallado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional de Costa Rica”. En: *Revista de Ciencias Penales*.

JINESTA L., Ernesto. “Legitimación en el control concreto y abstracto de constitucionalidad-Costa Rica”. En: <<http://www.ernestojinesta.com>>. Consulta: 25 de octubre del 2015.

JORDÁN MANRIQUE, Hernán. “Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional”. En: *Foro Jurídico*. Lima. 2005. n.º 4. Revista editada por alumnos de la facultad de Derecho de la PUCP.

KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional”. En: *Ius et Veritas* n.º 9. 1994. Lima. Revista de Derecho de los alumnos de la PUCP.

KELSEN, Hans. “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”. En: *Ius et Veritas* n.º 6. 1993. Lima. Revista de Derecho editada por los alumnos de la PUCP.

LIENDO TAGLE, Fernando. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectiva*. Lima. Ara editores. 2012.

LLORENTE SANCHEZ-ARJONA, Mercedes. “La revisión en el proceso civil”. En: <goo.gl/FXJveZ>. Consulta: 11 de febrero del 2017.

LÓPEZ PINA, Antonio. *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid. Tecnos. 1987.

LOUTAYF RANEA, Roberto. *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma. Buenos Aires. 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. *El doble grado de jurisdicción*. (Trad.) Renzo Cavani. En: <<http://goo.gl/mQlrS5>>. Consulta: 6 de marzo del 2016.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons. Madrid. 2007.

MITIDERO, Daniel. *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*. Lima. Communitas. 2009.

MONROY GÁLVEZ, Juan. “La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación”. En: *Revista Ius Veritas*. Lima. Revista editada por los alumnos de la PUCP. 1995. n.º 10.

MONROY GÁLVEZ, Juan. “Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP. n.º 5. 1992.

MONROY GÁLVEZ, Juan. “Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano” En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Editorial Communitas. 1997. N.º 1.

MONROY GALVEZ, Juan. “La actuación de sentencia impugnada” En: *Themis*. Revista editada por alumnos de la PUCP. Lima. 2001. n.º 43.

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Los recursos en el proceso civil*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2001.

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las leyes*. Introducción Enrique Tierno Galván. Traducción: Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid Tecnos. 1987.

MOSTAFA PAULINI, Hadel. “Síntesis crítica de la jurisdicción”. En: <<http://goo.gl/IMzSxR>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

MORESO, José Juan. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid. Marcial Pons. 2009.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. 2.ª ed. ampliada. Lima. Palestra Editores. 2014.

NIEVA FENOLL, Jordi. “¿Un juez supremo o un legislador ‘supremo’?”. En: *Proceso y Constitución. El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación*. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: proceso y constitución. Lima. Palestra editores. 2015.

NUÑEZ OJEDA, Raúl. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un estado democrático deliberativo”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. n.º 11. Lima. Editorial Communitas. 2008.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Los Tribunales Constitucionales en Sudamérica a principios del siglo XXI.” En: *Ius et Praxis* n.º 2. Año 9. Página web: <<http://www.scielo.cl>>.

ORTEGA MEDINA, Claudia. “La función jurisdiccional del Estado”. En: <<http://goo.gl/SVjhx2>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

ORTELLS RAMOS, Manuel. “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española”. En: <<http://goo.gl/wXIO84>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

OVALLE FAVELA, José. “El principio de la división de poderes y el poder judicial federal”. En: <<http://goo.gl/HZXBGs>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

OVALLE FAVELA, José. “Los medios de impugnación en el Código Procesal Civil del Distrito Federal”. En: <<http://bit.ly/1U64xPz>>. Consulta: 15 de marzo del 2016.

PALOMINO MANCHEGO, José F. “El influjo del constitucionalismo norteamericano en el Perú”, (A propósito de la obra de Robert S. Barker). En: *La Constitución de los Estados y su dinámica actual*. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2005.

PEGORARO, Lucio. “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centros de Estudios Constitucionales. 2002.

PICARDI, Nicola. *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. Lima. Communitas. 2009.

PINTORE, Anna. “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”. En: <<http://goo.gl/b4zOAJ>>. Consulta: 9 de enero del 2016.

PIZA ROCAFORT, Rodolfo. “Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y de América Latina”. En: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2025/5.pdf>>. Consulta: 25 de octubre del 2015.

PRIETO SANCHIZ, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid. Octava edición. Editorial Trotta. 2010.

PRIETO SANCHIZ, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima. Palestra-Themis. 2005.

PRIORI POSADA, Giovanni. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *ADVOCATUS*. Lima. Revista editada por alumnos de la Universidad de Lima. n.º 9. 2003.

PRIORI POSADA, Giovanni. “Sobre como el amparo contra resoluciones judiciales debilita el rol de la Corte Suprema en el Perú”. *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. Lima. Palestra. 2015.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano”. En: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima Fondo Editorial de la PUCP. <<http://bit.ly/1YYae1c>>. Consulta: 15 de marzo del 2016.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. “La Casación en el Código Procesal Civil: proyecto modificadorio”. En: *Revista de la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP*. <goo.gl/4vDoON>. Consulta: 11 de febrero del 2017.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. “La recepción española de la *judicial review americana*: la cuestión de inconstitucionalidad”. En: *La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos)*. Ponencias del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima. Editorial Jurídica Grijley. 2003.

RANGEL DINAMARCO, Cándido. *La instrumentabilidad del proceso*. Lima. Communitas. 2009.

REY MARTÍNEZ, Fernando. “Una apreciación del Dr. Bonham’ Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 81. 2007. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”. En: *Doxa*. n.º 23. En: < goo.gl/DkkEvV>. Consulta: 11 de febrero del 2017.

ROUSSEAU, Jacob. *El contrato social*. Prologo y cronología de Mauro Armiño. Madrid. Editorial EDAF. 1989.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “El principio de legalidad”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13. n.º 39. 1993. En:<<http://goo.gl/E8GcbB>>. Consulta: 4 de enero del 2016.

SAGÜEZ, Néstor Pedro. “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”. En: *Revista de Estudios Políticos*. n.º 74. En: <dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=26710>. Consulta: 25 de octubre del 2015.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo*. Editorial Bibliográfica Argentina: Lavalle. Buenos Aires. 1957.

SOBREVILLA ALCAZAR, David. “La influencia de Kelsen en el Perú. Una revisión crítica”. En: *Derecho PUCP*. n.º 31. 1973. Lima. Fondo Editorial de la PUCP.

SOLÉ RIERA, Jaume. *El recurso de apelación civil*. Barcelona. JM Bosch Editor. 1998.

VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1988.

VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios*. <<http://bit.ly/1ploUvi>>. Consultado: el 11 de marzo de 2016.

TARUFFO, Michele. “Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia”. En: *Proceso y Constitución. El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación*. Ponencias al Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal. Lima. Palestra Editores. 2015.

TARUFFO, Michele. “El proceso civil de ‘civil law’ y de ‘Common law’: aspectos fundamentales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. n.º 11. Lima. Editorial Communitas. 2008. pp. 466-492

Leyes del Perú

CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ 1993

CÓDIGO PROCESAL CIVIL (Decreto Legislativo N.º 768, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Publicado el 4 de marzo 1992.)

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DEL PERÚ de 1978. Tomo V. En:<<http://goo.gl/BjzEK8>>. Consulta: 14 de febrero del 2016.

JUNTA DE GOBIERNO, Decreto Ley N.º 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, 25 de julio de 1963.

CONGRESO CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N.º 8305, 30 de agosto de 1936.

JUNTA DE GOBIERNO, Decreto Ley N.º 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, 25 de julio de 1963.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Constitución Política, 12 de julio de 1979.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1978. En:<<http://goo.gl/9V8Gbq>>. Consulta: 20 de diciembre de 2015.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO DEL PERÚ, Constitución Política del Perú, 31 de octubre de 1993. En: <<http://goo.gl/7L9E4F>>. Consulta: 20 de diciembre de 2015.

PODER EJECUTIVO, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 2 de julio de 1993.

PODER EJECUTIVO, Decreto Legislativo N.º 768 del 4 de marzo de 1992.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N.º 28946, Ley que modifica el Código Procesal Constitucional, publicada el 24 de diciembre del 2006.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 1978. Diario de Debates de la Constitución de 1979. En: <<http://bit.ly/1pmpOHU>>. Consulta: 12 de marzo del 2016.

PODER EJECUTIVO, Decreto Legislativo N.º 768 del 4 de marzo de 1992.

Leyes de Costa Rica

Constitución Política de Costa Rica de 1949, entró en vigencia desde el 8 de noviembre de 1949.

Ley de Jurisdicción Constitucional, Ley N.º 7135, la cual fue expedida el 11 de octubre de 1989.

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica. Ley N.º 7333, la cual entró en vigencia el 1 de julio de 1993.

