



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política**  
**de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Vol. 77, n.º 77, enero-diciembre, 2022 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2022.v77n77.07

## **PROTECCIÓN PROCESAL Y JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN. REFLEXIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES DEROGADAS**

Procedural and jurisdictional protection of the  
Constitution. Reflections on the unconstitutionality of  
repealed laws

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [jpalominom@unmsm.edu.pe](mailto:jpalominom@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0003-1082-193X>

MARIO GONZALO CHÁVEZ RABANAL  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
(Lima, Perú)

Contacto: [mario.chavez@unmsm.edu.pe](mailto:mario.chavez@unmsm.edu.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-7675-9705>

## RESUMEN

En el presente artículo de investigación se revisa la tutela procesal de la norma constitucional realizada mediante los procesos constitucionales, haciendo énfasis en sus características especiales, las cuales los diferencian respecto de los procesos ordinarios, a fin de analizar una modalidad de defensa de la Constitución: el proceso de inconstitucionalidad contra normas derogadas que, a pesar de no estar vigentes en el ordenamiento jurídico peruano, aún pueden generar inconstitucionalidades, vulnerar a la norma constitucional y lesionar derechos fundamentales de la persona. Este trabajo se centra en diferenciar la vigencia, la invalidez, la inconstitucionalidad y la derogación para delimitar el control de las leyes que han sido derogadas. Esta investigación tiene un enfoque cualitativo, un diseño de teoría fundamentada y un tipo básico de investigación; usa las técnicas de recolección de datos del análisis documental y la revisión de texto, que principalmente se limita a la doctrina, la normativa y la jurisprudencia; concluye con las reflexiones finales.

**Palabras claves:** procesos constitucionales; proceso de inconstitucionalidad; inconstitucionalidad de leyes derogadas; vigencia; validez.

## ABSTRACT

This research article reviews the procedural protection of the constitutional norm through constitutional processes, emphasizing its special characteristics, which differentiate them from ordinary processes, in order to analyze a modality of defense of the Constitution: the process of unconstitutionality against repealed norms that, despite not being in force in the Peruvian legal system, can still generate unconstitutionality, infringe the constitutional norm and injure fundamental rights of the individual. This work focuses on differentiating between validity, invalidity, unconstitutionality and repeal in order to delimit the control of laws that have been repealed. This research has a qualitative approach, a grounded theory design, and a basic type of research; it uses documentary analysis and text

review data collection techniques, which is mainly limited to doctrine, normative and jurisprudence; it concludes with final reflections.

**Key words:** constitutional processes; unconstitutionality process; unconstitutionality of repealed laws; enforceability; validity.

Recibido: 15/08/2022    Aceptado: 20/09/2022    Publicado: 10/12/2022

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se apoya en un enfoque cualitativo toda vez que se trata de analizar las características del proceso de constitucionalidad en relación con normas derogadas. El aporte de la investigación consiste en ampliar los conocimientos sobre los casos en que procede ejercer un control de constitucionalidad sobre leyes que se han derogado.

Para la recolección de la información se ha usado la técnica de análisis documental y la revisión de texto; los documentos que se han evaluado son la doctrina más destacada sobre el derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales y la acción de inconstitucionalidad. Se han analizado, en relación con las fuentes normativas, la Constitución y el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley n.º 31307 (en adelante, CPCConst.). En cuanto a las fuentes jurisprudenciales, se han revisado las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el proceso de inconstitucionalidad contra normas derogadas. En lo que respecta al tema abordado, este trabajo se ha centrado en los procesos constitucionales y, de modo particular, en el proceso de inconstitucionalidad.

En el ámbito nacional, los procesos constitucionales configurados por la Constitución peruana de 1993 poseen como fin garantizar la jerarquía normativa de la Constitución y el pleno goce de los derechos constitucionales. El Código Procesal Constitucional, en el artículo II del Título Preliminar, reafirma los fines de los procesos constitucionales como mecanismos procesales de la garantía de la

supremacía y la fuerza normativa de la Constitución y de la efectiva vigencia de los derechos constitucionales.

En el contexto internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) reconoció que los derechos de la persona humana cuentan con recursos rápidos, sencillos y eficaces para su vigencia; señala como ejemplos de estos a los recursos de *habeas corpus* y amparo. En la Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, interpretó la Corte que el *habeas corpus* y el recurso de amparo constituyen garantías judiciales forzosas para la defensa de los derechos cuya interrupción está prohibida por el artículo 27.2 y buscan, además, mantener la legalidad en una sociedad democrática (f. j. 42). Asimismo, el control de convencionalidad (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013) se manifiesta como el control de garantía de los derechos humanos, con alcances a todos los órganos estatales, para buscar siempre hacer prevalecer los derechos humanos frente a actos particulares o estatales.

## 2. LA TUTELA PROCESAL DE LA CONSTITUCIÓN

En lo que respecta al sistema jurídico del Perú, la más destacada doctrina ha clasificado los procesos constitucionales en procesos constitucionales orgánicos y de la libertad. Esta clasificación obedece a los contenidos de la Constitución, la cual, clásicamente, se ha dividido en dos partes: la dogmática y la orgánica (García Belaunde, 2001, pp. 19-20).

La parte dogmática reconoce los derechos constitucionales de la persona como garantías de la autonomía de la persona humana frente al poder estatal, garantiza una esfera de actuación libre de las interferencias del Estado, y esta parte dogmática es garantizada por los procesos constitucionales de la libertad. Estos procesos están conformados por el proceso de *habeas corpus*, el proceso de *habeas data*, el proceso de amparo y el proceso de cumplimiento.

Los procesos de la libertad proceden ante el acto lesivo proveniente de la persona, la autoridad o el funcionario que lesiona o amenaza derechos constitucionales, y tienen como finalidad garantizar el

pleno ejercicio de los derechos fundamentales constitucionales reponiendo la vigencia del derecho al estado anterior de la amenaza o la vulneración, o disponiendo que se cumpla el mandamiento legal o acto administrativo (artículo 1 del CPCConst.).

La parte orgánica se refiere al límite impuesto al gobernante por la voluntad constituyente, limitando su poder con la distribución de competencias y atribuciones; es decir, alude a la organización del Estado, la cual inicia con la Constitución, donde se distribuyen las funciones y los ámbitos de actuación del poder estatal. La parte orgánica de la Constitución es garantizada por los procesos constitucionales orgánicos. En este extremo se realiza el presente trabajo de investigación, referido a la protección de la norma constitucional frente a las leyes derogadas.

Los procesos orgánicos se subdividen en procesos que resuelven conflictos normativos. Se les denominan conflictos normativos a las incompatibilidades entre normas jurídicas, por ejemplo, entre la Constitución y la ley que le es contraria, o un reglamento que es incompatible con la ley y/o la Constitución. Los procesos orgánicos se clasifican en a) proceso de inconstitucionalidad, resuelto en única y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional; y b) proceso de acción popular, resuelto en instancia originaria y de apelación o consulta en el Poder Judicial. Adicionalmente, existen procesos que resuelven conflictos de competencia o de atribuciones<sup>1</sup>, como el proceso competencial, resuelto en única y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional.

Cabe subrayar que los procesos constitucionales orgánicos tienen como objetivos garantizar la jerarquía normativa de la Constitución<sup>2</sup> y resolver los conflictos de competencia o atribuciones.

---

1 Los conflictos de competencias comprenden al Gobierno central, regional y local, y el conflicto de atribuciones comprende a las atribuciones otorgadas por la norma suprema a los poderes del Estado y los organismos constitucionales (STCPE 00006-2006-PC/TC, Lima, Poder Ejecutivo, 13 de febrero, 2007, f. j. 10).

2 En el artículo 74 del Código Procesal Constitucional se dispone que son fines del proceso de acción popular y de inconstitucionalidad la defensa de la norma constitucional frente a vulneraciones contra su jerarquía normativa, ya sea directa o indirecta, total o parcial, en la forma o el fondo.

### 3. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Para definir a un proceso como proceso constitucional, se requiere que reúna las siguientes características:

- a) En los dispositivos constitucionales se regule de forma expresa el proceso constitucional. En el Perú lo ubicamos en los artículos 200 y 202.3 de la norma constitucional suprema.
- b) La propia Constitución define los derechos o los bienes jurídicos que protege, los actos contra los que procede y su finalidad. El artículo 200 claramente define los derechos o los bienes jurídicos tutelados, los actos lesivos contra los cuales proceden y su finalidad, que no es otra restitutiva, sino el restablecimiento del orden constitucional o, según el artículo 202.3, proteger a la norma suprema ante los conflictos de atribuciones o de competencias.
- c) La Constitución debe explicar claramente que estos proceden única y directamente para proteger bienes constitucionales. Los procesos constitucionales están estipulados en los artículos 200 y 202.3 de la Constitución peruana y precisan los derechos que protegen, que no son otros que los derechos constitucionales y el bien jurídico de la jerarquía normativa de la Constitución.

El artículo 1 del CPCConst. señala que los procesos constitucionales tienen por objetivos garantizar los derechos fundamentales constitucionales y reponer la situación del derecho al momento anterior de la lesión o la amenaza de lesión de los derechos constitucionales; asimismo, el artículo 27 indica que las sentencias se deben cumplir en sus propios términos.

En el plano internacional, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) estipula que toda persona cuenta con un recurso sencillo, rápido y eficaz ante los órganos jurisdiccionales competentes, a fin de que los resguarden de actuaciones que lesionen sus derechos humanos consagrados por la norma constitucional, la ley o la Convención; señala también que

los Estados partes tienen el compromiso de cumplir, por los funcionarios competentes, toda resolución que haya estimado procedente el recurso.

Sobre los procesos orgánicos, el artículo 74 del CPConst. refiere que el proceso de acción popular y el proceso de inconstitucionalidad tienen por fin la defensa de la norma constitucional ante vulneraciones de su supremacía normativa. Y el artículo 108 dispone que el proceso de competencias procede frente a los enfrentamientos de los órganos o las entidades estatales que vulneran las atribuciones o las competencias que la norma constitucional y las leyes orgánicas han distribuido.

### 3.1. CARACTERÍSTICAS

Las características más relevantes de los procesos constitucionales son la sencillez, la celeridad y el carácter reparador de su fin. Sergio Díaz Ricci (2005, pp. 69-71) describe las siguientes:

- a) Celeridad: Se refiere a la rapidez procesal, la simplificación procesal de la prueba y la posibilidad de evitar audiencias innecesarias. Es permitida la subsanabilidad de la acción y la convertibilidad, cosas inviables en el proceso ordinario. Asimismo, los plazos son breves en comparación con los procesos comunes, con el único fin de proteger los derechos fundamentales constitucionales.
- b) Sencillez: Se pretende eludir las dificultades procesales que desvirtúan los procesos, suministrando a los ciudadanos el acceso a los procesos (p. e. gratuidad, no firma de letrado en el *habeas corpus*, etc.).
- c) Publicación: Los procesos constitucionales son de naturaleza pública, protegen como bienes jurídicos las normas de la Constitución, cuya prevalencia es defendida por los jueces constitucionales para conservar la democracia. De la publicidad del proceso constitucional se infieren los principios de impulso de oficio, la continuación con el proceso ante su duda de improcedencia, la dirección de la acción, etc. Los procesos

constitucionales son públicos en cuanto protegen bienes públicos como derechos fundamentales constitucionales y la jerarquía de la Constitución.

- d) Justiciabilidad: Toda lesión de los derechos constitucionales y vulneración de la norma constitucional debe ser puesta en conocimiento de la jurisdicción constitucional. Cabe subrayar que esta última, en particular el Tribunal Constitucional, se instaura como ente guardián de la carta magna, por lo que siempre debe hacer primar la Constitución para conservar el sistema constitucional que sirve de la convivencia comunitaria.

La peculiaridad de los procesos constitucionales se refiere a su creación directa por la norma suprema constitucional para su propia defensa. Su configuración está diseñada para garantizar de manera eficaz la plena eficacia de los derechos fundamentales constitucionales, así como para limitar y racionalizar el poder político. Los procesos constitucionales no obedecen a otra finalidad que garantizar el imperio de la norma constitucional y la protección del ser humano.

Como instituciones de tutela apremiante, los procesos constitucionales se desenvuelven como garantías procesales que tiene la persona para defenderse frente a los actos lesivos de sus derechos fundamentales constitucionales. Estos procesos también tienen el objetivo de proteger a la propia norma suprema (que es la máxima garantía jurídica de la persona) frente a ataques internos (como pueden ser las leyes) o la actuación de los órganos o las entidades del Estado.

En el diseño de la tutela jurisdiccional de la norma constitucional y de la persona humana en el Perú, los procesos constitucionales se configuran como mecanismos urgentes, rápidos y eficaces que buscan, en el ámbito de la persona, resarcir el daño causado y, en el ámbito de la norma constitucional, hacer prevalecer su jerarquía normativa.

### 3.2. DIFERENCIAS CON LOS PROCESOS ORDINARIOS

Los procesos constitucionales, en cuanto instituciones procesales de defensa de la persona humana y la Constitución, se distinguen de los



procesos ordinarios en la dimensión de su fin, que es el restablecimiento de las cláusulas constitucionales ante su quebrantamiento; en cambio, los procesos ordinarios están diseñados para resolver las controversias interpersonales o la aplicación de la potestad *ius puniendi* del Estado, pues tienen fines constitutivos, declarativos, aclarativos, sancionadores o punitivos, etc.

Además, la radical diferencia se basa en que los procesos constitucionales están consagrados constitucionalmente como procesos especiales de defensa de los derechos fundamentales constitucionales y de la jerarquía de la norma constitucional, función que los procesos ordinarios no tienen directa ni especialmente reconocida en la Constitución.

La uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005, f. j. 10) peruano precisó las disimilitudes con los procesos judiciales ordinarios en cuatro aspectos: a) por sus fines (protegen a la Constitución y defienden los derechos constitucionales); b) por el rol del juez (él tiene el mayor papel protagónico, es el guardián de los Constitución y los derechos constitucionales); c) por sus principios orientadores (flexibilizan las exigencias formales y materiales para garantizar la supremacía constitucional y defender a la persona); d) por su naturaleza (doble componente subjetivo y objetivo, defienden intereses privados y bienes jurídicos de orden público).

Los procesos constitucionales están configurados como mecanismos procesales directos y especializados de la Constitución, su finalidad es tornar eficaces las cláusulas de la Constitución ante su quebrantamiento. Se dividen en los procesos de la libertad, que tutelan la parte dogmática de la Constitución referida a los derechos constitucionales, y los procesos orgánicos, que protegen la parte orgánica de la Constitución y resuelven conflictos normativos y de competencia.

En lo referente a los procesos conocidos como de la libertad (proceso de *habeas corpus*, proceso de *habeas data* y proceso de cumplimiento), estos buscan restablecer la plena vigencia del derecho fundamental constitucional vulnerado. En el caso del proceso de cumplimiento, se enfoca en tornar eficaces las leyes o las resoluciones como expresiones de la eficacia normativa de la Constitución.

En relación con los procesos orgánicos, la finalidad se alcanza mediante la prevalencia de las cláusulas constitucionales frente a normas y actos de atribuciones o competencias que infrinjan la jerarquía normativa de la norma constitucional. En este punto, reiteramos que el presente artículo analiza el proceso de inconstitucionalidad frente a normas derogadas y cómo estas normas inciden sobre la jerarquía normativa de la Constitución.

Según la norma constitucional, los procesos constitucionales están diseñados para tornar eficaces sus cláusulas, mientras que los procesos ordinarios o de la jurisdicción común pretenden, en términos generales, resolver las controversias o los litigios suscitados en las esferas pública y privada como expresiones del acceso a la justicia, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la paz. La competencia jurisdiccional global es característica de la jurisdicción común, y la competencia especializada sobre la primacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales es la particularidad de los procesos constitucionales.

#### **4. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMAS DEROGADAS**

El proceso de inconstitucionalidad tiene como fin garantizar la jerarquía normativa de la norma constitucional y procede ante normas con rango de ley que directa o indirectamente vulneran la Constitución. Tal como señala Eto Cruz (2016), «la inconstitucionalidad por acción se manifiesta a través de leyes o normas específicas contrarias al comando constitucional» (p. 175). El proceso de inconstitucionalidad es la expresión del modelo concentrado kelseniano por el cual, verificada la inconstitucionalidad de la ley, se expulsa con efectos generales del sistema jurídico.

Lo característico del proceso de inconstitucionalidad es la derogación de la ley y su expulsión, perdiendo sus efectos jurídicos, así como su carácter vinculante y obligatorio, desde el día siguiente de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad en el diario oficial *El Peruano*.

Si la norma derogada ha perdido vigencia y fuerza vinculante, y, por ende, no resulta vinculante, la interrogante que se puede presentar

es cómo puede vulnerar a la Constitución si la norma legal fue expulsada del sistema jurídico, en otras palabras, ¿se puede vulnerar a la Constitución mediante una ley derogada, que no está vigente y no es obligatoria? Si nos ubicamos desde un ámbito temporal hacia el futuro y nos limitamos únicamente a analizar la norma a partir de la derogación hacia adelante, la respuesta sería negativa, ya que una de las características del modelo concentrado reflejado en el proceso de inconstitucionalidad es que se trata de un control posterior, es decir, se ejerce sobre normas publicadas y vigentes. Cabe aclarar que, una vez que la norma ha sido derogada, y a partir de la derogación, la misma no es vinculante para los funcionarios ni los ciudadanos. Asimismo, al no estar vigente la ley, tampoco puede imponerse sobre la Constitución ni ser la fuente normativa de actos lesivos de derechos fundamentales constitucionales.

¿En qué sentido, entonces, hablamos de la viabilidad del proceso de inconstitucionalidad frente a normas derogadas? Se trata de los casos donde la norma legal estuvo vigente y aún se aplica a hechos acaecidos durante su vigencia, pero también cuando el proceso de inconstitucionalidad se está tramitando y antes de la sentencia del alto tribunal la norma es derogada, es decir, el hecho de que la ley se derogue no implica obligatoriamente que el Tribunal Constitucional dé por concluido el proceso, sino que este continúa y se emite una decisión. Estos supuestos son recogidos por el artículo 106 del CPConst., el cual dispone que en el trámite del proceso de inconstitucionalidad, si se derogan las leyes impugnadas, el Tribunal Constitucional sigue con el trámite en cuanto se apliquen los hechos, las relaciones o las situaciones acaecidas en su vigencia. En el segundo párrafo de dicho artículo se indica que la decisión que adopte el Tribunal no se extiende a las leyes que remplazaron a las impugnadas en la demanda, siempre que no se trate de leyes esencialmente semejantes a aquellas.

El artículo 106 del CPConst. faculta al Tribunal Constitucional a continuar con el proceso de inconstitucionalidad en el supuesto de que la ley cuestionada haya sido derogada. Y la continuación del proceso se justifica en tanto la norma legal sea aún aplicable a situaciones, relaciones y hechos producidos durante su vigencia. Lo anterior significa que, por más que la norma legal haya sido derogada y no resulte

obligatoria para los nuevos hechos o sucesos que se presentan después de su derogación, sí es obligatoria para los que se produjeron mientras estuvo vigente. En este escenario, durante su vigencia, la norma legal despliega todos sus efectos normativos, es obligatoria y vinculante.

Ahora bien, en el tiempo que estuvo vigente, la norma legal puede generar inconstitucionalidades; para ello resulta importante considerar las definiciones de derogación, vigencia, validez e inconstitucionalidad. La vigencia se refiere al tiempo que transcurre desde el día siguiente de la publicación de la norma en el diario *El Peruano* hasta su derogación. En la vigencia también se considera la *vacatio legis*, que es el tiempo que acontece desde la publicación de la ley hasta que entra en vigor, esto es, el lapso desde la publicación de la norma hasta que inicie a desplegar sus efectos normativos. La vigencia se pierde con la derogación.

Por otro lado, la validez está relacionada con la jerarquía normativa, específicamente con la compatibilidad que debe de existir entre una norma jurídica de jerarquía inferior y otra de jerarquía mayor. Con base en el principio de regularidad, la norma inferior es válida si se aprueba según lo estipulado por la norma superior; en los términos de Kelsen (2011, p. 256), la norma superior es acto de creación de la norma inferior y, al mismo tiempo, la norma inferior es acto de reproducción de la norma superior; en tal sentido, si se cumplen los actos de creación y reproducción, la norma inferior es válida y el principio de regularidad se aplica a las relaciones de la norma legal con la Constitución. Es decir, la norma constitucional es acto de creación de la ley y la ley es acto de reproducción de la Constitución; si estos se respetan, se afirma que la norma es válida (ha sido aprobada conforme dispone la norma superior).

Si no se respeta el principio de regularidad (no se cumple con los actos de creación y reproducción), surge la inconstitucionalidad. Así, una ley es inconstitucional si no es acto de creación de la Constitución y, al mismo tiempo, la ley no es acto de reproducción de la Constitución. En el sistema jurídico peruano, la entidad que está facultada para declarar que una ley es inconstitucionalidad es el Tribunal Constitucional, por intermedio del proceso de inconstitucionalidad. Una

vez declarada la inconstitucionalidad por el alto tribunal y publicada la sentencia en el diario oficial *El Peruano*, la ley declarada inválida pierde también su vigencia.

En este contexto se presenta el primer supuesto que nos proponemos analizar. Mientras la norma estuvo vigente, no se había declarado su inconstitucionalidad y mantenía su validez, por lo que se aplicó a los hechos y las situaciones producidas. Luego de la publicación de la decisión definitiva del Tribunal Constitucional con ocasión de un proceso de inconstitucionalidad, la ley declarada inconstitucional ha perdido su validez y su vigencia; sin embargo, los hechos suscitados durante su vigencia, cuando aún no se había declarado su invalidez (inconstitucionalidad), se rigen por la norma derogada.

Para evitar vulneraciones a la Constitución, por más que la norma ya no esté vigente y no sea válida, resulta indispensable que el alto tribunal se pronuncie por la ley derogada en el proceso de inconstitucionalidad, a fin de controlar los efectos normativos de la ley durante el tiempo que estuvo vigente, era válida y no se había declarado inconstitucional. La vigencia no significa necesariamente validez; puede darse el caso de que la norma se encuentre vigente, pero es inválida porque es inconstitucional, debido a que no respetó el principio de regularidad; frente a dicha inconstitucionalidad, el Tribunal debe ejercer el control de constitucionalidad controlando los efectos normativos de la ley, y ello se produce declarando con efectos retroactivos la inconstitucionalidad en materia penal, materia tributaria, etc.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional (2004a) ha precisado los fundamentos del proceso de inconstitucionalidad frente a normas derogadas:

### **§1. Vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas**

2. [...]

[...] la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria (Exps. n.º 0004-2004-AI/TC, acumulados, f. j. 2; énfasis del original).

#### 4.1. PROCEDE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMAS DEROGADAS

En lo tocante a la sustracción de la materia frente a las normas legales derogadas, parecería tener sustento si nos limitamos únicamente a analizar la vigencia de la norma. Por el modelo concentrado, el control de constitucionalidad de las leyes que se ejerce es *a posteriori*, es decir, opera sobre normas que han sido publicadas y se encuentran vigentes; en el caso que analizamos, la norma ha sido derogada y, por ende, ha perdido su vigencia, así que ya no habría norma legal que controlar, por lo que se habría producido la sustracción de la materia.

Sin embargo, la sustracción de la materia podría ocurrir frente a la vigencia, mas no frente a la validez y, en concreto, al tiempo en que la norma desplegó sus efectos jurídicos. En el lapso anterior a la derogación, la norma se aplicó a los hechos o los sucesos que se enmarcaban en sus supuestos normativos. Estos hechos, al quedar regidos por la norma que ahora se ha derogado y se ha determinado que es inconstitucional, también tienen que ser controlados, por lo que corresponde anularlos y emitir un pronunciamiento a fin de no mantener inconstitucionalidades.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2010) se ha pronunciado en los siguientes términos:

## § Sobre la pretendida sustracción de la materia

10. [...] [a] medida que dicha ordenanza no ha sido implementada, ha operado la sustracción de la materia. No obstante ello, tal argumento no puede ser amparado[,] ya que dicha inoperancia no restringe su validez, ni su eficacia, ni tampoco garantiza que en el futuro el demandado lo implemente. Y es que, en el proceso de inconstitucionalidad, el análisis respecto de la constitucionalidad de la norma cuestionada se realiza desde una perspectiva abstracta, por lo que no resulta necesaria la presencia de acto lesivo alguno, como ocurre en el proceso de amparo (STC 00011-2008-PI/TC, f. j. 10; énfasis del original).

El proceso de inconstitucionalidad contra normas derogadas opera frente a la validez de las normas y al despliegue de sus efectos jurídicos en el tiempo que estuvo vigente. De este modo, no debe sorprender que, como otros altos tribunales lo han hecho, el Tribunal Constitucional ejerza el control de validez de las normas legales derogadas; así se ha interpretado en el caso ITF (Tribunal Constitucional, 2004c):

## § Juicio de validez de normas derogadas

7. [...] «(...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria».

8. Ello tomando en cuenta que la derogación termina con la vigencia de la ley, pero no logra eliminarla del ordenamiento jurídico; afecta su aplicabilidad futura, mas no su existencia y, por tanto, tampoco su aplicabilidad para las situaciones pasadas creadas a su amparo, que no hayan quedado agotadas (Expediente n.º 0041-2004-AI/TC; énfasis del original).

## 4.2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS SUSTITUTIVAS DE LAS NORMAS DEROGADAS QUE SON SUSTANCIALMENTE IDÉNTICAS

Las leyes derogadas se pueden controlar en el proceso de inconstitucionalidad: el artículo 106 del CPConst. así lo dispone y ha sido ya consensuado por la uniforme jurisprudencia del alto tribunal. El control de la constitucionalidad de leyes derogadas con la que actúa el Tribunal Constitucional se vincula con la característica de que únicamente actúa a instancia de parte; este es uno de los rasgos que lo diferencia del modelo difuso, que opera tanto de oficio como a instancia de parte.

En el último párrafo del artículo 106, se dispone que el Tribunal no debe extender el control a las normas legales que han sustituido la ley derogada, salvo que sean sustancialmente idénticas. Solo si son idénticas, el Tribunal Constitucional puede ingresar a controlarlas a pesar de que no se postularon como pretensiones de inconstitucionalidad. En efecto, en la jurisprudencia del alto tribunal se ha estipulado que si una demanda de inconstitucionalidad está relacionada con otras leyes que no fueron impugnadas en la demanda, se puede declarar la inconstitucionalidad por conexión. El Tribunal Constitucional (2021) también está facultado para extender las consecuencias de la inconstitucionalidad declarada por conexión o consecuencia. Ello opera por la función primaria y primordial del alto tribunal como defensor de la supremacía de la norma constitucional. Cabe subrayar que declarar inconstitucionales normas que no han sido objetos de postulación en la demanda, pero que tienen vínculo directo con las declaradas inconstitucionales, afirma la misión de dicho tribunal como guardián de la constitucionalidad de las leyes.

La función del Tribunal Constitucional es asegurar que las actuaciones que ejercen los poderes del Estado, como el Parlamento y el Ejecutivo en la expedición de normas legales, no terminen tergiversando o desnaturalizando el mandato constitucional. A pesar de que la norma legal no se haya postulado como parte de la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad y mantiene una conexión con la norma declarada inconstitucional que fue parte del objeto de revisión



de constitucionalidad, el alto tribunal está facultado para declararla inconstitucional, y si existe un problema de tiempo (es decir, la ley conexas se publicó con una antigüedad mayor a los 6 años), el Tribunal Constitucional (2011, f. j. 77) no procede a derogarla, sino a declarar su invalidez autorizando a los jueces que apliquen el control difuso sobre dicha ley<sup>3</sup>. Con ello la norma conexas, al estar acreditada su inconstitucionalidad, no vulnera a la Constitución después del pronunciamiento realizado por el Tribunal Constitucional.

Con este tipo de decisiones se presentan las «sentencias de especie», que ayudan al Tribunal Constitucional, cual cirujano, a tratar la inconstitucionalidad con el mínimo impacto e intervención en el ordenamiento jurídico. En tanto no se trata de determinar si la norma legal es inconstitucional o constitucional a secas, sino si su interpretación es conforme a la norma constitucional, si el alto tribunal puede advertir que la norma es mucho más beneficiosa manteniéndola en el orden jurídico y si es posible la interpretación de acuerdo con la Constitución; en otras palabras, busca salvaguardar y proteger esa norma dentro del ordenamiento jurídico, para lo cual hace una intervención menor y mínima en la norma, extrayendo solo la parte que es inconstitucional (supresiva), cambiando la parte que es inconstitucional (sustitutiva), agregando grafemas al texto para que la norma sea compatible con la Constitución (aditiva) o bien realizado la interpretación conforme con esta última<sup>4</sup>.

En la clásica tradición de equilibrio de poderes, por su labor, el Tribunal Constitucional se ha establecido como ese tercero imparcial que asegura la protección de la norma constitucional y los derechos del ser humano.

---

3 «[...] aun cuando en virtud de la prescripción, una concreta norma no pueda ser expulsada del orden jurídico, las interpretaciones que con relación a ella sean realizadas por el Tribunal Constitucional, en virtud de lo previsto por los artículos VI del Título Preliminar y 82° del CPCo., vinculan a todos los poderes públicos. Desde luego, ello incluso será así cuando de dichas interpretaciones derive la inequívoca inconstitucionalidad de dicha norma» (STC 0017-2008-PI, ff. jj. 157-160, citada en Tribunal Constitucional, 2011, f. j. 77).

4 Sobre sentencias manipulativas, véanse Tribunal Constitucional (2004b, f. j. 3) y Fix-Zamudio y Ferrer (2009).

## 5. REFLEXIÓN FINAL

La protección de la Constitución realizada por las instituciones procesales y jurisdiccionales se expresa con una sentencia definitiva obligatoria para todos y busca garantizar la supremacía de la norma constitucional y el derecho constitucional invocado.

En los casos de defensa de los derechos de rango constitucional, se ordena revocar el acto lesivo, reponiendo la situación anterior. Siendo así, el cumplimiento de la sentencia en los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales (procesos de la libertad) se encuentra regulado en los artículos 26 y 28 del CPConst., donde se destaca que las decisiones definitivas de los órganos competentes se actúan en sus propios términos y dentro de un plazo máximo de cinco días de notificado.

La experiencia en la protección de los derechos constitucionales ha demostrado que siempre está latente la probabilidad de que se requiera una tutela urgente que amerite una decisión anticipada y transitoria del órgano jurisdiccional; ante estos casos, se procede a la figura de la medida cautelar que suspenda el acto lesivo hasta la decisión definitiva del órgano jurisdiccional, conforme a los artículos 18 a 20 del CPConst.

También la experiencia ha comprobado que en el desarrollo de los procesos constitucionales de la libertad se presentan situaciones donde los mecanismos procesales ordinarios y extraordinarios (como las medidas cautelares) no garantizan eficazmente la tutela del derecho constitucional vulnerado, ya sea por el transcurso del proceso, la espera de la emisión de una decisión definitiva o la denegatoria de una medida cautelar; en tales casos, el acto lesivo se torna en irreparable y lo peculiar de esta situación es que la irreparabilidad se produce dentro del proceso constitucional. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha establecido instituciones de naturaleza procesal para garantizar de forma eficaz la plena vigencia del derecho constitucional y así evitar que, por el transcurso del proceso o su desnaturalización, se torne irreparable el derecho constitucional, con el agravante de que la irreparabilidad se genere dentro del

proceso constitucional o, en su dimensión jurisdiccional, en la sede de la jurisdicción constitucional.

Para los fines de la defensa jurídica de la Constitución se han instaurado instituciones procesales o desarrolladas jurisprudencialmente con la finalidad de evitar un daño irreparable dentro del proceso constitucional y garantizar eficazmente el derecho constitucional o la ejecución de la sentencia constitucional, con el objetivo de proteger los derechos constitucionales y la supremacía de la Constitución.

Estas instituciones son la actuación inmediata de la sentencia estimativa de primera instancia (artículo 26 del CPConst.), el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia constitucional (artículo 22.c del CPConst.), el estado de cosas inconstitucional, la represión del acto lesivo homogéneo (artículo 16 del CPConst.), la conversión de los procesos constitucionales y el amparo contra amparo.

Estas instituciones, unas creadas jurisprudencialmente y otras desarrolladas a partir de la legislación procesal constitucional, son instrumentos procesales que buscan dotar de plena eficacia a las decisiones adoptadas por la jurisdicción constitucional, cuando los mecanismos ordinarios (sentencias constitucionales) y extraordinarios (medidas cautelares) no alcanzan a evitar la irreparabilidad del daño producido al derecho constitucional o lo decidido se enfrenta a decisiones dilatorias, cuestiones de falta de legitimidad pasiva o condicionamientos presupuestarios e institucionales. De este modo, estas instituciones de garantía del cumplimiento de lo decidido por la jurisdicción constitucional se suman a los mecanismos de defensa procesal y jurisdiccional de la Constitución.

En lo tocante al proceso de inconstitucionalidad contra leyes derogadas, el mismo tiene como objeto de control la validez de la norma legal. Como el propio nombre lo indica, no se cuestiona la vigencia de la ley, porque simplemente la ley está derogada. Se explica el control de constitucionalidad sobre la ley derogada, es decir, controlar su validez, la cual se manifiesta en la aplicación y el despliegue

de los efectos legales y normativos durante el tiempo que estuvo vigente la ley derogada.

En el transcurso del tiempo de su vigencia, la norma se aplicó a hechos y sucesos y ha establecido relaciones jurídicas vinculantes; si posteriormente la ley se declaró inconstitucional, estos hechos y sucesos se rigen aún por la ley inconstitucional. Sin embargo, el principio de supremacía constitucional prohíbe que dentro del ordenamiento jurídico una ley se mantenga válida y despliegue sus efectos siendo contraria a la Constitución.

La prohibición de que existan normas legales contrarias con la Constitución y el principio de supremacía constitucional facultan al Tribunal Constitucional a controlar la validez de la norma derogada, revisando que sus efectos normativos no vulneren la Constitución ni los derechos constitucionales.

## REFERENCIAS

- Congreso de la República. (2021). *Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley n.º 31307*. Lima: 21 de julio de 2021. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/08/Nuevo-Codigo-Procesal-Constitucional.pdf>
- Congreso de la República. (2022). *Constitución Política del Perú*. Promulgada el 29 de diciembre de 1993. Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-noviembre2022.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *Opinión Consultiva OC-8/87*. San José: 30 de enero de 1987. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf)
- Díaz Ricci, S. (2005). Un Código Procesal Constitucional y algunos problemas de la jurisdicción constitucional en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (9), 65-88. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/45049>
- Eto Cruz, E. (2016). Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión. En J. Vega Gómez & E. Corzo

- Sosa (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 165-185). Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/344-instrumentos-de-tutela-y-justicia-constitucional>
- Fix-Zamudio, H., & Ferrer, E. (2009). *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/sentencias\\_tribconstitucionales.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/sentencias_tribconstitucionales.pdf)
- García Belaunde, D. (2001). *Derecho procesal constitucional*. Temis.
- García Belaunde, D., & Palomino Manchego, J. F. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 223-241. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955>
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (15), 249-300. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40605>
- Quinché, M. (2015). *La acción de inconstitucionalidad*. Editorial Universidad del Rosario.
- Tribunal Constitucional. (2004a). *Sentencia. Exps. n.º 0004-2004-AI/TC, n.º 0011-2004-AI/TC, n.º 0012-2004-AI/TC, n.º 0013-2004-AI/TC, n.º 0014-2004-AI/TC, n.º 0015-2004-AI/TC, n.º 0016-2004-AI/TC y n.º 0027-2004-AI/TC acumulados*. Lima: 21 de setiembre de 2004. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html>
- Tribunal Constitucional. (2004b). *Sentencia. Expediente n.º 004-2004-CC/TC*. Lima: 31 de diciembre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00004-2004-CC.html>
- Tribunal Constitucional (2004c). *Sentencia. Expediente n.º 0041-2004-AI-TC*. Lima: 11 de noviembre de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00041-2004-AI.pdf>

- Tribunal Constitucional. (2005). *Sentencia. Expediente n.º 00023-2005-PI/TC*. Lima. *Defensoría del Pueblo*. Lima: 27 de noviembre de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2010, 16 de junio). *Sentencia 00011-2008-PI/TC*. Lima: 6 de mayo de 2010. *Diario Oficial El Peruano*, 420695-420699. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/502469/-277030810831375983420200131-11250-chjlry.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2011). *Sentencia. Expediente n.º 0024-2010-PI/TC*. Lima. *25% del número legal de congresistas*. Lima: 21 de marzo de 2011. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2021). *Sentencia 918/2021. Caso del desdoblamiento de las legislaturas ordinarias. Expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC (acumulados)*. Lima: 11 de noviembre de 2021. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00019-2021-AI.pdf>