

V

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL PERÚ¹⁻²

El problema del control de la constitucionalidad de las normas del más alto nivel, como son las leyes, no es nuevo en el Perú, pero su implementación es de muy reciente data. Como se sabe, fue en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, fallado en 1803, gracias al genio jurídico del *Chief Justice Marshall*, cuando el principio se introdujo en el sistema constitucional norteamericano, y, desde entonces, no ha hecho más que abrir un largo y profundo camino en el desarrollo jurídico de ese país. Este es el sistema que actualmente se conoce como «americano», por tener su origen en el conocido país del Norte, y porque además ha tenido una amplia repercusión en nuestro continente. Muy posterior en el tiempo es el denominado modelo «europeo» o «austriaco», creado en 1919 por inspiración del gran jurista Hans Kelsen, y que tuvo una relativa aceptación en el período de entreguerras (Austria y Checoslovaquia en 1920 y España en 1931), expandiéndose notablemente a partir de la Segunda Guerra Mundial,

1 Ponencia presentada al «Primer Seminario Latinoamericano de Justicia Constitucional», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Central (Santiago de Chile, 26 a 30 de octubre de 1987).

2 Publicada en ***Ius et Praxis***, Lima, núm. 13, 1989. Cabe anotar, sin embargo, que mi exposición oral en dicho Seminario, fue más comprensiva que el texto escrito, y como tal ha sido publicada, tomándola de la versión magnetofónica y con errores, en ***La Revista de Derecho***, (Santiago), núm. 1, enero-junio de 1988.

como lo demuestra la creciente institucionalización de tribunales constitucionales que, con diversos nombres, matices y competencias, existen en una gran cantidad de países. Este sistema se caracteriza, en términos generales, por ser «concentrado» y sobre todo de alcances generales, a diferencia del carácter difuso e *inter partes* que distingue al sistema americano, dentro del cual se afilia, *grosso modo*, el continente latinoamericano, y por cierto el Perú.

Como hemos señalado, la primera vez que aparece teórica y prácticamente elaborado el principio del control jurisdiccional de las leyes, es en los Estados Unidos y en 1803. Obras tales como *El Federalista*, y sobre todo, *La Democracia en América* de Tocqueville, que circuló muy pronto en nuestros medios intelectuales y políticos, pues de ella se hizo una versión al castellano tan pronto salió de las prensas el texto francés, tuvieron gran influencia. En esta última, Tocqueville divulgó la atribución denominada como *judicial review*, que tuvo vasta repercusión, en distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos, como los estudiosos se han encargado de demostrar. No obstante esto, y a diferencia de lo que sucedió en otras latitudes, en el Perú dicha institución no fue aceptada.

Más bien, y desde nuestra primera Constitución Política sancionada en 1823, se hizo una clara enunciación de la *supremacía* de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, pero curiosamente, se encargaba al órgano legislativo el control de las infracciones de la Constitución, sin que al respecto se haya creado un procedimiento especial. Este sistema, denominado como «modelo» o «sistema político» de control, es el tercero que conoce la doctrina comparada, y si bien se encuentra en franca retirada frente a los otros dos, tiene todavía predicamento en las constituciones de los países socialistas, por más que en algunos (como es el caso de Checoslovaquia y Yugoslavia) existan sendos tribunales constitucionales al estilo «austriaco», aun con sus propias modalidades y limitaciones.

Las constituciones que posteriormente se sancionaron en el Perú, (diez en total, sin incluir la vigente de 1979), repitieron idéntico precepto de control legislativo. Pero sólo la Carta Política de 1856, de vida fugaz pues estuvo en vigencia únicamente cuatro años, tuvo un enunciado categórico que luego no se repitió en ninguna otra, y que significó un avance sobre todo lo anterior. En efecto, en este texto constitucional se consagró, en su artículo 10, lo siguiente: «Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución». Pero este precepto no creó su respectivo procedimiento, ni modificó el procedimiento de control legislativo existente.

Fue en 1931³ cuando se convocaron elecciones políticas generales y para elaborar una nueva Constitución, que una Comisión ad hoc, presidida por el ilustre constitucionalista Manuel Vicente Villarán, se propuso introducir el control jurisdiccional de las leyes, a la manera americana, esto es, con intervención del fuero común, y pronunciamiento final de la Corte Suprema de la República. Pero este proyecto, elaborado por una comisión de expertos, no fue observado por el Congreso Constituyente de aquella época. Desechó éste el control de las leyes; lo reservó en exclusiva para el órgano legislativo (con lo cual repitió la tradición peruana de todas las constituciones anteriores), y tan sólo introdujo una figura que hasta ahora perdura: la Acción Popular. En efecto, el artículo 133 de la Constitución de 1933 señala que "hay acción popular ante el Poder Judicial, contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, que infringen la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente".

Como se apreciará, el control judicial se limitó, con la Acción Popular, tan sólo sobre las normas de inferior jerarquía a la ley; esto es, a los decretos y resoluciones de cualquier tipo, y siempre y cuando fueran de naturaleza general, con lo cual el control se limitó a los actos del Ejecutivo, no del Legislativo. El control de la Constitución por parte del Parlamento en realidad es ilusorio, pues es muy difícil, por no decir imposible, que un órgano se controle a si mismo, y porque además, cuando lo hace, recurre al mecanismo de derogación o modificación de una norma, sin que necesariamente tenga que explicar porqué así se hace. Sólo en 1945, el Congreso, en forma ostensible, efectuó ese control de constitucionalidad al sancionar la ley 10334; pues explícitamente derogó la ley 8929, que había sancionado diversas reformas constitucionales violando el procedimiento que la misma Constitución prescribia. Pero ésta ha sido la única vez que lo ha hecho, por lo menos en forma notoria. En otras oportunidades, ha procedido en forma silenciosa a derogar normas, sin que trascienda el objetivo o el propósito de dicha derogación.

No empece lo anterior, o sea la práctica inexistencia de un sistema contralor de la constitucionalidad de las leyes, las leyes inconstitucionales

3 En 1919, al discutirse la reforma de la Constitución de 1860, la Comisión presidida por Javier Prado consideró la necesidad de incorporar el control de la constitucionalidad de las leyes, siguiendo el modelo americano (cf. **Proyecto de Reforma de la Constitución del Perú**, Lima 1919). Sin embargo, fue un planteo muy de pasada, que no fue tomado en cuenta al momento del debate parlamentario.

existían y eran aplicables y aplicadas por el Poder Judicial, que nunca dio el paso audaz de una interpretación jurisprudencial, como se dio en otros países, no obstante que el tema era además un reclamo mayoritario de gran parte de la doctrina nacional. Fue este ambiente a favor de la introducción de un sistema de control, lo que explica que en la década del veinte, dentro del seno de la Comisión Reformadora del Código Civil, se introdujera un artículo que permitía este control,⁴ el cual luego de sucesivas discusiones, quedó formalmente consagrado en el Código Civil que fue finalmente promulgado en 1936 (y que hoy ha sido derogado y reemplazado por uno nuevo sancionado en 1984), el cual, en el artículo XXII de su Título Preliminar estableció que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera».

Lamentablemente, este dispositivo de 1936, si bien en vigor, no tuvo eficacia. Las pocas veces que en la década del cuarenta y del cincuenta quiso ser aplicado, las cortes afirmaron que se trataba de un enunciado general que necesitaba mayores precisiones o reglamentaciones, y alguna ejecutoria más audaz, se limitó a afirmar que tenía plena validez en las relaciones entre los particulares, y no entre o contra el Estado, pues al fin y al cabo, se trataba de un Código Civil, que no tenía rango superior o igual a la Constitución Política del Estado, que no otorgaba esa facultad a los jueces.

Sin embargo, en 1963, con motivo de la sanción de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (todavía vigente), la comisión de juristas que la preparó introdujo dos variantes importantes: por un lado, reglamentó la Acción Popular creada en la Constitución de 1933, y que no había sido aplicada precisamente por no haberse reglamentado; y estableció adicionalmente el procedimiento para que los jueces *inaplicasen* normas inconstitucionales (artículo 8).

Esto permitió, a partir de 1963, un lento inicio de control jurisdiccional de las leyes inconstitucionales, en forma por demás reducida, que también se reflejó en las acciones de *habeas corpus* interpuestas por particulares, en especial a partir de 1964, en el entendido de que se trataba de *inaplicaciones* de una ley, y teniendo presente que en aquel entonces el *Habeas Corpus*

4 Es interesante señalar que Juan José Calle, presidente de la Comisión Reformadora del que finalmente sería el Código Civil de 1936, anunció esta novedad como algo definitivo y aprobado por la Comisión y que se incorporaría en el nuevo texto; lo que efectivamente sucedió cuando ya Calle había fallecido (cf. su *Código Civil vigente*, Lima 1928).

jugaba en el Perú un rol parecido al amparo mexicano; esto es, se utilizaba para la defensa de todos los derechos fundamentales, que la Constitución de 1933 calificaba como «garantías individuales y sociales» (nomenclatura vetusta que ha desaparecido en el vigente texto de 1979).

Este inicio, tardío, tímido y vacilante, fue lamentablemente interrumpido por el golpe de Estado del 3 de octubre de 1968, que llevó a los militares al poder, bajo la jefatura del General Juan Velasco Alvarado, el cual sería relevado en 1975 por el General Morales Bermúdez. En total, el gobierno militar duró doce años en funciones, hasta 1980, época en que el país volvió a la democracia con una nueva Constitución, la vigente de 1979.

Como era de esperar, durante el docenio militar, el Perú no vivió precisamente bajo el respeto de las libertades constitucionales, ni tampoco bajo el imperio de la Constitución. Muy por el contrario, la Constitución fue supeditada al denominado «Estatuto de la Revolución Peruana» y bajo su amparo se hicieron muchos aciertos, pero también grandes atropellos. El asunto es que los militares, desde muy temprano, anunciaron su propósito de hacer una nueva Constitución para el país; la que sería en realidad el preludio de su retiro a los cuarteles. Fue así que en 1977, con la anuencia de los partidos políticos (menos uno, el Partido Acción Popular, que ganaría las elecciones de 1980, y juró respetar sin embargo la Constitución a la que inicialmente no prestó su concurso), se anunció la convocatoria a una Asamblea Constituyente para la elaboración de una nueva Constitución, la que fue formalmente instalada el 28 de julio de 1978, bajo la presidencia de Victor Raúl Haya de la Torre, y con una composición plural (a tal extremo que ninguna de las fuerzas políticas alcanzaba el 51% para adoptar decisiones o aprobar artículos; lo cual hizo necesario las alianzas, pactos, arreglos y concesiones propias de todo proceso realizado bajo esas circunstancias).

La Asamblea Constituyente funcionó exactamente un año, y fue convocada con el único propósito de elaborar la nueva Constitución del Estado, como ha sucedido en diversas oportunidades. No obstante, desde muy pronto (y como han hecho otras Asambleas en otras partes del mundo) quiso asumir también funciones legislativas ordinarias, llegando algunos de sus miembros extremistas hasta el punto de querer nombrar a un Presidente provvisorio de la República. Tan buenas intenciones y deseos chocaron sin embargo con un hecho macizo; y es que los militares no se irían del poder sino hasta 1980, previa aprobación y sanción de la nueva Constitución (lo que efectivamente hicieron). Lo cierto es que, durante un año, coexistieron el poder jurídico y fundacional, como es la Asamblea Constituyente, con el gobierno *de facto*, representado por la junta militar y sus ministros. Fruto de esa labor paciente de un año, es la vigente Constitución, que con sus defectos, omisiones, vacíos y contradicciones,

encierra muchas bondades e innovaciones, sobre todo, en la materia que ocupa nuestra ponencia.

La nueva Constitución no pudo evitar el referirse al control jurisdiccional de las leyes, tal como fue introducido por nuestro Código Civil de 1936, reiterado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, y reafirmado en algunas, aun cuando pocas, ejecutorias del Tribunal Supremo. Por tal motivo, afirmó en su artículo 87 que existía una prelación normativa dentro de la cual la norma constitucional, está por encima de la norma legal y así sucesivamente. Es decir, ratificó el principio que venía, aun cuando implícitamente, desde el siglo pasado. Pero, por otro lado, consagró al más alto nivel, el criterio de inaplicabilidad, al señalar su artículo 236, que al conocer de cualquier clase de juicios, y en caso de conflicto entre una norma constitucional y una legal, los jueces preferirán la primera. Este es el sistema denominado americano, incorporado o mejor aún, reconocido, al más alto nivel normativo por vez primera. Inaplicación entendida como cuestión prejudicial, a cargo tan sólo del Poder Judicial, en cualesquiera de sus instancias o sedes y con cargo a su ratificación en la última instancia. Sobre esta base, la ley 23506, que reglamentó el uso de las acciones de *Habeas Corpus* y Amparo (introducidas en forma diferenciada, siguiendo la matriz argentina) previó en su artículo 3 que si la agresión contra la cual se reclamaba, tenía como sustento una norma que era considerada inconstitucional, el juez, al fallar en tales acciones de garantías, declararía la inaplicación de la norma en cuestión. De esta suerte, quedó así incorporada, al más alto nivel y también en la defensa de los derechos fundamentales, la protección de acuerdo a moldes tradicionales en nuestro continente, y con tradición, aun cuando muy corta, en el Perú.

Sin embargo de lo expuesto, en el seno de la Asamblea Constituyente hubo muchas discusiones y dudas sobre lo que competía jugar al Poder Judicial, sobre todo en lo referente a la defensa de los derechos humanos y la defensa de la Constitución en general. Sobre la base de este hecho - respaldado ampliamente por la opinión pública y por los antecedentes de un Poder Judicial sumiso a la dictadura entonces existente- los constituyentes, tomando como modelo la experiencia española, crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales (nombre que adoptó este organismo en la Segunda República, pues el actual es el de Tribunal Constitucional). Ahora bien, en el proyecto se diseñó un Tribunal con facultades muy amplias, incluso para conocer de tratados internacionales y revisar las sentencias judiciales firmes, con lo cual, en la práctica, creaban una cuarta instancia por encima de la Corte Suprema de la República. En fin, lo cierto es que a través del debate (la Asamblea Constituyente duró en funciones un año), el Tribunal, creado sobre la

matriz europea, quedó reducido a dos funciones básicas: a) conocer en casación, las resoluciones *denegatorias* de las acciones de *habeas corpus* y amparo, y b) resolver las acciones de inconstitucionalidad que interpongan los legitimados para hacerlo. Dicho en otras palabras, su papel quedó reducido -y enaltecido- a la cautela de los derechos humanos y del principio de la supremacía constitucional o superlegalidad constitucional, en terminología de M.Hauriou.

A primera vista, la Acción de Inconstitucionalidad opera sola, al más típico estilo europeo. Tiene una legitimación procesal activa muy reducida, pues ella puede ser interpuesta tan sólo por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, 20 Senadores, 60 diputados y 50.000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. La acción, o la posibilidad de interponerla, caduca a los seis años (teniendo en cuenta que el periodo gubernamental es de cinco); la sede del Tribunal es la ciudad de Arequipa (al sur del país, y a más de mil kilómetros de la capital de la República), y la sentencia tiene efectos abrogatorios, es decir, anulatorios de la ley o norma con rango legal (total o parcialmente), con efectos *ex nunc*, o sea hacia el futuro.

En lo referente a la casación, que conoce en los casos de *Habeas Corpus* y Amparo denegados, se trata, como se sabe, de un tipo de revisión para comprobar la corrección del procedimiento o del raciocinio jurídicos (*in procedendo e in iudicando*) en que opera el reenvío a la Corte Suprema, para que, en su caso, vuelva a fallar de acuerdo a lo prescrito por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

La Ley de *Habeas Corpus* y Amparo, se promulgó en diciembre de 1982, y el Tribunal de Garantías Constitucionales publicó su primera sentencia en mayo de 1983. Sin existir estadísticas oficiales ni extra-oficiales sobre la masa de ejecutorias existentes, puede decirse que el Tribunal, en casación, ha revisado en los últimos cuatro años, más de 500 casos de *habeas corpus* y amparo y tan sólo cuatro acciones de inconstitucionalidad (fallando tan sólo en una de ellas; en las restantes no obtuvo el quorum correspondiente). Los estudios parciales efectuados hasta la fecha, nos llevan a la conclusión de que el control jurisdiccional en forma directa, como acción, casi no se ha ejercido; mientras que en forma indirecta, como cuestión prejudicial, lo ha sido en forma más reiterada, a través del *habeas corpus* y amparo, bajo la forma de «inaplicación». Sin embargo, del aproximado de las 2.000 acciones de amparo y *habeas corpus* incoadas en los últimos años, se conocen muy pocas en las que se haya inaplizado alguna norma por inconstitucional; más aún, si se tiene en cuenta que tiene alcances relativos, o sea *inter partes*.

Una rápida revisión de lo expuesto, nos hace ver, a primera vista, que con la vigente Constitución de 1979 se ha diseñado un sistema aparentemente mixto; por un lado, la vertiente americana de no aplicación, que se ejerce ante el fuero común; por otro, el modelo europeo, que se ejerce ante un ente especial, el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Teniendo presente esta nueva configuración jurídica, pensamos en un comienzo que estábamos ante un modelo mixto, en donde se presentaban los elementos diferenciadores de ambos modelos clásicos. Pero analizando un poco más la situación, se puede decir que podemos calificar un sistema como mixto, cuando estamos ante un sistema que siendo único reúne en si mismo elementos de ambas partes; es decir, tanto del esquema americano como del europeo, creando de esta suerte una mixtura, por mezcla indiferenciada de los dos. Estaríamos así, prácticamente, ante un *tertium genus*, distinto tanto de uno como del otro (como podrían ser los casos venezolano y colombiano, en cuyas caracterizaciones no podemos aquí ahondar). Pero en nuestra realidad constitucional, la situación no es así, y, en todo caso, dista de ser clara. Por un lado, tenemos el control al estilo americano, y, por otro, el sistema europeo a cargo de un Tribunal especializado, llamado de Garantías Constitucionales, que funcionan en forma paralela, y sin interferencias, cada cual dentro de lo suyo. Se da el caso, pues, de una co-existencia de ambos, en forma pacífica y armónica, como corresponde a todo régimen democrático. Tan sólo cuando hay casación, esto es, remisión de los actuados en *habeas corpus* y amparo (pero sólo cuando las resoluciones son denegadas por el Poder Judicial) es que interviene el Tribunal, pero no para fallar sobre la materia objeto de la acción, sino para pronunciarse sobre la forma como se falló, y remitir lo actuado a la Corte de origen para que enmiede su fallo, de ser el caso. Esto significa, pues, que al no fallar, sino remitir todo el expediente nuevamente a la Corte Suprema para que emita una nueva resolución de acuerdo a criterios que sienta el Tribunal de Garantías, estamos ante dos fueros distintos; que son dos órganos constitucionales, no de relevancia constitucional, sino de naturaleza constitucional. Esto es, el Tribunal de Garantías Constitucionales, es un órgano del Estado, con la misma prestancia e investidura que el Poder Judicial o el Poder Legislativo. Vistas así las cosas, es fácil deducir que más que ante un sistema mixto -no existe en realidad la mixtura ni el producto síntesis o mixto- estamos ante un sistema dual o paralelo, que podría dar origen a calificar al nuestro como «sistema dual», «sistema paralelo» o «control jurisdiccional paralelo», o algún otro concepto similar. Entendemos que el tema amerita un mayor análisis, pero es posible que esta hipótesis, que aquí esbozamos de manera provisional, tenga mayor alcance explicativo que la tesis «mixta», que postulamos en 1979, tan

pronto fue sancionado el texto.

Instaurado en 1936, reglamentado recién en 1963, (timidamente aplicado en el periodo 1963-1968), e interrumpido durante el docenio militar (1968-1980), el control de la constitucionalidad de las leyes ha vuelto al tapete bajo un sistema doble, dual, o paralelo de control que corre tanto a manos del Poder Judicial como del Tribunal de Garantías Constitucionales. Los avances logrados hasta la fecha son, sin embargo, muy escasos (en lo relativo al Tribunal de Garantías son casi nulos). Con todo, la tradición es todavía muy corta y es de esperar que en el futuro se alcance mejores frutos que los conseguidos hasta ahora.⁵

5 La literatura peruana sobre control constitucional, es bastante extensa, aun cuando desigual en contenido. El *status quaestionis*, con abundantes referencias bibliográficas, puede verse en el excelente ensayo de Martha Souza Calle y Jorge Danós Ordóñez. **El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general**, en AA.VV. «La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación», Fco. J. Eguiguren (director) Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1987.