

§ 4

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL PERU (*)

A.- PRESENTACION

1. Se utiliza indistintamente los conceptos “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”— imprecisión terminológica que viene de Kelsen, quien en su famoso ensayo de 1928, al decir de N. Alcalá Zamora y Castillo, creó una nueva disciplina jurídica aún en formación: el derecho procesal constitucional. Intentando una precisión conceptual, podría señalarse que por justicia constitucional debe entenderse el estudio de los aspectos sustantivos relacionados con los valores que encierra el texto constitucional; y reservar el término jurisdicción constitucional al procedimiento que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución. En este orden de ideas y en relación con el derecho peruano, desarrollaremos los siguientes tópicos: a) supremacía de la constitución; b) defensa de los derechos públicos subjetivos; c) juicio político; y d) partidos políticos (1)

2. Previamente cabe señalar que el estado actual de la cuestión debe estudiarse en función de la Constitución de 1933, vigente aún en el Perú con las limitaciones que le ha impuesto el actual gobierno militar. Así el Estatuto del Gobierno Revolucionario aprobado con fecha 3 de octubre de 1968, a raíz del golpe de estado de entonces dice en su artículo 5to. lo siguiente:

(*) Publicado en la Revista de la Universidad Católica, nueva serie, Lima, Nº 3; mayo de 1978. Una versión preliminar ha sido recogida en AA.VV. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1984.

(1) Para un análisis de los supuestos teóricos del presente trabajo así como las pertinentes referencias bibliográficas, véase la nota 9.

"El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente Estatuto y a las de la Constitución del Estado, Leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario".

Este texto tiene un contenido elástico y ha servido para poner de lado la Constitución de 1933, cuando se trataba de imponer actos no previstos en la Carta o que estaban en contra de ella; en cuyo caso el recurso al mencionado artículo 5to. era una puerta de escape para esta clase de decisiones. Lo anterior significa que la Constitución de 1933 desde 1968 a la fecha, ha convivido con el Estatuto en forma armónica muchas veces –cuando no estaba en contra de la política del momento– o supeditada a él y dejada de lado, cuando las circunstancias no le eran favorables.

Aceptada esta realidad, debemos agregar que propiamente no existe en el ordenamiento jurídico peruano, órgano especial que ejerza jurisdicción sobre problemas constitucionales, sino que más bien ésta se ha implementado paulatinamente a través de jurisprudencia vacilante y dispositivos legales dispersos, que han otorgado esta facultad al fuero común, a semejanza y modo de la tradición jurídica norteamericana.

Posteriormente esta facultad la han ejercido, ya sea por extensión analógica o por concesión expresa, determinados órganos administrativos (como por ejemplo el Tribunal Fiscal, ente máximo dentro del Sector Economía y Finanzas, que resuelve en última instancia administrativa los reclamos de los contribuyentes por acotaciones que efectúa la autoridad tributaria) o los Fueros Privativos que se han creado últimamente en el país a partir de 1968, en especial el Tribunal Agrario.

En cuanto al alcance de las resoluciones que se han pronunciado sobre estos temas, la tónica general es que en los casos que la ley permite la utilización de recursos o impugnaciones, ello se hace siempre a instancia de parte y cuando ésta tenga un verdadero interés jurídico o moral que proteger; esto es, que no procedería por iniciativa, pedido o acción de cualquiera, sino únicamente de lo que en términos amplios pueden denominarse "afectados".

Por último, en cuanto a los efectos de las resoluciones que emitan los organismos jurisdiccionales, reiterada jurisprudencia ha admitido que ella no invalida ni deja nula la norma impugnada, sino que solamente la deja sin efecto para el caso sub litis; es decir, no tiene efecto *erga omnes*, sino *inter partes*.

En lo tocante a la defensa de los derechos públicos subjetivos, existe también el límite del acceso a la jurisdicción sólo para las partes afectadas o interesadas, lo que en la práctica ha limitado enormemente su ejercicio.

B.— SUPREMACIA DE LA CONSTITUCIÓN

3. La incostitucionalidad de las normas no ha sido un tema acogido por el constitucionalismo peruano. La Constitución de 1856, de vida fugaz, pues duró sólo cuatro años, decía en su artículo 10º lo siguiente:

“Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”.

Al ser reemplazada esta Constitución por la de 1860, tan acertado artículo no fue reproducido, soslayándose el problema. La subsiguiente Constitución de 1920 adoptó idéntico temperamento (no obstante la propuesta del Dr. Javier Prado), al igual que la vigente de 1933. Las cartas políticas —diez en total ha tenido el Perú— no le han dedicado la atención que se merece. Este olvido se debe en parte a razones políticas, en parte al predominio de la teoría de la soberanía del Parlamento, que nos vino de Francia. No obstante este silencio a nivel de la dogmática, la doctrina peruana desde el siglo XIX se venía interesando en el problema, y en 1931 el Anteproyecto de Constitución preparada por la Comisión que presidió el ilustre constitucionalista Manuel Vicente Villarán, propuso su introducción, otorgándole al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sujeta a revisión en última instancia por la Corte Suprema, siguiendo aquí también la tradición norteamericana. El Anteproyecto Villarán no tuvo lamentablemente la acogida que tan elaborado documento merecía. El Congreso Constituyente de 1931, que aprobó la Carta de 1933, prefirió por el contrario, adoptar dos soluciones: la primera, otor-

gar al Congreso la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas subordinadas, aún cuando esto no fue suficientemente explicitado. Así en el artículo 26 de la Constitución de 1933, leemos:

“Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución”.

Y el artículo 123, al enumerar las facultades del Poder Legislativo, señalaba lo siguiente en su inciso 4to.:

“Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”.

Analizando lo expuesto con detenimiento, podría parecer a primera vista que el texto está pensado en función de infracciones en el mundo fáctico y no en el mundo normativo, pero ya veremos cómo en la práctica se hicieron ambas cosas.

La segunda medida que adoptó el Congreso Constituyente de 1931 fue la creación del instituto de la Acción Popular, de vieja raigambre romana, para la protección de la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, como veremos más adelante.

El primer control que adoptó el Constituyente de 1931 es lo que se denomina un sistema político de control de la legalidad y constitucionalidad, que es ejercido por el mismo Congreso. En cuanto a su eficacia, ha tenido en realidad una aplicación muy restringida, pues aparentemente se trataría de examinar infracciones a la constitución, cuando se realizan a título individual y por actos físicos imputables a personas, con lo cual sólo cabría oficiar a la autoridad competente, para que adopte las medidas que el caso requiera. Por otro lado, cabría ejercitar ese control o tutela de la supremacía constitucional de acuerdo con la propia función que desempeña el Congreso, cual es la vía legislativa. En este caso, sólo quedaría que el mismo Parlamento derogase, modificase o dejase sin efecto cualquier norma que entrase en colisión con el texto constitucional. Esto naturalmente es muy difícil de efectuar, porque las Cámaras rara vez ponen en entredicho lo que ellas mismas han acordado e incluso por espíritu de cuerpo es difí-

cil que dejen sin efecto lo aprobado por sus predecesores. Como una notable excepción, debemos señalar el caso del Plebiscito realizado en 1939 por el Presidente Benavides, cuando el Congreso estaba en receso. En esta oportunidad el Presidente Benavides sometió a consulta popular mediante plebiscito, determinados cambios en el texto constitucional de 1933, utilizando un procedimiento que no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico, pues las reformas de la Constitución se hacen a través del mismo Parlamento y mediante aprobación en dos legislaturas ordinarias (artículo 236 de la Constitución de 1933). Los efectos de dicho plebiscito fueron intocados durante el período presidencial de Manuel Prado (1939-1945), quien en elecciones dirigidas fue prácticamente designado sucesor por el presidente saliente. Pero regularizado el movimiento institucional en 1945, el Congreso instalado ese año, dejó sin efecto la ley 8929 que había aprobado el Plebiscito de 1939, mediante una nueva ley, la No. 10334 que dice textualmente lo siguiente:

“Artículo 1: Estando establecido por el artículo 236 de la Constitución del Estado, que las reformas constitucionales sólo se pueden efectuar por el procedimiento prescrito en dicho artículo, declarase que el plebiscito realizado el 18 de Junio de 1939, con el fin de reformar la Carta Política de 1933, estuvo fuera del régimen constitucional y en consecuencia, a partir de la promulgación de la presente ley, recupera la plenitud de su imperio, la Constitución de 9 de Abril de 1933.

Artículo 2: Como la vida constitucional de la República, desde la expedición de la Ley No. 8929 de 24 de Julio de 1939, hasta la fecha de la promulgación de esta ley, ha funcionado de acuerdo a las reformas plebiscitarias, que fueron respetadas por el Congreso Nacional de 1939 a 1945, declaranse válidas las consecuencias jurídicas y de hecho de aquel Plebiscito hasta la promulgación de la presente ley”.

Pero salvo este caso de singular importancia, lo existente no amerita dar mayor significación a este tipo de control político, que cuando se ha ejercido, lo ha sido en forma silenciosa, mediante simple mecanismo legislativo, por lo que puede indicarse que en la práctica casi no ha existido.

4. En cuanto a la Acción Popular, ella fue aprobada por el Congreso Constituyente de 1931, con el único y claro propósito de controlar los actos del Poder Ejecutivo, siendo incorporada al texto de la Carta de 1933, en el artículo 133, que dice a la letra:

“Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, que infrinjan la constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.

Un análisis exegético nos permite concluir lo siguiente: a) es un dispositivo dirigido a cautelar la legalidad y la constitucionalidad de decretos y resoluciones que emanan del Poder Ejecutivo, esto es, del Poder Central; b) es un control de los dispositivos menores y no es utilizado para cuestionar las leyes expedidas por el parlamento; c) su ejercicio se reserva a una reglamentación futura; y d) alcanza sólo a normas de carácter general y no a aquellas que resuelvan casos particulares.

La Acción Popular instituída en 1933 no llegó a funcionar sino hasta 1963, época en que fue reglamentada. En sucesivas oportunidades, diversos particulares impugnaron la legalidad y constitucionalidad de diversos decretos supremos y resoluciones supremas y ministeriales, que no fueron amparados por el Poder Judicial que aducía –con criterio cuestionable– que ante la ausencia de una reglamentación, no procedía un pronunciamiento del Poder Judicial. Así en 1955, el Presidente de la Corte Suprema resumía el estado de la cuestión:

“... durante los años 1947 y 1948, se presentaron a la Corte Suprema, tres solicitudes para que declarara inconstitucionales otros tantos decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo de entonces ... En estos casos, la Corte declaró en acuerdos de Sala Plena, que no estaba expedito el ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133 de la Constitución, por no haberse dictado la ley de procedimientos judiciales respectiva y a la que se refiere el propio artículo constitucional ... Corresponde entonces al Congreso

dar la solución conveniente. Sus atribuciones y sabiduría determinarán si otorga al Poder Judicial y con que amplitud, una función de tanto significado y dictará al mismo tiempo las reglas procesales que faciliten su ejercicio". (2)

En 1963, fue promulgado el Decreto Ley 14605, por el gobierno militar entonces imperante, también conocido como Ley Orgánica del Poder Judicial. En aquella oportunidad se incorporó el artículo 7, que dice:

"La acción que concede el artículo 133 de la Constitución (o sea la Acción Popular), se ejercitará ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República, en representación del Estado".

De este artículo se pueden desprender los comentarios siguientes: a) Se trata de una reglamentación del instituto de la Acción Popular, tal como está expuesta en el texto constitucional y, en consecuencia, sólo afecta a aquellas normas emanadas por el Poder Ejecutivo; b) Se establece al fuero común como competente para pronunciarse sobre esta acción; c) El proceso indicado no es uno especial, sino que remite al Código de Procedimientos Civiles, que en su artículo 306 establece el juicio ordinario, pero suprimiéndole la estación probatoria (artículos 332 y 333), por lo que es dable conocerlo como de puro derecho; y d) en representación del Estado, ya que se trata de impugnar una norma emanada del Poder Central, se encuentra el Procurador General de la República.

Desde aquel año de 1963 y, en virtud de una decisión tomada por un gobierno de facto y no por un gobierno de jure, quedó expedita —al menos en el plano teórico— la utilización de la Acción Popular, que en forma más o menos típica puede caracterizarse por el siguiente fallo de la Corte Suprema:

"La declaración judicial dictada de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución del Estado, sólo puede establecer que las resoluciones o reglamentos incompatibles con ella, no son

(2) *Anales Judiciales*, tomo 51, 1955, pp. 381-382.

de aplicación en determinado caso, pero no pueden invalidarles de modo general". (3)

Como norma general, la Acción Popular ha sido ejercida en determinadas oportunidades, sentándose al respecto la siguiente doctrina jurisprudencial: a) Sólo pueden ejercerla quienes tienen interés legítimo o moral en la acción (lo que de por sí es un contrasentido, pues de acuerdo a su etimología la puede ejercer cualquiera del pueblo); y b) Sus efectos no son de carácter anulatorio ni dejan sin vigencia a norma alguna, sin o que advertida la colisión de la norma inferior con la Ley o la Constitución, se declara que aquella es "no aplicable al caso sub-litis", ergo, será válida para todos los demás casos. Hasta aquí el problema en relación con la Constitución de 1933.

5. Con referencia a la constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento, ello es tema no tocado en la Constitución de 1933. Ya hemos señalado como en los Debates del Congreso Constituyente, el importante proyecto que presentó la Comisión Villarrán fue desecharido y se optó por concesiones que no atacaron el fondo del problema. La solución recién se perfila en 1936 a raíz de la promulgación del Código Civil aún vigente, que en el artículo XXII correspondiente a su Título Preliminar, que encabeza todo este tradicional Código, señala lo siguiente:

"Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

Los debates que surgieron en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil, (sesiones 20 a 23, año de 1923), son claramente demostrativos de la importancia que otorgaban tan destacados juristas al problema de la supremacía constitucional, siendo éste el primer código en el cual una prescripción de tal naturaleza aparece. Esta clara norma intraducida en nuestro Código Civil, no tuvo prácticamente vigencia y, cuando fue invocada se arguyeron contra ella tres tipos de argumentos: a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) que en todo caso se trataba de un principio

(3) Revista de Jurisprudencia Peruana num. 286. Noviembre de 1967.

de aplicación al estricto campo del derecho privado y no el derecho público (que es con frecuencia en donde más hallamos este tipo de violaciones), y c) que se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior. Sólo en 1963 se reglamenta este dispositivo, mediante la ya mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial, que contiene el siguiente articulado:

“Artículo 8vo. Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.

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

Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiera 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”.

Posteriormente y bajo el actual gobierno militar, se promulgó la Ley de Reforma Agraria, mediante Decreto Ley 17716, que en su Primera Disposición Especial, estableció lo siguiente:

“En los casos en que surgieran situaciones conflictivas al aplicarse este Decreto Ley, bien sea con sus propias disposiciones o con las de otras leyes, se resolverán con arreglo al artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil”.

La misma Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyó una declaración de orden general en su artículo 12, al señalar que:

“Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal que constituyan despojo, desconocimiento y violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes”.

6. Con todo lo antedicho, queda prefigurado el espectro del control de la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, que es el siguiente:

- a) Para cautelar la constitucionalidad de las leyes; artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil y artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre a instancia de parte interesada y en vía de excepción o como quiere la doctrina procesal italiana, en vía incidental o como cuestión prejudicial.
- b) Para cautelar la constitucionalidad y legalidad de decretos y resoluciones emanados del Poder Ejecutivo; la Acción Popular que establece el artículo 133 de la Constitución de 1933, reglamentada por el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a instancia de parte y en vía de acción.
- c) Para cautelar la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, de oficio por parte del Juez a tenor del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- d) Contra los actos que desconozcan la Constitución y las leyes (art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

7. En cuanto a la jurisprudencia habida a partir de 1963, ella ha sido sumamente escueta. La primera vez que la Corte Suprema se pronunció expresamente sobre la constitucionalidad de una ley fue en 1964, al discutirse los alcances del Decreto Ley 14444 (condóminos del fundo Huadquiña en el Cusco), (4) lo que se ha repetido en poquísimas oportunidades, (como el importante caso Evans con IPC) (5) aunque en otras, la Corte Suprema en forma desconcertante ha declarado que ella carece de facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. No obstante, cuando lo ha hecho ha dejado aclarado eufemísticamente que no existe declaración de inconstitucionalidad, ya que ni la ley ni la constitución otorgan tales facultades al Poder Judicial, sino que ésta sólo se pronuncia sobre su no aplicabilidad al caso sub-litis. No empece, si no en la letra, por lo menos en el espíritu, se ha reconocido que la Constitución es la ley suprema del país y que está por encima del resto del ordenamiento jurídico.

Con diversos matices y serias limitaciones, esta doctrina ha sido sostenida incluso durante el actual gobierno, que en su pri-

(4) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 252, Enero de 1965.

(5) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 283, Agosto de 1967.

mera fase (1968-1975) se ufano de proclamar la inutilidad de la Constitución de 1933.

Con respecto a la Acción Popular y quizá por tener un enunciado más claro e inequívoco, la Corte Suprema ha hecho mayores precisiones y aunque pocas, existen diversas resoluciones judiciales que han dejado de lado reglamentos por estar en contradicción con las leyes o con la Constitución. Pero al igual que la anterior facultad, durante el actual régimen militar ha caido prácticamente en desuso, motivado en parte por el control que el Ejecutivo ha ejercido sobre el Poder Judicial, a través del Consejo Nacional de Justicia.

C.- DEFENSA DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

8. Se ha realizado mediante el Habeas Corpus y recientemente a través del recurso de amparo.

El Habeas Corpus merece una mayor atención. Imitando las instituciones inglesas, fue incorporado al Perú mediante la ley de 21 de Octubre de 1897, ampliada mediante las leyes 2223 y 2253 de 1916 y elevada a nivel constitucional con la Constitución de 1920 (artículo 24), pero con la finalidad de cautelar la libertad física, el *jus movendi et ambulandi*. Es recién en 1931 que la Comisión Villarán, al preparar el Anteproyecto de Constitución, propone que el Habeas Corpus sea utilizado para la defensa de todos los derechos. Al ser debatida esta propuesta en el seno del Congreso Constituyente, el Representante Luciano Castillo propuso su ampliación para la defensa, no sólo de los derechos individuales, sino también de los sociales, introducidos en aquella época con el inicio del “constitucionalismo social” (Constitución de Querétaro de 1917, de la RRSFS de 1918 y de Weimar de 1919), de tal manera que quedó aprobado el siguiente texto:

“Artículo 69: Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de Habeas Corpus”.

Hay que señalar que, no obstante que este artículo utiliza la palabra “derechos”, los respectivos títulos de la constitución utilizan como sinónimo la voz “garantía”, confundiendo de esta mane-

ra la vía procesal con el derecho proclamando. Así y dentro del Título II dedicado a las Garantías Individuales, están consignadas la libertad de trabajo (artículo 55), la libertad de movimiento y locomoción (artículos 56 y 67), la libertad de conciencia y de creencias (artículo 58), la inviolabilidad de domicilio (artículo 61), la libertad de reunión (artículo 62), la libertad de prensa (artículo 63), la inviolabilidad de la correspondencia (artículo 66), etc. (El artículo 70 establece la facultad del Poder Ejecutivo para suspender, total o parcialmente la vigencia de estos derechos, que el texto denomina "suspensión de garantías", similar al "estado de sitio" que utilizan otras legislaciones). En cuanto a los derechos sociales, se señalan entre otros los siguientes: libertad de asociación y contratación (artículo 27), el derecho de propiedad, así como sus limitaciones por el interés social (artículos 29, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38.), la protección de los derechos de autores e inventores (artículo 30), la libertad de comercio e industria (artículo 40), la libertad de trabajo (artículo 42), la protección del Estado en la seguridad del trabajo industrial (artículo 46), la previsión social (artículo 48), la defensa de la salud pública (artículo 50), el cuidado de la infancia (artículo 52), etc.

En cuanto a su trámite, el Habeas Corpus siguió encadenado al procedimiento penal, tal como se aprecia en el vigente Código de Procedimientos Penales de 1940 (artículos 349 a 360), de tal manera que eran los jueces penales los que examinaban muchas veces problemas ajenos a su ámbito de competencia profesional. Por diversas dificultades surgidas en los últimos años, se estableció en 1968 y mediante Decreto Ley 17083 un nuevo procedimiento de orden civil, que aunque no del todo satisfactorio, significó un indudable avance con respecto a la situación anterior. De tal forma que en la actualidad, tenemos el Habeas Corpus con dos vías distintas; una penal, sumarísima, para la protección de la libertad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito y otra civil, menos expeditiva, para cautelar los demás derechos individuales y sociales contenidos en la Constitución.

9. Dentro de este esquema que parte del enunciado tan generoso del artículo 69 de la Constitución de 1933 empezó a presentarse la figura, tan corriente entre nosotros, de violar derechos

constitucionales, tanto por leyes, como por decretos y resoluciones emanadas del Poder Ejecutivo y gobiernos locales (municipios), que en la práctica vulneraban derechos de los ciudadanos. Esto dio inicio a una serie de acciones de Habeas Corpus, encaminadas a dejar sin efecto (o en desaplicar), determinados dispositivos legales en la medida que se consideraba que eran violatorios de los derechos insertos en la Constitución. La Corte Suprema acogió esta interpretación en la década del 30 y la mantuvo durante muchos años, toda vez que interpretaba que la redacción del artículo 69 de la Carta del 33, no permitía hacer distingos, dada la flexibilidad de su enunciado. Esto originó que ante la ausencia de otros medios procesales, el Habeas Corpus se convirtiera en el remedio por excelencia para cautelar la constitucionalidad y legalidad de toda clase de dispositivos; el que además, por sus características procesales, resultó ser un remedio sumarísimo y muy eficaz, cuando su procencia era declarada. Esta tendencia puede comprobarse en la siguiente resolución judicial:

“Es procedente el recurso de Habeas Corpus para amparar a los propietarios que manifiestamente son agraviados por la Ley de Reforma Agraria, pues ésta debe aplicarse de conformidad con las normas constitucionales” (6).

De 1933 a 1969, es decir, durante 36 años, rigió esta orientación, que sólo en 1970 fue modificada. En aquella oportunidad y ante la aprobación del Decreto Ley 18075 que aprobaba el Estatuto de la Libertad de Prensa, los periodistas del país, a través de la Asociación Nacional de Periodistas y de la Federación de Periodistas del Perú, entidades gremiales que los agrupaban a nivel nacional, interpusieron un Habeas Corpus patrocinados por el doctor Luis Bramont Arias, entonces Decano del Colegio de Abogados de Lima, a fin de que el Poder Judicial declararse que el mencionado decreto ley era inconstitucional y en consecuencia se declararse su nulidad o en todo caso su no aplicación. En aquella oportunidad la Corte Suprema, sin resolver ni analizar el fondo del asunto que la acción conllevaba, estableció que el problema de la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones se establecía por otras vías, y que

(6) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 263, Diciembre de 1965.

el Habeas Corpus debía estar reservado únicamente para la protección de determinados derechos señalados en la Constitución del Estado y en la medida que fuesen vulnerados por actos o hechos de persona investida de autoridad y no cuando fuesen vulnerados por normas. Dice así la mencionada resolución suprema:

“La acción de amparo de las libertades y derechos básicos. . . supone con ineludible necesidad, un acto arbitrario del Poder y la lesión consiguiente de un derecho subjetivo (por tanto). . . deviene de todas luces evidente que el Habeas Corpus no es procedente contra las leyes ni contra los estatutos de igual jerarquía. . . (que) la bondad y amplitud de nuestro sistema legal franquea en cada caso particular, los medios adecuados de planteamiento y defensa del principio de supremacía constitucional frente a las leyes que la desconocen y vulneran. . . ” (7).

Esta doctrina, que consideramos acertada, inició una reiterada jurisprudencia que la Corte Suprema mantiene hasta ahora, de tal manera que puede considerarse que en la actualidad el Habeas Corpus, no sólo se encuentra limitado en su esfera de acción, sino que no se utiliza para la impugnación de normas afectadas de inconstitucionalidad.

10. En cuanto al Recurso de Amparo, éste ha sido establecido por el Decreto Ley 20554 de 12 de Marzo de 1973, con el único y exclusivo objeto de proteger los propietarios de bienes rústicos que consideren que han sido expropiados con fines de reforma agraria en forma indebida y sin respetar las causales que la ley señala. Así, expedido el Decreto Supremo por el Poder Ejecutivo en el cual ordena la expropiación de un predio agrícola, puede el interesado en breve término interponer un Recurso de Amparo directamente ante el Tribunal Agrario (fuero privativo) y en caso de ser acogido su recurso, la resolución judicial respectiva es remitida al Ministerio de Agricultura, quien está en la obligación de promulgar un nuevo Decreto Supremo que derogue el anterior. Aunque es interesante este instituto, en la práctica, por razones políticas explicables, la medida ha tenido efectos limitados.

(7) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 312 enero de 1970.

D.- JUICIO POLITICO

11. Por juicio político se entiende el que tiene lugar contra determinados funcionarios del Estado en el ejercicio de su cargo y que por ser tales, gozan de privilegios y prerrogativas procesales. Así el artículo 121 de la Constitución de 1933, establece que:

"Corresponde a la Cámara de Diputados, acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado y a los Miembros de la Corte Suprema de Justicia por infracciones de la Constitución y por todo delito que cometan en la ejercicio de sus funciones y que según ley deba penarse".

Concordado con este principio, el artículo 122 del mismo texto precisa que:

"Corresponde al Senado declarar si hay o no lugar a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hecha por la Cámara de Diputados. En el primer caso quedará el acusado suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según la ley".

La aplicación de este artículo, como es fácil apreciar, ha sido poco frecuente. El Presidente de la República no ha sido enjuiciado (por lo menos desde el año 1933), pero se han dado experiencias con otros funcionarios. Podemos señalar las siguientes:

- a) En cuanto a Ministros de Estado, ella ha alcanzado al Vice Almirante Florencio Teixeira, quien fuera Ministro de Marina en el régimen del Presidente Belaúnde (1963-1968), a quien se le juzgó y fue sentenciado por encontrársele culpable del delito de contrabando.
- b) En el mismo periodo 1963-1968, se inició un juicio al diputado Napoleón Martínez, a quien se le suspendió el fuero parlamentario, luego de las acusaciones de estílo, y fue juzgado por un Tribunal Correccional ad-hoc formado por magistrados de la Corte Suprema. Se le encontró culpable y fue sentenciado por delito de contrabando. Con anterioridad, otros dos parlamentarios fueron juzgados: Mariano de Belaúnde (en el régimen de Lopez de Romaña, 1899-

1903) y Leonidas A. Rivera (en el régimen de Manuel A. Odria, 1950-1956). Aunque ambos fueron condenados, el primero fue posteriormente rehabilitado mediante ley especial, y sobre el segundo existe un consenso general que su condena obedeció a intrigas palaciegas.

- c) En el gobierno militar iniciado en 1968, se enjuiciaron a los Ministros de Estado del régimen depuesto (Guillermo Hoyos Osores, Manuel Ulloa, Sandro Mariátegui, Pablo Carriquiry Maurer). Fueron acusados por delitos cometidos en el ejercicio del cargo; no se les probó nada y más tarde, una ley cortó los juicios (Ulloa y Hoyos Osores fueron amnistiados mediante decreto-ley especial). El mismo gobierno militar, en su segunda fase iniciada en 1975 con el relevo del General Velasco Alvarado, desencadenó diversas acciones judiciales contra dos de los ex-Ministros de la primera fase, todos ellos militares (Tantaleán Vanini, Valdez Angulo), sin que hasta ahora se haya probado nada sobre la veracidad de tales denuncias o haya habido corte de juicios (no mencionamos el caso de Juan Languasco de Habich, Ministro de Gobierno durante el período de Belaúnde, en 1964, condenado en el fuero castrense, con arreglo a dichas leyes privativas).

12. Hay que agregar que el procedimiento establecido en la Constitución del Estado, está basado en una antigua tradición constitucional que sostiene la doctrina y que recoge nuestra historia legislativa, en el sentido que el juicio político supone un procedimiento especial para su tramitación, habida cuenta del cargo y la importancia de la función que desempeña una determinada persona. Por este motivo, es que la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableció en su artículo 114, inciso 1º, lo siguiente:

“También corresponde a la Corte Suprema, conocer en primera y segunda instancia.

De la causas que se sigan contra el Presidente de la República, Ministros de Estado . . . aunque hayan cesado en el cargo”.

Este dispositivo presupone claramente que el juicio político alcanza al desempeño de la función, siendo irrelevante que el juicio se lleve durante su ejercicio o cuando se ha cesado en ella. Pero en 1968, tras la defenestración del régimen, el nuevo gobierno tuvo necesidad de justificar el golpe de fuerza, iniciando acciones judiciales contra los ex-Ministros del régimen depuesto, ante los Jueces de Primera Instancia del fuero común. En tal oportunidad, la Corte Suprema señaló que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a la Corte Suprema, conocer de las causas que se siguen contra los ex-Ministros de Estado, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en el cargo, por lo que es nulo el auto apertorio de instrucción, ordenado por el Juez en la que comprende a ex-ministros de Estado”(8).

En consecuencia, y como quiera que no había Congreso para efectuar la acusación, fue necesario que el régimen que había disuelto el Parlamento y que había asumido las funciones legislativas, acusase formalmente ante la Corte Suprema a los ex-Ministros, y sólo así poder llevar adelante el juicio en cuestión. Pero paralelamente a ello, y para evitar tan mal paso en el futuro, el mencionado artículo 114 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fue modificado por el Decreto Ley 17411, el cual estableció que tratándose de ex-funcionarios, o sea cuando hubiesen cesado en el desempeño del cargo, serían competentes para iniciarles juicio, cualquier Juez de Primera Instancia, con lo cual eliminó el juicio político prácticamente de raíz, toda vez que la experiencia histórica nos demuestra que precisamente cuando están en el cargo, nadie inicia acciones judiciales contra funcionarios que disponen de poder e influencias, y más bien esto sucede cuando abandonan la función pública. Esta situación originada en 1968, prevalece lamentablemente hasta ahora.

13. En cuanto se refiere a acusaciones a los miembros de la Corte Suprema, sólo ha ocurrido desde el año 1933, fecha en que se promulga la Constitución en vigor, el caso especialísimo del

(8) Cf. Revista de Jurisprudencia Peruana, n. 297 octubre de 1968.

Vocal Supremo doctor Félix Portocarrero Olave. Dicho magistrado pidió permiso a su Sala en Marzo de 1969, para salir del país y someterse a examen médico. No obstante, viajó hasta el Estado de Israel, en donde su hermano se desempeñaba como Embajador del Perú, y a su regreso al país, fue detenido en New York, al constatarse que no obstante su negativa ante las autoridades aduaneras, pretendía ingresar diamantes de contrabando a dicho país, hecho por el cual fue detenido de inmediato y sometido a juicio. Cometido el delito, el país y sus compañeros de la Corte Suprema se enteraron de ello por los cables. Esto es, se trataba de un hecho sin precedentes, toda vez que un magistrado del más alto Tribunal de la República era detenido en el extranjero, por autoridades extranjeras y mediando la comisión de un delito. Analizado el caso, la Corte Suprema encontró que la situación creada no estaba contemplada por la legislación peruana, toda vez que no existe una autoridad superior a la Corte Suprema y menos cuando se delinque en el extranjero, en donde el Poder Judicial peruano no tenía competencia ni jurisdicción. En consecuencia, el Tribunal Supremo acordó que el doctor Portocarrero no reunía los requisitos de idoneidad que para el desempeño del cargo exigía la Ley Orgánica del Poder Judicial, y lo declaró inhabil para ejercer tan alta investidura. El mencionado magistrado fue hallado culpable por las autoridades norteamericanas y cumplió condena privativa de la libertad, siendo liberado años después.

E.- PARTIDOS POLITICOS

14. Los partidos políticos no tienen, como en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, un tratamiento aparte ni orgánico en nuestra Carta del 33. Por el contrario, sólo existe el artículo 53 que dice a la letra:

“El estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional. Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función política”.

Cuando este artículo fue discutido en el seno del Congreso Constituyente, quedó claro que su objetivo era excluir al APRA del poder. A fin de entender mejor este aspecto, conviene recordar algunos hechos. Por una parte, el APRA había sido fundada en Mé-

xico en 1924 por Haya de la Torre, con pretensiones continentales. El APRA presuponía la formación en forma relativamente autónoma de secciones nacionales que prepararían un programa mínimo sobre la base del programa máximo, enunciado en 1924. Es así como el 20 de setiembre de 1930, se funda el Partido Aprista Peruano (P.A.P.), como sección peruana del APRA. Este partido concurrió al debate electoral de 1931 y consiguió una apreciable cantidad de escaños, a través de los cuales iniciaron una fuerte oposición al régimen. El presidente de entonces, General Sánchez Cerro, en acto sin precedentes, violó el recinto parlamentario y expulsó del país a 22 diputados apristas, desencadenándose de esta manera, una feroz represión que sólo culminó con el asesinato del presidente en abril de 1933, poco tiempo después de firmar y promulgar la constitución de ese mismo año. Estos hechos sirven para explicar el interés que hubo en marginar al APRA, mediante la introducción de un artículo expreso, tal como se puede apreciar en los debates del Congreso Constituyente, y en las intervenciones de los parlamentarios gobiernistas, señores Sayán Alvarez y Alfredo Herrera (sesiones de 22 y 26 de Setiembre de 1932). Fue así como bajo este articulado constitucional, se mantuvo en la clandestinidad al APRA durante largos periodos, sin poder ejercer plenamente sus derechos civiles (en especial los años 1933-1945; 1948-1956). Posteriormente, y en vista de la nueva correlación de fuerzas, dicho artículo fue usado para proscribir al Partido Comunista Peruano, al que también se le consideraba internacional.

En la práctica, el artículo 53 ha perdido vigencia desde 1956 y, está seriamente cuestionado, tanto por la doctrina como por los partidos políticos.

15. Vinculado con la problemática de los partidos políticos, está la presencia del Jurado Nacional de Elecciones. Este, más conocido como Poder Electoral (Constitución de 1933, artículo 88), tiene a su cargo todo lo relativo al reconocimiento, registro y control de los partidos, electores y elecciones, constituyendo en parte una jurisdicción administrativa que ha venido funcionando con relativa regularidad. No obstante, se ha cuestionado a este Poder Electoral su falta de independencia frente al Poder Político e incluso su debilidad frente a éste, detectándose entre otros aspec-

tos los siguientes hechos: a) falta de pureza en el sufragio, que ha permitido elecciones dirigidas, como sucedió en 1939 y 1950, b) negativa y dificultades para el candidato de oposición en las elecciones de 1936 y 1956, y c) irregularidades en los procesos electorales como por ejemplo, el de 1962. En todos estos casos, presidia el Jurado Nacional de Elecciones gente de confianza del gobierno, mediante un mecanismo que posteriormente ha sido cuestionado y ha permitido que en la actualidad, dicho Jurado Nacional ofrezca para el futuro mejores perspectivas.

A lo anterior habría que agregar que en general, la historia política reciente, está cuestionada en lo que se refiere a la legitimidad de los cargos que se conceden mediante procesos electorales. En 1933, y poco después de ser promulgada la actual Constitución, es asesinado el Presidente Sánchez Cerro. Esta Carta en su artículo 137, inciso 1º., indica lo siguiente:

“Son inelegibles Presidente y Vice Presidente de la República. . . . los miembros de la Fuerza Armada, que se hallen en servicio, si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección”

Pues bien, en aquella oportunidad debió haber sido elegido Presidente de la República la persona que contase con los requisitos mínimos para el cargo; sin embargo, el Congreso procedió a elegir como Presidente al General Benavides, que era precisamente Inspector de Defensa Nacional (el más alto mando castrense en aquel momento) y que por estar en funciones, no podía ser elegido presidente. Cuando a Benavides le tocó terminar su periodo en 1936, las elecciones de ese año fueron anuladas, se prorrogó el mandato del presidente hasta 1939, y el Congreso Constituyente se disolvió; el mismo Congreso que había dictado la Carta del 33, fue autor de tales atropellos constitucionales. Las elecciones de 1939 fueron amañadas para que el presidente saliente impusiese a su sucesor, doctor Manuel Prado, quien terminó sin contratiempos su periodo en 1945. A este sucedió pacíficamente y en justas elecciones, el doctor José Luis Bustamante y Rivero, que es derrocado en 1948, por una Junta Militar de Gobierno. En 1950, esta junta convoca a elecciones para el periodo 1950-1956, siendo elegido Presidente el General Manuel A. Odría, en elecciones igualmente vi-

ciadas, pues el único opositor es apresado por el régimen. En 1956-1962, vuelve al poder nuevamente Manuel Prado, en elecciones que esta vez parecen tener más autenticidad, lo cual sólo se corrobora a partir de 1962 y, más concretamente en 1963, época en la cual ya ningún sector político pone en cuestión la autenticidad de los escrutinios.

F.— EL PROBLEMA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO

16. Un último problema que interesa afrontar es la situación de los gobiernos de facto en el Perú de los últimos años, interesándonos sobre todo aquellos que discurren bajo la Constitución de 1933. Ellos son: 1948-1950, 1962-1963 y 1968-19. . . . El objeto de nuestro análisis radica en ver cómo ellos se han comportado en relación con aspectos constitucionales y en especial, con lo que denominamos jurisdicción constitucional, así como su relación con el Poder Judicial.

Hasta 1968, los gobiernos de facto en general, se muestran respetuosos de la Constitución de 1933, a la cual pretenden defender, pues pronto retornan los militares a sus cuarteles, tras haber impuesto el "orden". Por lo general, los regímenes de facto, no son escrupulosos defensores de las libertad de tránsito, la libertad de reunión, la libertad de prensa, entre otras, sean cuales fueren los métodos que utilicen, los fracos y brutales, sin excusa alguna, o los más sofisticados que se esconden tras una legislación represiva o la censura encubierta. Los partidos políticos han funcionado a veces en estos períodos, pero se ha perseguido a otros según las épocas (el Partido Comunista, el Partido Aprista) y se han respetado los fueros del Poder Judicial. En general, las resoluciones judiciales han tratado de tutelar el orden jurídico que tiene su punto de apoyo en la Constitución de 1933, en la medida en que estos regímenes de facto no la han cuestionado.

La situación varía cuando los regímenes de facto no pretenden retornar al régimen constitucional, sino que por el contrario, intentan asumir el poder constituyente, y en este caso, lo primero que se ven precisados a hacer es negar la constitución que los ha precedido. En el presente siglo esto ha sucedido sólo dos veces: en 1919, cuando el régimen recién instaurado pretende inaugurar una

“patria nueva”, que plasma en la Constitución de 1920, tan poco cumplida y en 1930, cuando al ser derrocado el régimen que aprobó la Carta de 1920, existe un consenso que pide diseñar nuevamente el marco constitucional del Estado Peruano. Pero los sucesivos gobiernos de facto que se han dado desde 1933 no cuestionaron esta constitución, lo que sólo se ha visto en los últimos tiempos, durante el actual régimen militar que se instaló en el poder en 1968 y que muy pronto anunció su intención de dar al país una nueva constitución. Es así que desde 1968, la Constitución de 1933 es utilizada solamente en la medida que interesa o que es compatible con la filosofía que inspira los cambios propiciados por el “Gobierno Revolucionario”, la que de esta manera, se ve sujeta a recortes y limitaciones, amparados en el artículo 5 del Gobierno Revolucionario que ya hemos mencionado.

No obstante este enunciado, el Poder Judicial —que es desfrenado a fines de 1969 para colocar en su lugar a otro más adicto— se atiene por lo menos en lo formal, en defender la supremacía que tiene en el orden jurídico la Constitución de 1933, lo cual es realmente significativo. Esto es, no encontramos en los anales judiciales de los últimos años, algo que contradiga expresamente esta supremacía constitucional, aunque en el orden de la práctica esto no sea así. Unicamente como una excepción que no prosperó, habría que citar un caso por su importancia. Se trata del Habeas Corpus, interpuesto por el señor Raymundo Duharte, quien hallándose de viaje, fue impedido de retornar al país, por haber actuado públicamente en contra del régimen. En este caso, el Habeas Corpus era perfectamente procedente, toda vez que en el país no existía ninguna ley que autorizarse la expatriación de los nacionales sin juicio previo. No obstante, la Corte Superior, en resolución que pasará a la historia por lo que ella significa, tuvo el siguiente pronunciamiento:

“Autos y vistos. . . . el recurso de Habeas Corpus (interpuesto a favor) de Raymundo Duharte Castre, (a quien se le impidió regresar a Lima) hecho admitido por el señor Ministro del Interior. . . . justificando la medida adoptada por las actividades del citado Duharte, contrarias al espíritu y letra del Estatuto del Gobierno Revolucionario, cuya obra innegablemente concita el respeto y reconocimiento de valiosos

sectores de la ciudadanía, porque a nadie escapa en estos momentos tan significativos de la historia nacional, los profundos cambios de que es objeto la sociedad peruana. . . . que ese importante cometido requiere igualmente de un ordenamiento jurídico concebido e interpretado sin desvincularlo de las exigencias impuestas por las necesidades sociales del presente, las mismas que se hallan resumidas en los fines explicados. . . . nuevo enfoque que revela con comprensible claridad que el artículo 5 del Estatuto del Gobierno Revolucionario, no es incompatible con la Constitución del Estado, sino que es el punto de entroncamiento entre ambas normas legales, desprendiéndose en consecuencia que las garantías individuales y sociales adquieran sentido y dinamismo en la medida que los actos por ellas protegidos, guarden armonía con los objetivos nacionales . . . que al calificarse la conducta de Duharte Castre de contraria al espíritu y letra del Estatuto del Gobierno Revolucionario, tenemos que inferir que se ha estimado su actuación como opuesta a los principios, postulados y fines de la nueva orientación que se está imprimiendo al país en sus realizaciones internas y externas; declararon infundado el recurso de Habeas Corpus interpuesto . . ." (Res. de 8 de enero de 1974, Exp. 1023/73).

La resolución antedicha, fue elevada a la Corte Suprema de Justicia, mediante correspondiente recurso de nulidad que autorizaba la legislación procesal La Corte Suprema demoró ostensiblemente su pronunciamiento hasta que el Gobierno, presionado por diversos sectores de la opinión pública, concedió una amnistía general, la cual incluía al referido señor Duharte. A raíz de este hecho, la Corte Suprema sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, señaló que estando expedito el retorno al país de los expatriados, había cesado el impedimento para el señor Duharte, por lo que no tenía sentido pronunciarse sobre el recurso, ordenando el archivamiento del expediente. (Res. de 7 de octubre de 1974).

G.- CONCLUSIONES

17. De lo antedicho sobre la jurisdicción constitucional en el Perú, se desprende que ella ha funcionado mal y con serias limita-

ciones (prácticamente restringida a la defensa de los derechos fundamentales mediante el Habeas Corpus). Aun el interesantísimo campo de la supremacía constitucional, ha ido imponiéndose en forma muy lenta y esporádica (años 1963-1968) en experiencia que deberá recogerse para el futuro, al momento de elaborarse una nueva constitución. Creemos que al país conviene tener presente la necesidad de contar no solamente con leyes de orden procesal constitucional que permitan su desenvolvimiento, sino con la existencia de un tribunal autónomo que se encargue de resolver este tipo de controversias (9).

(9) El presente trabajo es, con ligeras variantes, la ponencia que el autor presentó al Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con el patrocinio de la Universidad Externado de Colombia, en Sochagota, Boyacá (Colombia) del 7 al 11 de noviembre de 1977. El tema del coloquio fue la Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Por la misma naturaleza de la ponencia, se omitieron referencias teóricas y bibliográficas, que en otra circunstancia hubiera sido recomendable incorporar, y que en parte intentamos salvar con las presentes líneas. Hay que tener presente que en este Coloquio se aborda por segunda vez en el mundo el tema de la jurisdicción constitucional (la primera vez fue en Heidelberg y en 1961, bajo el auspicio del Max Planck Institute), constituyendo de esta manera la primera vez que es estudiada en nuestro continente en forma corporativa y con representantes de casi todos los países de la región. La alta calidad de los concurrentes y ponentes, así como el nivel académico de las exposiciones, contribuyeron sin lugar a dudas a un mejor conocimiento de nuestra problemática constitucional, tal como podrá apreciarse tan pronto aparezca la publicación con la totalidad de las ponencias y demás documentación del Coloquio.

En un principio, la jurisdicción constitucional apareció prácticamente limitada al examen y/o control de la constitucionalidad de las leyes y demás dispositivos legales, tal como aparece por primera vez en la Constitución austriaca de 1920 (cuyo texto puede verse en el libro de B. Mirkine-Guetzvith *Les constitutions de l'Europe Nouvelle*, París 1930, p. 126 y ss.) y que tras el interregno nazi, ha sido puesta nuevamente en vigencia. En tal sentido, la innovación europea, debida al espíritu creador de Hans Kelsen se emparentaba en cierta manera con el judicial review iniciado por el Justice John Marshall en el *leading case* *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, 1803); reproducido en *Constitutional Law cases and materials* por E. Barret. P. Bruton y J. Honnold, The Foundations Press Inc. 1968 y en otras publicaciones similares; pudiendo analizarse la dimensión del tema en el ensayo de Felix Frankfurter *John Marshall and the judicial function* en "Harvard Law Review", vol. 69, dec. 1955, num. 2 pp. 217-238). A este modelo le dió Kelsen un armazón teórico en su célebre ensayo *La Garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)* en "Revue du Droit Public et de la Science Politique", París 1928, pp. 197-257 y posteriormente con otras dimensiones en *Judicial review of legislation (a comparative study of the Austrian and the American Constitution)* en "The Journal of Politics", 4, 183-200, año 1942. No

obstante este inicial planteo, pronto la jurisdicción constitucional se fue extendiendo a la protección de otros valores del Derecho Constitucional, tales como la tutela de los derechos fundamentales (o derechos públicos subjetivos en la terminología de Jellinek, o derechos humanos, en el uso actual) la resolución de los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, el enjuiciamiento de las actividades ilícitas de los titulares de órganos constitucionales (la llamada justicia política), el control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos (como se ha visto en Alemania con el partido nazi), los litigios entre los órganos supremos del Estado—en el Estado Federal entre los Estados miembros y el Estado Federal, etc. Casi todas estas innovaciones, son en realidad producto de la convulsa herencia de la segunda post-guerra, que al modificar y/o crear nuevas situaciones, han condicionado en mayor parte la aparición de nuevos valores en la temática constitucional (ampliación del horizonte de la justicia constitucional), y su correlato, la implementación de medidas protectoras de estos enunciados. En la actualidad, la amplia gama de la jurisdicción constitucional se encuentra comprendida en dos partes:

- a) jurisdicción constitucional stricto sensu; cuyo aspecto más desarrollado lo constituye el control de la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo, tratándose de normas de carácter general, y
- b) jurisdicción constitucional de la libertad; dedicada a la protección de los derechos fundamentales, llamados también derechos públicos subjetivos o simplemente derechos humanos (sobre este topico véase el valioso ensayo de José Luis Cascajo Castro *La jurisdicción constitucional de la libertad* en "Revista de Estudios Políticos", Madrid, num. 199, 1975).

Teniendo en cuenta la amplitud que en la actualidad abarca la jurisdicción constitucional —tanto en la doctrina como en la dogmática comparada— no se puede menos de lamentar que en el Perú ella haya estado durante muchos años limitada al uso del Habeas Corpus (por lo demás de efectos bien limitados, como lo intento demostrar en mi libro *El Habeas Corpus en el Perú*, Univ. de San Marcos, en prensa) y en el período 1963-1968, a la supremacía constitucional sobre leyes y decretos, en forma esporádica, y por lo demás tímida y vacilante. Tratando de ampliar el panorama, en la ponencia hemos intentado rastrear estos principios en lo concerniente al llamado juicio político y a los partidos políticos, sin que en ellos propiamente se haya podido detectar la existencia de una auténtica jurisdicción constitucional.

Como quiera que el tema de por sí es muy amplio, creemos que ahora que se va a discutir la nueva Constitución peruana, deben incluirse como materia de la jurisdicción constitucional, por lo menos los siguientes tópicos: a) las leyes, b) los tratados internacionales, c) los decretos, reglamentos y resoluciones del Poder Ejecutivo, Gobiernos Locales y demás entidades públicas con capacidad de decisión, en cuanto sean de carácter general, d) los actos políticos y de gobierno, e) de los actos administrativos individuales, f) de las sentencias y actos jurisdiccionales en particular, g) de la actividad privada de los particulares, h) del juicio político, i) sobre los partidos políticos, en cuanto a su legitimidad, j) los litigios entre órganos del Estado, etc. Los instrumentos protectores serían los siguientes:

- i) Acción de Habeas Corpus, únicamente para defender la libertad física contra actos arbitrarios del poder público,
- ii) Acción de Amparo, para defender todos los derechos individuales y sociales que la Constitución reconoce (con excepción de la libertad personal), en tanto sean violados por particulares y por el Estado, sean por actos o por normas legales (siempre y cuando estas últimas sean de carácter individual),
- iii) Acción de Inconstitucionalidad; para cautelar la supremacía de la Carta Política sobre las leyes, decretos y resoluciones emitidos por cualquier entidad u órgano

público que sean de carácter general. Esta acción a través del proceso que se inicia, debe alcanzar igualmente para el caso de sentencias inconstitucionales. Los efectos declarativos en el caso de normas deben conllevar la nulidad del respectivo dispositivo.

iv) Los demás procesos o acciones que se inicien para ventilar los demás aspectos de la jurisdicción constitucional (juicio político, etc.).

Como corolario de lo anterior, se desprende que el desempeño y ejercicio de tan altas funciones, debe estar encomendada a una Corte o un Tribunal Constitucional, cuya composición, atribuciones y funcionamiento, deberán ser cuidadosamente analizados, teniendo en cuenta la historia política y jurídica de los últimos años y la experiencia foránea.

La bibliografía sobre el tema es inmensa, por lo que nos limitaremos a presentar solamente una selección, que en parte ha orientado nuestro trabajo. Un panorama general dentro de la doctrina constitucional puede verse en León Duguit *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol. París 1921-1925 (en especial el volumen tercero). H. Finer *Teoría y práctica del gobierno moderno*, Ed. Tecnos, Madrid 1964; Pinto Ferreira, *Direito Constitucional Moderno*, 2 vol. Ed. Saraiva, São Paulo 1962; P. Biscaretti di Ruffia, *Dirito Costituzionale*, Milano 1963, Paolo Barile *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975; Carl J. Friedrich *Constitutional Government and Democracy*, Blaisdell Pub. Co, Mass. 1968; André Hauriou *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, Montchretien, París 1970; G. Burdeau *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, L.G.D.J., París 1977; Pablo Lucas Verdú *Curso de Derecho Político*, Ed. Tenos, 3 vols. Madrid 1972-1976; Germán J. Bidart Campos *El Derecho Constitucional del Poder*, Ediar, 2 tomos, Buenos Aires 1967; Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoría Constitucional*, Ed. Depalma, 2 vol. Bs. Aires 1975-1976; Mario Justo Lopez, *Introducción a los estudios políticos*; Kapeluz, 2 tomos, Bs. Aires 1970-1975; César Enrique Romero *Derecho Constitucional*, V.P. de Zavalía Editor, 2 tomos, Bs. Aires 1975-1976. Desde un punto de vista más especializado queremos mencionar especialmente a Charles Eisenmann *La Justice constitutionnelle et la Haute Court Constitutionnelle d'Autriche*, L.G.D.J., París 1928 (con prólogo de Kelsen); Carl Schmitt *La defensa de la Constitución*, Barcelona 1931; Mauro Cappelletti *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México 1961; ib. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán 1973 (así como la ponencia que el mismo Cappelletti sustentó en el Coloquio de Sochagota, en donde postuló una protección supra nacional en el Mercado Común Europeo); Héctor Fix Zamudio *25 años de evolución de la justicia constitucional*, UNAM, México 1968 ib. *Introducción al estudio comparativo de la protección interna de los derechos humanos en "Veinte años de evolución de los derechos humanos"*, UNAM, México 1974; Enrique Vescovi *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo 1967; Norberto Bobbio *Libertà fondamentali e formazioni sociali* en "Política del Diritto", num. 4, agosto de 1975 (en donde aborda el novedoso problema de la defensa de los derechos de las agrupaciones sociales, al igual que la de los individuos).

En el Perú el tema de la jurisdicción constitucional no ha sido estudiado por la doctrina, por lo que las inevitables limitaciones de nuestro trabajo deben ser consideradas a la luz de este hecho. Más bien han proliferado ensayos aislados, no siempre bien estructurados, sobre el problema de la supremacía constitucional, y en menor escala sobre el *Habeas Corpus* y los derechos fundamentales. Existen aquí también estimables enfoques realizados por autores extranjeros (Eder, Fix Zamudio, Fur-

nish) aunque algunos no siempre resulten bien informados, como es posible apreciar en el reciente ensayo de David S. Clark *Judicial protection of the Constitution in Latin America* en "Hastings Constitutional Law Quarterly", No. 2, 1975.

Para un panorama de la problemática constitucional peruana, puede verse de José Pareja Paz Soldán *Derecho Constitucional Peruano*, 5ta. edición, Lima 1973. Para la Constitución de 1920, la exposición de motivos redactada por la Comisión presidida por Javier Prado (*Diario de los Debates de la Asamblea Nacional de 1919*, Lima 1922, tomo I) y para la Constitución de 1933, el *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente de 1931* (especialmente los tomos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 10). La exposición de motivos de la Comisión Villarán, en *Anteproyecto de Constitución del Estado*, Imp. Torres Aguirre, Lima 1931. Mayores referencias pueden verse en Domingo García Belaunde *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano* en DERECHO, num. 29, (editada por la Universidad Católica) 1971. Con posterioridad a esa fecha y en lo referente a nuestro tema han aparecido entre otros los siguientes trabajos; Raúl Ferrero R. *Ciencia Política*, 6ta. edición. Lima 1975; Enrique Chirinos Soto En 2 análisis (*Goipes de Estado Habeas Corpus*), Lima 1974; Manuel T. Alvarez Simonetti, *Debate en torno a la Acción Popular* en DERECHO, No. 32, 1974 (editada por la Univ. Católica) Alfredo Quispe Correa *Problemas constitucionales* Lima 1975; Víctor Julio Ortecho Villena *Derecho Constitucional Peruano* Trujillo 1976; Domingo García Belaunde *Desarrollo Constitucional Peruano* en "Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia", UNAM, enero abril de 1976, pp. 123-165; Mario Alzamora Valdez *Los Derechos Humanos y su protección*, Lima 1977 Alberto Borea Odría *La defensa constitucional: el Amparo*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima 1977.

Sobre los aspectos político-constitucionales aquí tratados, no existen prácticamente ensayos o monografías específicas de índole académica (salvo la mencionada en nuestra Guía Bibliográfica, en la que se insertan algunas y hasta el año de 1971). A este nivel político tiende a proliferar literatura que en términos gonzalezpradiños podemos calificar de "propaganda y ataque".