
NOTA SOBRE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ: ANTECEDENTES Y DESARROLLO (1823-1979)

Domingo García Belaúnde

Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. PRECISIONES PREVIAS

En el presente trabajo intento presentar un panorama sobre los orígenes del "control de constitucionalidad" en el Perú, lo que presenta algunas dificultades, y amerita unas líneas de explicación.

En primer lugar, quiero señalar que al utilizar aquí el concepto de "control de constitucionalidad" me estoy refiriendo básicamente al control normativo y, adicionalmente, al que se efectúa desde la Constitución y hacia la ley. Dicho en otras palabras, la salvaguarda de la Constitución frente a la ley, aprobada por el órgano legislativo, que pretende desconocerla. Hoy por hoy, y bajo el rubro de control de constitucionalidad, se entienden muchas cosas más, pero durante el siglo XIX y gran parte del XX, el control de la ley era lo más importante dentro de un Estado constitucional, y todavía lo sigue siendo.

En segundo lugar, en lo que se refiere al plazo, que se antoja a primera vista demasiado largo, ya que en 1821 se proclama la independencia política del Perú con respecto al imperio español, y en 1823 se aprueba la primera Constitución, que acepta el modelo político de control constitucional. El modelo judicial de control a nivel normativo sólo se implanta en 1936, aun cuando su efectivización es más tardía.

En tercer lugar, el presente trabajo pretende ser tan sólo un panorama de la problemática, o sea, de su desarrollo histórico, pues no hay aquí, lamentablemente, trabajos que hayan rastreado las fuentes primarias en sentido estricto, y, por tanto, me he tenido que limitar a los pocos trabajos que existen sobre la materia, y además a mis propias investigaciones, que hacen de este texto un boceto necesariamente provisional.

2. INTENTOS A NIVEL LEGISLATIVO

Como lo he adelantado, el Perú proclama su independencia política de España en 1821 –al igual que México –muy tarde si se la compara con otras regiones del mundo hispanoamericano, como pueden ser Argentina (1810), Venezuela (1811), Chile (1816), etc.

El que proclama la independencia del Perú es el general argentino José de San Martín, que conduce una campaña militar exitosa que libera a Argentina, Chile y luego el Perú, a donde llega con sus tropas en 1820.

Cabe tener presente varios aspectos de la campaña de San Martín. Y es que por un lado, no tuvo la capacidad suficiente, desde el punto de vista logístico, para terminar con el ejército español. Y por otro, si bien proclamó la independencia política, no fue en realidad un republicano, sino que cayó, como otros en la misma época, en la tentación monárquica (es conocida la misión ad hoc que envió a Europa para buscar un príncipe europeo para el Perú), proyecto que al final es vencido. Sin embargo, la llegada de las tropas del general Simón Bolívar, que venía exitoso desde Caracas, alteró sus planes, ya que además

él solo no podía consolidar la independencia que había proclamado.

De hecho, tocó a Bolívar terminar en 1824, lo que había iniciado San Martín, y lo logró en los campos de Ayacucho, ciudad serrana del Perú, en donde se selló, por así decirlo, la independencia de la América española (quedaron solo, para resolverse en 1898, las islas de Puerto Rico y Cuba, y en Asia, Filipinas).

Ahora bien, ¿qué pasó a nivel legislativo en esos años, en los que aun cuando convulsos no dejaron de sancionarse diversas normas?

San Martín se declaró Protector del Perú, y bajo su protectorado hubo, como era de esperarse, cierta actividad normativa, pero de carácter provisional, mientras el Perú concluía la guerra independentista. Así, se dictó el Reglamento Provisional del 12 de febrero de 1821 y el Estatuto Provisional del 8 de octubre de 1821, ambos con disposiciones diversas durante la guerra, la validez de la normativa novohispana en tanto no guardase contradicción con los fines de la independencia, y normas generales para las zonas liberadas, mientras no se consiguiese la liberación de la totalidad del territorio. Igualmente, se dieron disposiciones para la convocatoria a un Congreso Constituyente, que en octubre de 1822 sancionó lo que se llamó las "Bases de la Constitución Peruana", breve documento aprobado por el Congreso Constituyente, que en 24 puntos contenía los aspectos orgánicos, garantísticos, de derechos individuales y otros, sobre los cuales se edificaría el Perú, que sería definitivamente una república y no una monarquía, como otros querían, no solo en el Perú sino fuera de él (de hecho, mediante un proceso sui géneris, Brasil se proclamó como imperio en 1822, con la casa real lusitana, y así permaneció hasta 1889, en que advino la República).

Ahora bien, ninguno de estos textos contiene nada relacionado con el control de constitucionalidad, pues no sólo el tema no fue objeto de discusión, sino que además era algo que en ese momento, en plena guerra, no interesaba.

Más bien, la primera Constitución, sancionada en 1823, consagra por vez primera, bajo la influencia de la carta gaditana de 1812 (a la que habían concurrido muchos peruanos, algunos de los cuales habían participado en sus debates) el llamado "control político", o sea, un control de constitucionalidad que sería realizado por el Senado Conservador (artículo 90, inciso 1) que tenía a su cargo velar por la observancia de la Constitución, lo que compartía con el Congreso (artículo 186), y que tuvo mucho predicamento en Europa durante todo el siglo XIX e inicios del XX. Pero con esta Constitución de 1823 ocurrió algo curioso: murió al nacer, como señala Manuel Vicente Villarán. Aprobada solemnemente el 12 de noviembre de 1823, fue suspendida el mismo día por el Congreso Constituyente, que en paralelo daba atribuciones omnímodas a Bolívar, en tanto terminaba la guerra contra los españoles, dándosele para tales efectos todas las facultades que la delicada situación requería.

La finalización de la guerra se dio en Ayacucho, en diciembre de 1824, como ya se adelantó, y tras ella, lo que hizo Bolívar, en lugar de resignar el mando y atenerse a la Constitución vigente en aquel momento, ideó otra Constitución hecha a su medida y para quedarse en el poder, inspirada en la francesa de 1799, con tres cámaras en lugar de dos, y con una presidencia vitalicia que recaía en él mismo. Este texto, pensado y redactado por el propio Bolívar, como ahora se sabe por los proyectos que se han publicado, fue aprobado como Constitución de la nueva república de Bolivia, creada bajo su amparo y protec-

ción –si bien él no concordaba con la idea inicial– y luego se aprobó como Constitución para el Perú en 1826. El Bolívar legislador se hizo patente, entonces, tanto en el Perú como en Bolivia, y el mismo texto había sido pensado para la Gran Colombia (que englobaba, en aquel entonces, lo que hoy son Venezuela, Colombia, Panamá y Ecuador).

La Constitución de 1826 fue, pues, la segunda Constitución peruana, y se la identificó como Constitución bolivariana, boliviana o simplemente vitalicia. En ella la cámara de los censores fue la encargada de velar por el cumplimiento de la Constitución por parte del gobierno (artículo 51, inciso 1) y por las infracciones a la Constitución. Pero duró muy poco: en la práctica no más de siete semanas, y formalmente seis meses.

Y poco antes de que se aprobase la Constitución vitalicia por los colegios electorales, Bolívar tuvo que salir intempestivamente del Perú hacia la Gran Colombia, en donde los problemas internos y su larga ausencia le habían creado un ambiente hostil y bélico, que ponía en peligro sus propias posiciones. Bolívar no regresó nunca al Perú, y desengañado murió en 1830, en la localidad colombiana de Santa Marta, cuando hacía proyectos para viajar a Europa.

Ante la ausencia de Bolívar, y desgastado por sus proyectos autoritarios, la sociedad civil de entonces aprovechó la oportunidad, declaró terminadas las funciones del libertador e hizo que las tropas colombianas regresen a su país de origen.

Hay que tener presente que si bien la independencia formal se da en 1821, la independencia práctica se da en 1824, pero la ejecución de la capitulación de Ayacucho demoró dos años más, lo que explica que estas dos primeras constituciones, la de 1823 y la de 1826, no tuvieran vigencia alguna.

La Constitución de 1826 fue algo exótica, como ya lo he adelantado. Y en cuanto al tema que nos ocupa, repitió los mismos conceptos que su predecesora, consagrando el modelo político de control, que no tuvo ninguna aplicación.

3. LOS PRIMEROS PASOS LEGISLATIVOS

Libre el territorio de toda fuerza militar extranjera, amiga o enemiga, el Perú en realidad empieza a ordenarse institucionalmente en 1827, momento en el cual un nuevo Congreso Constituyente discute y aprueba la Constitución de 1828, que por su estructura, temática e influencia, será muy importante en el devenir histórico-político del Perú. Por eso Villarán la llama, con toda justicia, la madre de todas nuestras constituciones; pues ella sentó las bases de todo lo que vino después. Aun más, fijó en cinco años el período para una revisión total de la Constitución, lo que se hizo en el plazo convenido, dando paso a la posterior Constitución de 1834.

La Constitución de 1828 delineó, en su artículo 92, el Consejo de Estado, compuesto por diez senadores elegidos por ambas cámaras, que funcionaba únicamente durante el receso del Congreso. Entre sus atribuciones figuraba velar por la observancia de la Constitución (artículo 94, inciso 1), con independencia de la facultad de la acusación constitucional que por los mismos motivos podían iniciar las cámaras por separado. El Congreso, además, examinaba las infracciones a la Constitución inmediatamente después de la apertura de sus sesiones (artículo 173).

Hay que tener presente que la observancia de la Constitución y las infracciones constitucionales, conceptos que aparecen

en las primeras constituciones peruanas, y que se repetirán en las subsiguientes, vienen del modelo gaditano y están referidas a observancias y control de *actos* o *hechos*, sin referencia alguna a normas, ya que estas, al ser expresión del órgano legislativo, gozaban de la legitimidad que venía del voto.

Pero si bien no existe una norma específica que lo diga, la Constitución de 1828 —así como las que le seguirán en el siglo XIX— trae implícita la idea de la jerarquía normativa, esto es, que lo primero es la Constitución, luego las leyes y reglamentos, seguidos por las demás disposiciones de diverso orden.

La Constitución de 1828 fue reemplazada por la de 1834, que continuó en la línea de control político a través del Consejo de Estado (artículo 96), compuesto por dos consejeros de cada uno de los departamentos, elegidos por el Congreso de dentro o de fuera de su seno. Este consejo tenía esta vez mayores atribuciones, entre ellas velar por la observancia de la Constitución y de las leyes. Sus atribuciones eran, al igual que la Carta de 1828, de carácter consultivo y así eran sus dictámenes (artículo 103). El artículo 165, repitiendo textos anteriores, señalaba que todo peruano puede reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo las infracciones de la Constitución, entendidas, en ambos casos, como *actos* o *hechos*, y no por normas.

La Constitución de 1834 no duró mucho, pues luego se creó la Confederación Perú-boliviana (1836-1839), una verdadera federación de dos estados que duró muy poco y que hizo necesaria, tras el colapso de la federación, una nueva Constitución, lo que se hizo en 1839. Esta Constitución, de corte autoritario, mantuvo la figura del Consejo de Estado (artículo 96) pero en materia de vigilancia de la Constitución tuvo una mayor vigencia y se volvió activa,

autorizándosele a pedir cuentas y exigir responsabilidades.

La Constitución de 1839 fue seguida por la de 1856, que trae una primera aproximación al tema.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1856

La Constitución de 1856 consagró dos aspectos:

- El artículo 10, que en su primera parte señala que "es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución". Agregando que "son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas", y
- Eliminó el Consejo de Estado, dejando en el aire todo lo concerniente a la vigilancia del respeto a la Constitución.

Si bien este dispositivo era nuevo en el Perú, no lo era en la doctrina, ni menos aun en el derecho constitucional positivo de otras repúblicas hispanoamericanas. Así, la Constitución venezolana de 1811, a la que puede considerarse la primera Constitución del recién independizado mundo hispanoamericano, contiene un dispositivo similar en su artículo 227, que señala lo siguiente:

La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expiden para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión, será la ley suprema del Estado (...) pero las leyes que se expidieran contra el tenor de ello, no tendrán ningún valor...

Dispositivos similares se encuentran en otros textos constitucionales de la época.

Ahora bien, el hecho de declarar en forma solemne un principio tan importante,

¿es suficiente para afirmar que estamos ante la existencia, real y concreta, de un control de constitucionalidad?

Algunos estudiosos, entusiasmados por las declaraciones que aparecen en las constituciones latinoamericanas decimonónicas, como las que he citado, concluyen, en mi opinión apresuradamente, que la simple condena de las normas inconstitucionales, o la nulidad para las leyes que transgreden la Constitución, es muestra suficiente de que el control de constitucionalidad existe.

No participo de este criterio. Sabemos perfectamente que por un lado está el derecho sustantivo, que hace las declaraciones y sienta los principios. Y por otro, los instrumentos que hacen posible que aquel se haga realidad.

Se trata de dos caras de la misma moneda, pero que son complementarias. Una no existe sin la otra. Por no haberlo entendido así, los revolucionarios franceses del siglo XVIII se engañaron, pues creyeron que la simple declaración de los derechos era suficiente para garantizar su real y efectivo cumplimiento.

En realidad, los enunciados son importantes, pero no son suficientes. En sí mismos no garantizan nada. Pueden ser rotundos, pero si carecen del instrumento procesal para su cumplimiento, nada se habrá avanzado.

Por eso, el artículo 10 de la Constitución de 1856, siendo significativo, quedó como declaración solemne en el papel, pues no se dio ninguna ley de desarrollo o complementaria.

Años antes México, en sus constituciones, había declarado similares derechos y primacías constitucionales, pero solo cuando se creó el amparo, en 1841, y se ratificó en 1847, pudo contar con las vías idóneas para reclamar este tipo de pretensiones.

5. LA CONSTITUCIÓN DE 1860

La Constitución de 1860, que iba a tener larga vida (en realidad de 1860 a 1920), eliminó el Consejo de Estado que, en forma paulatina, había ido asentándose en los textos anteriores.

Al eliminar el Consejo de Estado, puso en su lugar a la Comisión Permanente (artículo 105), que entre sus facultades tenía, precisamente, la de vigilar el cumplimiento de la Constitución. Fue esta la única referencia al control de constitucionalidad, aun cuando de carácter político, que exhibió el texto en aquel entonces. Pero la Comisión Permanente duró poco: una reforma constitucional de 1874 la eliminó, y no volvió a aparecer más.

Sin embargo, entre las atribuciones del Congreso se indican: "examinar de preferencia las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores" (artículo 59, inciso 4).

Precepto que consagra el control político y que se repetirá en textos posteriores.

6. EL SIGLO XX: CONSTITUCIONES DE 1920 Y 1933

Las dos primeras constituciones del siglo XX: la de 1920 y la de 1933, siguieron igual tónica. Esto es, asignaron como tarea del Congreso de la República ocuparse de las infracciones de la Constitución, lo que no generó ningún sistema de control. Y facilitó al ciudadano común y corriente denunciar las infracciones a la Constitución.

No obstante, cabe señalar que al debatirse en 1919 la Constitución que sería sancionada el año siguiente, el proyecto de la

comisión parlamentaria presidida por Javier Prado, propuso introducir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema, lo que al final no prosperó.

La misma propuesta existió al momento de debatirse la Carta que la reemplazó, esto es, la Constitución de 1933. La Comisión ad hoc nombrada para redactar un anteproyecto de Constitución del Estado, presidida por Manuel Vicente Villarán, fue del mismo parecer, pero el proyecto, en este punto, tampoco llegó a aprobarse.

Más bien hay que recalcar que la Constitución de 1920 reintrodujo el Consejo de Estado (artículo 134) que estaría compuesto por siete miembros nombrados con el voto del Consejo de Ministros y con aprobación del Senado, el cual tendría carácter consultivo, aun cuando por ley podía dársele el veto para ciertos asuntos. La ley 4042, del 31 de enero de 1920, señala las atribuciones del Consejo, casi todas de carácter administrativo y consultivo.

Sin embargo, el gobierno de entonces se convirtió con el tiempo en un régimen autoritario que permaneció diez años en el poder, y el Consejo de Estado no funcionó: jamás se nombraron a sus miembros. No volvería a aparecer más en los textos constitucionales peruanos.

7. ALGO DE DOCTRINA SOBRE EL TEMA

Cuando el Perú se independizó, en 1821, lo hizo en muy precaria situación, ya que la guerra continuaba y la joven república no dejó de agitarse a la sombra de caudillos durante varias décadas.

No obstante, hay que tener presente que funcionaba con regularidad la vieja Uni-

versidad de San Marcos, fundada en mayo de 1551, y de la que habían egresado todos los próceres y actores del período independentista, y en consecuencia, existía una tradición de estudio que venía de atrás.

Esto explica por qué en 1826 se crea la cátedra de Derecho Público Constitucional, y se encarga su dictado al doctor Antonio Amézaga, de quien no se sabe prácticamente nada, salvo de su parentesco con algunos prohombres de la época.

Y curiosamente, en 1827, cuando la cátedra empieza a dictarse, se reprodujo en Lima, probablemente sin autorización ni conocimiento de su autor, las *Lecciones de derecho público constitucional* de Ramón de Salas, catedrático de Salamanca, que habían sido impresas en 1821, en dos tomos, como presentación y comentario general de la Constitución de 1812.

Este libro parece que fue el primer manual de uso general entre los alumnos de la época, si bien no hay que descartar otras lecturas de la Ilustración que por entonces circulaban en sus idiomas originales (inglés y francés). Y además es el primer libro que en materia constitucional se imprime en el Perú independiente.

El libro de Salas, sin embargo, no toca el tema del control constitucional, lo cual es perfectamente explicable por la época (lo hace al paso, cuando toca el poder conservador).

Años después se publica, en traducción del francés, el *Compendio de derecho público interno y externo*, del portugués Silvestre Pinheiro Ferreira, a cargo y con extensas notas de Bartolomé Herrera, que tanta importancia estaba llamado a tener con los años, y que tuvo una influencia muy grande.

La primera edición de este texto de Pinheiro es de 1848, y la segunda, prácticamente igual, no tiene fecha, pero es probable que sea de la década de 1860, a te-

nor de las indicaciones que se tienen.

Pues bien, este texto traducido, y las notas que le puso Bartolomé Herrera, que eran tan extensas como el libro que se comentaba, no tiene una referencia directa al control constitucional, aun cuando asoma de forma implícita, pues ambos autores se afilian a la tesis del "poder conservador" (o moderador) que había sostenido años antes Benjamín Constant.

Felipe Masías publica, en 1855, su obra *Breves nociones de la ciencia constitucional*, que tuvo una segunda edición en 1860, y donde se presenta por vez primera un manual de la disciplina en forma orgánica y autónoma, si bien no muy extenso, y en donde su autor se pronuncia sobre el control de constitucionalidad, pero que debe ser llevado a cabo por el Poder Judicial, lo que se conoce como modelo americano.

Poco después José Silva Santisteban publica su libro *Curso de Derecho Constitucional*, cuya primera edición es de 1856, que no contiene ninguna novedad. Lo mismo sucede con la segunda edición, de 1859, y con la tercera, muy ampliada, de 1874.

Importante, por la vasta influencia que tuvo, es el libro de Luis Felipe Villarán, que sirvió como texto universitario durante más de 20 años. Su título es *Comentarios a la Constitución peruana*, y tuvo una única edición, que se publicó en 1899. Su autor se muestra cauto sobre el problema y tiene serias dudas de que el control constitucional pueda ser ejercido por el Poder Judicial. En todo caso, no se muestra entusiasta con la institución.

Más bien su hijo, Manuel Vicente Villarán, y que se dedicó igualmente a la docencia universitaria, fue un decidido partidario de la institución, como lo demuestran sus lecciones universitarias de 1915-1916, de amplia circulación en la época,

aun cuando fueron editadas póstumamente décadas después, y en el anteproyecto constitucional que presentó en 1931, como veremos más adelante.

8. UN BALANCE DEL SIGLO XIX

De lo expuesto se desprende que durante el siglo XIX no asomó en el Perú el tema del control de constitucionalidad, entendido como control de normas, no obstante que otros países del área lo tenían (como México desde 1841 y Argentina desde 1868), y que se conocía ampliamente la doctrina contenida en *El federalista* y el clásico libro de Tocqueville sobre la democracia en América.

La única vez que se plasmó expresamente el principio, en 1856, quedó como un enunciado escueto, que exigía un desarrollo procesal o procedimental que nunca se dio. Y, en consecuencia, hizo totalmente ineficaz tal principio.

Y más aún, el enunciado de la Carta de 1856 sirvió solo para justificar revoluciones y levantamientos contra el poder constituido, motivo por el cual, al debatirse la Carta que la reformaría y que fue la de 1860, el legislador optó, por razones de seguridad, por eliminar el texto.

Igual puede decirse de la doctrina, parca en este sentido. Y en cuanto a la experiencia del Consejo de Estado, que no volverá a repetirse, fue interesante, pero no de carácter jurisdiccional. Si bien en el período 1839-1855 tiene una actividad interesante.

9. LOS INICIOS DEL SIGLO XX

Iniciado el siglo XX, se dan algunos rasgos interesantes que debemos destacar.

El primero es la sentencia de la Corte Suprema, de agosto de 1920, en la cual el más alto tribunal, haciéndose eco del dictamen fiscal del doctor Guillermo Seoane, sostiene no solo que la Constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico contra la cual no pueden ir las leyes que son infraconstitucionales, sino que corresponde al Poder Judicial declarar la supremacía de la Constitución sobre las demás normas que pretendan desconocerla.

Esta ejecutoria suprema es, al parecer y mientras no encontremos antecedentes más remotos, la primera vez que el Poder Judicial peruano conoció un caso inconstitucional, declarando la inaplicación de la ley que así la desconocía, si bien no muy claramente en el enunciado.

Este caso, que al parecer no tiene precedentes, fue importante, pero lamentablemente no tuvo seguimientos ni tampoco despertó una corriente de opinión favorable a ella, ni menos aun motivó la aparición de nuevos pronunciamientos judiciales, que no se dieron. Por el contrario, se abandonó esta tendencia por varias décadas, hasta que cambió el entorno, como veremos luego.

Coincidente con este fallo judicial es el proyecto de reforma de la Constitución preparado por la comisión parlamentaria presidida por Javier Prado en 1919, a la que he mencionado, donde propuso claramente atribuir a la Corte Suprema la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, que de esa manera hizo su ingreso al mundo oficial. Y que dio origen a algunas posturas doctrinarias en los años posteriores.

Lamentablemente, el proyecto propuesto por la comisión presidida por Prado fue elevado al pleno de la Asamblea Nacional, pero nunca fue discutido. De la revisión del Diario de Debates de la época aparece que el texto sobre el control constitucional no llegó a ser debatido en el pleno, pues

el mismo Prado, entonces senador por Lima, lo retiró del proyecto, por motivos que se desconocen.

Es probable que ello se debiera a compromisos o presiones políticas de la época, que serían comprensibles teniendo en cuenta que el régimen que recién se iniciaba endureció con los años su política represiva de las libertades fundamentales. El por qué Prado, hombre talentoso y con gran prestigio, aceptó retirar el proyecto es algo que no se sabe, y ni siquiera puede adivinarse, pues a los pocos meses —en 1921— falleció trágicamente.

10. EL PRIMER PASO: EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL (1923)

Lo que sí es claro es que el control de la constitucionalidad de las leyes llega a ser un tema de discusión pública, o por lo menos en los medios académicos, desde que fue incorporado al anteproyecto de Constitución de 1919, si bien el tema, como ya se adelantó, no llegó a ser discutido en el Congreso.

Esto explica que el tópico aparezca en la comisión reformadora del Código Civil, nombrada por el Supremo Gobierno en 1922, y que tenía por objeto reformar el Código Civil de 1852, vigente en aquel entonces.

Por lo que se sabe de las actas publicadas, el tema fue abordado poco después de la instalación de la Comisión, y se pensó incorporarlo al Código Civil, en la creencia, válida en aquel momento dentro de las estructuras mentales de la época, que el Código Civil contenía los principios básicos del ordenamiento jurídico.

Fue así que se pensó en incorporar un dispositivo de naturaleza pública en el título preliminar del anteproyecto de código en

discusión. Pero para ello decidieron consultar el tema a tres personalidades, lo que hicieron mediante carta de 5 de mayo de 1923. Las tres personas escogidas fueron las siguientes:

- Anselmo G. Barreto, distinguido magistrado y luego presidente de la Corte Suprema de la República.
- Eledoro Romero, profesor universitario y abogado de mucho prestigio, y
- Manuel Vicente Villarán, antiguo decano del Colegio de Abogados de Lima y ex rector de la Universidad de San Marcos, y sin lugar a dudas, el mejor constitucionalista de la época.

De los tres consultados, solo el primero absolvió positivamente la consulta por escrito, desconociéndose qué pasó con las otras dos.

La propuesta de introducir el control judicial fue aprobada en el seno de la comisión reformadora en la sesión de 28 de febrero de 1923, y así se hizo saber poco después.

11. EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El proyecto de nuevo Código Civil quedó terminado en 1928. El presidente de la comisión, doctor Juan José Calle, distinguido magistrado de la Corte Suprema, falleció en 1929 y eso motivó que la comisión entrara en receso.

Sin embargo, es retomado años más tarde, en 1936, y promulgado el Código Civil; en él se recoge el artículo XXII de su título preliminar, que a la letra dice: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

La doctrina saludó este aporte, y así lo podemos ver, por ejemplo, en los *Comentarios al Código Civil peruano* elaborados por José León Barandiarán (en el tomo IV aparecido en Lima en 1952), artículo al que dedicó unas cuantas páginas.

En la doctrina constitucional destaca el libro *Comentarios a la Constitución nacional* que José Pareja Paz-Soldán publicó en Lima en 1939, donde dice:

El principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales constituye un complemento indispensable del Poder Judicial (...) Representa un avance en la vida institucional de la República, uno de los fenómenos de la tendencia a la racionalización del poder y una oportuna defensa de los principios y normas constitucionales (p. 134).

Por tanto, hubo una buena recepción de esta normativa, tanto por civilistas como por constitucionalistas. Sin embargo, el ambiente político de la época no dejó que tal enunciado fuese apreciado ni menos aun desarrollado por la legislación o por la jurisprudencia de los tribunales.

12. VAIVENES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936

Sin embargo, algunos casos sobre control de constitucionalidad se plantearon en aquellos años, de los cuales hay uno que otro interesante que intenta aplicar el control de constitucionalidad, aun cuando la tendencia general era otra.

Más bien, en diferentes oportunidades (1948-1956), se alegó que el enunciado del artículo XXII del título preliminar del Código Civil era algo muy general, que no se había desarrollado y que, en todo caso, era de aplicación en el ámbito privado y no el público, ya que estaba encuadrado en un

Código Civil. Esto es, no podía —con tal artículo— enervarse normas sancionadas por el órgano legislativo.

Sin embargo, lo que más llama la atención es que en el discurso de apertura del año judicial de 1956, el presidente de la Corte Suprema, doctor Carlos Sayán Álvarez, defendió esa postura; dijo que el enunciado contenido en el Código Civil no podía ser aplicado pues no había sido objeto de un desarrollo adecuado, y más aún, que al Poder Judicial le correspondía tan solo aplicar las leyes y en ningún momento inaplicarlas, pues ello representaría una invasión de funciones, que nadie le había autorizado. Y finalmente, invocaba al Parlamento para que sancionara la ley que permitiese a los jueces ejercitar el control difuso.

En contraste con esta posición, el mismo año 1956, en el mes de julio, se inició un gobierno democrático que dejó atrás las épocas duras que había tenido el país en el período 1948-1956, y permitió un mejor juego de las ideas, y sobre todo, un estudio en el foro nacional sobre el importante aspecto del control de constitucionalidad. Vale la pena mencionar que en este punto la corriente mayoritaria de los abogados era partidaria de lo que se denominaba control difuso o americano, esto es, el control a cargo del Poder Judicial. Y así figura en los certámenes que sobre la materia organiza el Colegio de Abogados de Lima (1960-1961).

Por esa época, en el discurso inaugural del año judicial (1959), el nuevo presidente de la Corte Suprema, doctor Ricardo Bustamante Cisneros, en medular discurso, sostuvo, entre otros aspectos, la necesidad de que exista un control de constitucionalidad de las leyes, y que este se ejercitase a través del Poder Judicial.

Poco después, una comisión nombrada por el gobierno preparó un proyecto de

Ley Orgánica del Poder Judicial, que curiosamente fue sancionado por un gobierno de facto que duró un año (1962-1963), pero fue un trabajo preparado por gente de muy alto nivel. Dicha ley orgánica, que tiene el número 14506, incorporó el siguiente articulado:

Artículo 8.- Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran 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, sino se interpusiera recurso de nulidad.

Así fue que se incorporó, de manera clarísima, el principio del control de constitucionalidad de las leyes en 1963, en forma por demás pormenorizada, y que tuvo aplicación durante el período 1963-1968.

En 1968 hubo un nuevo golpe de Estado, que instaló una junta militar durante 12 años, esto es, desde 1968 a 1980. No obstante esto, los militares cuando vieron que su proyecto se había agotado, concordaron con los partidos políticos un retorno a la vida democrática, y se confeccionó un cronograma para efectuar elecciones generales en 1980 (lo que efectivamente se hizo), pero a lo cual debía antecederse la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que debería aprobar una nueva Constitución.

Lo importante de la Constitución de 1979 es que por vez primera formaliza un sistema de jurisdicción constitucional al más alto nivel, aprovechando en parte la experiencia peruana que venía desde atrás, pero al mismo tiempo, introduciendo algunos aspectos

del constitucionalismo europeo contemporáneo, como lo veremos a continuación.

13. LA CONSTITUCIÓN DE 1979

En 1968 se inició en el Perú un largo período de gobierno militar que duró 12 años, el más largo que hemos tenido en toda nuestra historia. En él se hicieron muchas cosas, algunas bastante discutibles, y otras no tanto. Pero sobre todo, se condensaron muchas ideas que venían desde antes.

La elite militar tenía pensado, desde un primer momento, que el país necesitaba una nueva Constitución, más acorde con los tiempos.

En efecto, si revisamos las constituciones peruanas del siglo XIX y las primeras del siglo XX, en especial las de 1920 y 1933, constatamos que todas ellas se parecían mucho las unas a las otras, lo cual era explicable en su momento, pero no a la altura de 1968, cuando el constitucionalismo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, era muy distinto.

Fue así que, previo acuerdo con los partidos políticos, se convocó a una Asamblea Constituyente que fue plural y democrática, y que funcionó un año, de julio de 1978 a julio de 1979, tras lo cual se aprobó y sancionó una nueva Constitución, que es realmente nueva en relación con todo lo anterior.

Este texto, que no está vigente, pero que es modélico y que ha sentado las líneas maestras de lo que vino después, incluyó en él los dos sistemas de control, tanto el difuso, que venía desde antes, como el concentrado, que creó en ese momento según el modelo europeo.

Así, reservó al Poder Judicial (artículo 234) la facultad de no aplicar las leyes inconstitucionales, en toda clase de procesos,

formalizando al más alto nivel normativo el control difuso que, incorporado en 1936, había funcionado con altibajos.

Y por otro, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control concentrado, independiente y separado del Poder Judicial, y que tenía pocas competencias.

Lo curioso es que se hizo coexistir—dentro del propio ordenamiento jurídico peruano— a los dos sistemas sin mezclarse, por lo que calificarlo de mixto, como se ha hecho, no hace justicia a lo existente. Más bien me he atrevido a pensar que es un sistema dual o paralelo, connotación que tiene más fuerza explicativa que la anterior.

14. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si analizamos la normativa constitucional de los países hispanoamericanos, vemos que todos ellos tuvieron la influencia norteamericana en materia de derecho público, y algunos países aportaron innovaciones interesantes partiendo de esa realidad (como es el caso, en el siglo XIX, de México, Brasil, Colombia, Venezuela y Argentina; y de Cuba en el siglo XX).

El Perú, por el contrario, demoró ostensiblemente en establecer un sistema de control, que en realidad, si bien planteado por diversos juristas, solo se consagra positivamente en 1936, en el título preliminar del Código Civil de ese año y dentro del llamado "modelo americano".

Y constitucionalmente lo hace por vez primera en la Carta Magna de 1979, que consagra tanto el control difuso como el control concentrado, a cargo de un tribunal ad hoc.

La vigente Constitución de 1993, si bien se diferencia de la anterior en la parte de su capítulo económico, no difiere en el

punto del control de constitucionalidad, pues repite el esquema plasmado en 1979, con algunos afinamientos (así consagra el Tribunal Constitucional con este nombre, y aumenta algunas de sus facultades). Y lo más probable es que la reforma constitucional en curso no haga más que reiterar lo existente.

En cuanto a la vigencia de tales controles, han operado sobre todo en períodos democráticos, en especial durante los años 1963-1968, y nuevamente en el período 1980-1992. Este año, el golpe de Estado de Fujimori cambió las cosas, y empezó un régimen autoritario que solo se desvaneció en el 2000, cuando se inicia la recuperación democrática del país, período en el cual estamos todavía.

15. BIBLIOGRAFÍA

El tema del control de constitucionalidad y sus orígenes, no ha sido estudiado en el Perú de forma orgánica, y prácticamente no existen investigaciones puntuales sobre el tema, lo que obliga a tratar con numerosa documentación dispersa. Como panoramas generales podemos señalar los siguientes:

BECERRA PALOMINO, Carlos E. "Antecedentes sobre la jurisdicción constitucional en el Perú". *Notarius*. Año II, 2, 1991.

BLUME FORTINI, Ernesto. "El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución". *Pensamiento Constitucional* 3, 1996.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "La jurisdicción constitucional en el Perú". *Revista de la Universidad Católica*. Lima, 3 de mayo 1978.

Los textos constitucionales se encuentran en:

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (con la colaboración de Walter Gutiérrez C.). *Las constituciones del Perú*. Lima: Ediciones del Ministerio de Justicia, 1992.

PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *Las constituciones del Perú*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1954.

Sobre la vigente Carta:

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO. *La Constitución peruana de 1993*. Lima: Editorial Grijley, 1994.

Sobre el Consejo de Estado, centrado en su período más activo y significativo, con numerosa documentación de la época, véase:

SORIA LUJÁN, Daniel. *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado: (1839-1855)*. Tesis para optar el título de abogado presentada en la Universidad Católica el 2 de octubre de 1997; un resumen de ella se encuentra en *Pensamiento constitucional* 5, 1988.

Los principales textos doctrinarios del siglo XIX son los siguientes: el libro de Ramón de Salas, publicado originalmente en dos tomos en Madrid en 1821, se reprodujo en Lima, y tiene la siguiente ficha:

SALAS, Ramón de. *Lecciones de derecho público constitucional*. Dos tomos. Lima: Imprenta Republicana de José María Concha, 1827, 247 pp.

Sobre la edición peruana del libro de Salas, véase el ensayo de:

CARPIO MARCOS, Edgar. "El primer libro de Derecho Constitucional publicado en el Perú". Incluido como apéndice al libro de TAJADURA TEJADA, Javier. *El derecho constitucional y su enseñanza*. Lima: Editorial Grijley, 2001.

El libro de Silvestre Pinheiro Ferreira se publicó en 1848 y tiene la siguiente ficha: PINHEIRO FERREIRA, Silvestre. *Compendio de derecho público interno y externo*. Traducido y anotado por Bartolomé Herrera para uso del Colegio de San Carlos. Lima: Imprenta del Colegio, 1848.

Una segunda edición, sin fecha, pero probablemente de 1860, se hizo poco después, sin alterar el texto, pero con caja y tipos distintos. Ya empezado el siglo XX, Jorge Guillermo Leguía lo reprodujo en la "Biblioteca de la República" junto con otros trabajos de Herrera, y bajo el título general de *Escritos y discursos*. Dos tomos. Lima: Edit. Rosay, 1929-1934.

Entre la numerosa bibliografía sobre Herrera puede verse, por su carácter compendioso, en:

ASÍS, Agustín de. *Bartolomé Herrera, pensador político*. Sevilla, 1954. Véase también, *Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846)*. Bibliografía y estudios críticos. Bahía: Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro, 1983.

Pinheiro, nacido en Lisboa, tuvo una vida agitada y publicó mucho en francés, entre ellos el *Précis* de 1830, de donde Herrera lo traduce.

Felipe Masías es quien publica el primer manual, si bien pequeño, sobre materia constitucional, y lo hace en 1855, cf. *Breves nociones de la Ciencia Constitucional*. Lima: 1855, que trae como apéndice una selección de Ahrens, probablemente tradu-

cido del francés por él mismo. Una segunda edición la publicó en 1860, pero sin el apéndice de Ahrens. Masías nunca enseñó el curso de Derecho Constitucional, sino el de Economía Política.

José Silva Santisteban publicó mucho y sobre los más diversos temas; cf. *Curso de Derecho Constitucional*, que aparece por vez primera en 1856, dedicado al joven liberal Emilio Castelar, a quien al parecer conoció en uno de sus viajes a la península. Una segunda edición es de 1859, y la tercera es de 1874 y tiene la siguiente ficha: *Curso de Derecho Constitucional*, Lib. de A. Bouret e hijo. 3a. edición, París: 1874. Silva Santisteban falleció en 1889, pero sus herederos publicaron dos ediciones más en París, en 1891 y 1914, a las que han calificado como cuarta y quinta edición. En realidad, estas dos últimas no pasan de ser reimpresiones de la tercera de 1874, que por tanto debe considerarse como la definitiva.

Luis Felipe Villarán publicó diversos textos que al final de sus días compendió en uno que tiene el título siguiente: MORENO, E. (ed.). *La Constitución peruana comentada*. Lima, 1899, y que fue obra de consulta obligada hasta bien entrado el siglo XX. Manuel Vicente Villarán, que lo sucedió en la cátedra, tiene numerosos textos, y unas *Lecciones de derecho constitucional* del período 1915-1916, que circularon mucho, pero que solo se han impreso mucho después (a mi cargo, y dentro del Fondo Editorial de la Universidad Católica en 1998).

Sobre la Constitución de 1856, casi no hay comentaristas, pues duró muy poco. Pero un juicio elogioso sobre ella, en lo referente al artículo 10, aparece en: PACHECO, Toribio. *Tratado de derecho*

civil. Tomo I. Lima: Imprenta del Estado, 1872 (la primera edición es de 1860).

Los debates parlamentarios para dejar de lado el famoso artículo 10 de la Constitución de 1856, pueden verse en:

Diario de los Debates del Congreso reunido en 1860. Lima: Tip. del Comercio, 1860, pp. 170 y ss.

Sobre la Constitución de 1920, véase: ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. *Derecho constitucional general y del Perú*. Lima: Imprenta Cervantes, 1928.

GRAHAM H, Stuart. *Governmental System of Perú*. Washington: Carnegie Institution, 1925.

Sobre la Constitución de 1933, véase: ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio. *Derecho constitucional del Perú y leyes orgánicas de la República*. Lima: Imprenta Sanmarti, 1934.

PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *Comentarios a la Constitución nacional*. Lima: Talleres Gráficos del Hospital Víctor Larco Herrera, 1939.

Con diversos añadidos y actualizaciones, el mismo Pareja publicó posteriormente la misma obra con otro título: *Derecho constitucional peruano*. Lima: Lumen, 1951, que ha tenido numerosas ediciones y ha influido enormemente en las décadas posteriores.

Sobre la Constitución de 1979: PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. 3a. edición. Lima: Justo Valenzuela, 1984, con reimpresiones.

Y sobre la vigente Constitución de 1993:
BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993*, con la colaboración de Alberto Otárola. 5a. edición. Lima: Editorial Rao, 1999.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Seis tomos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Sobre los proyectos, véanse:

Anteproyecto de Constitución política del Estado. Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1933 (preparado por la Comisión ad hoc que presidió Villarán).

Proyecto de reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución. Edición oficial. Lima, 1919.

Sobre los antecedentes y debates del Código Civil de 1936, véanse:

Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. Actas de las sesiones. Tomo I. Lima: Imprenta Castrillón, 1928.

Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido. Lima: Imprenta Gil, 1926.

Los avances aprobados por la Comisión Reformadora se encuentran en:

CALLE, Juan José. *Código Civil del Perú*. Lima: Imprenta Gil, 1928; trae el Código Civil de 1852 vigente entonces, dando cuenta de los avances que se incorporarán en el código proyectado.

Sobre el movimiento legislativo de la década de 1960, véanse, entre otros:

PERLA VELAOCHAGA, Ernesto. "La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial". *Derecho* XIX, 1963.

En lo que se refiere a la bibliografía general, véanse:

CLAGETT, Helen L. *A guide to the law and legal literature of Peru*. Washington: The Library of Congress, 1947.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano". en *Derecho* 29. Lima, 1971.