

***UNA APROXIMACION A LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL: EL MODELO PERUANO***

“El tema del Tribunal Constitucional es posiblemente el tema central de nuestra Constitución; me atrevo a decir (. . .) que es aquel en que esta constitución se juega, literalmente, sus posibilidades y su futuro.

No obstante esta importancia, nuestro país va a entrar en el tema, en cierto modo, como en tierra incógnita, porque carecemos de toda experiencia sobre el mismo, incluyendo en esta carencia la no muy brillante historia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República”.

Eduardo GARCIA DE ENTERRIA
“La posibilidad jurídica del Tribunal Constitucional”

“La garantía jurisdiccional de la Constitución —la justicia constitucional— es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales (. . .). . . . el derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se vuelve a crear, sin cesar, mediante el derecho. Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, (. . .), son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva del Estado moderno”.

Hans KELSEN

“La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”

“The principle supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void”.

Chief Justice John C. MARSHALL
Marbury vrs. Madison (1803)

1. INTRODUCCION.— 2. NATURALEZA.— 3. CATEGORIAS FUNDAMENTALES.— 4. IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.— 5. EVOLUCION DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMERICA.— 6. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA PERUANO. 1. Antecedentes; 2. Situación actual.— 7. CONCLUSION.

1. *INTRODUCCION*

El presente trabajo ha venido siendo desarrollado desde hace algún tiempo. Se inició con las clases en la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú bajo la conducción del Prof. Domingo GARCIA-BELAUNDE, uno de nuestros más notables constitucionalistas. A él le debemos la impronta y el afán por el *Derecho Constitucional*, disciplina a la que estamos permanentemente “prestados”. Luego, con la promulgación de la Constitución de 1979 y la creación del *Tribunal de Garantías Constitucionales* nuestro interés se fue acrecentando.

Quizás ahora no lo recuerde, pero fue GARCIA-BELAUNDE quien nos iniciara en la lectura de FIX-ZAMUDIO con la obra *Veinticinco años de Evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*¹. Después con ocasión del curso de *Metodología de la Investigación Jurídica* de nuestra Facultad de Derecho, a cargo de Lorenzo ZOLEZZI, profundizamos la materia y, años más tarde, en la experiencia del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1983-1985), las clases y debates con el Prof. Enrique Alonso García, notable constitucionalista español, la vivencia del eficiente *Tribunal Constitucional español* y responsabilidades en el Ministerio de Justicia en el *Consejo Nacional de Derechos Humanos*, nos llevó a la presente formulación². No obstante lo anterior, las premisas del original ensayo tienen aún vigencia, aunque siempre se debe salvar su contenido de un análisis riguroso como el que probablemente sigue mereciendo este tema dada su innegable trascendencia, y lo que ahora se expone debe ser reputado como *avance preliminar* de los grandes aspectos de la *Justicia Constitucional* a la par de permanente acicate para una mayor investigación de la temática dentro de nuestra azarosa vida constitucional, sobre todo a partir de la creación del *Tribunal de Garantías Constitucionales* en la Constitución de 1979 en el Perú.

También resulta obligatorio señalar, por un sentimiento de equidad, el agradecimiento al Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa que nos permitió desarrollar esta materia ante un considerable auditorio, colmado en gran parte de ávidos en el conocimiento del Sistema Jurídico Peruano y su interrelación con los Derechos Humanos.

El concepto de *Justicia Constitucional* o, como también se le denomina, *Jurisdicción Constitucional*³ surge con el proceso

1. Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM, México, 1968.
2. Sobre la base de la Ponencia sustentada en el *Seminario Derechos Humanos y el Sistema Jurídico*, realizado en Arequipa entre el 21 y el 24 de abril de 1987, organizado por la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y el Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, este trabajo ha sido reformulado y, en algunos aspectos, ampliado con posterior bibliografía. Originalmente fue publicado en la Revista DERECHO No. 41, de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Lima, diciembre de 1988; reproducido en *Lecturas sobre Temas Constitucionales 2*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988; y en *ACTA ACADEMI-*

3. Sobre la denominación parecería contradicción y discrepancia. Así, FIX-ZAMUDIO (*Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1965)*; op. cit.), como en el trabajo que tiene con Jorge CARPIZO (*La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente*; Revista Parlamentaria Iberoamericana, No. 2. Madrid, 1986) la denota incuestionablemente como *Justicia Constitucional*; en tanto que GARCIA BELAUNDE (*Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979*; en DERECHO No. 35; P.A. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1981; así como en el ensayo *Sobre la jurisdicción constitucional* que es materia de esta misma obra colectiva) opta sin lugar a dudas por la de *Jurisdicción Constitucional*. KELSEN, como bien apunta GARCIA BELAUNDE las denota indistintamente —quizás por la variedad idiomática o la traducción—. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello le debemos la opción de GARCIA BELAUNDE en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de *Justicia Constitucional* me parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor "justicia" dentro del texto constitucional, diferente del valor justicia en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo de protección axiológico para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en la búsqueda axiológica (FIX-ZAMUDIO) y un iusfilósofo (GARCIA BELAUNDE) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional. Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver FERNANDEZ SEGADO, Francisco.— *La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, No. 1, Ed. REUS. Madrid, 1988; CAPPELLETTI, Mauro *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*; en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y LOPEZ AGUILAR, Juan Fdo. *Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España*; en: Revista de las Cortes Generales No. 12, Madrid, 1987; al propio FIX-ZAMUDIO, Héctor.— *La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad*; doc. de Trabajo, fotocopia. Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, (*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*) Bogotá, 1977. Ver también el Prólogo de GARCIA BELAUNDE a la obra de BOREA ODRÍA, *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*; Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985; p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado *El control jurisdiccional de la Constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*; SOUSA CALLE Y DANOS ORDOÑEZ, en: *La Constitución Peruana*

mismo de la constitucionalización del Estado Moderno. Surge cuando el avance del constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa —y de sus mecanismos— de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de CROMWELL en 1658⁴. Como lo apunta el propio SCHMITT⁵, en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el Siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales que cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 y de Sajonia de 1931⁶.

Por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional.

na de 1979 y sus problemas de aplicación: Ed. Cuzco S.A., Lima, 1987, pp. 281 y ss.

4. SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*; Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1983: pp. 27 y ss. Prólogo de Pedro DE VEGA y traducción de Manuel SANCHEZ SARTO.
5. Op. cit.
6. Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe *De la Defensa de la Constitución*, se refiere además a las atribuciones del Tribunal de Justicia Constitucional, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el Gobierno y los Estamentos. Op. cit. y cita No. 5 STOERK. *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

Es *FIX-ZAMUDIO*⁷ quien señala que en un principio los alemanes, precisamente a partir de *SCHMITT*, fueron quienes utilizaron primero la definición de *Defensa de la Constitución* (*Der Hüter der Verfassung*), para luego variarlo al de Justicia Constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) a partir de la Constitución del *WEIMAR* de 1919. Los franceses utilizaron preferentemente el concepto de *Control de la Constitucionalidad*, en tanto que un sector de los juristas italianos se refieren a la *Giurisdizione Costituzionale* o *processo costituzionale*, siendo para los angloamericanos la denominación frecuente la de *Judicial Review* o revisión judicial de la Constitución.

Al igual que *FIX-ZAMUDIO* y *MAURO CAPPELLETTI*⁸, hemos elegido el término de *Justicia Constitucional* para designar este trabajo preliminar, no obstante lo anotado líneas arriba⁹, para designar a los instrumentos de garantía de las disposiciones constitucionales, pretendiendo con ello subrayar su carácter preponderantemente axiológico, valorativo, que siendo defendido por la propia Constitución, no le es ajena a su naturaleza como bien apunta *FERNANDEZ-SEGADO*¹⁰, y que persiguen los instrumentos que se han establecido para lograr la efectividad y garantía de las normas fundamentales: las constitucionales; ya que dichas normas contienen no sólo las bases de organización y funcionamiento de los organismos de poder, sino también, y de modo esencial, los principios valorativos y gnosológicos supremos conforme a los cuales debe informarse todo el ordenamiento jurídico a que se halla subordinado en función de un determinado texto constitucional¹¹.

Es desde este punto de vista que la doctrina italiana nos habla tanto de las disposiciones fundamentales de exigencia inme-

7. *FIX-ZAMUDIO*, Héctor. Op. cit. p. 12.

8. Op. cit. p. 13 y supra nota n^o. 3.

9. Op. cit.

10. *FERNANDEZ-SEGADO*, Francisco. Op. cit.

11. *QUIROGA LEON*, Aníbal. *La Interpretación Constitucional*; en: *DERECHO* No. 39, Facultad de Derecho de la PUC del Perú; Lima, 1985, pp. 323 y ss.

diata, *auto-aplicables* (*self-executing* o *self-acting*, *self-enforcing*), como de las disposiciones valorativas de principio, dentro de las cuales debemos destacar las llamadas *normas programáticas* o de *principios informadores*¹². En las primeras el constituyente ha establecido normas positivas de rango constitucional de aplicación inmediata, y que contienen derechos subjetivos de protección constitucional; en tanto que en las segundas el constituyente ha trazado las orientaciones básicas para el desarrollo del orden político, jurídico, social, económico y nacional a partir de un necesario ulterior desarrollo legislativo derivado, en el que la Constitución se va a ir creando, recreando, estrechándose, ampliándose, tomando forma y vida dentro de la dinámica social, política y económica de la Nación. Esta es la misma idea expresada por el tratadista italiano MAURO CAPPELLETTI¹³, quien con gran agudeza explicaba: *En la concepción más moderna, la norma constitucional no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible, y casi calificado de "faústico", pero profundamente humano y digno de ser intentado, de transformar en derecho escrito lo que hasta ahora han sido supremos valores, la pretensión de "encerrar" y "definir" en una norma positiva, lo que por su propia naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto.*

2. NATURALEZA

Ahora ya resulta tradicional entender que los términos de *control* y *defensa* de la Constitución abarcan dos aspectos diver-

12. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Op. cit. Sobre la naturaleza *programática* o *informadora*, y *autoplicable* o *directas* de las normas constitucionales, ver QUIROGA LEON, Aníbal. Op. cit. Puede consultarse igualmente del mismo autor *El Modelo de la Constitución de 1979*; en: *La Constitución Diez Años Después*; Constitución y Sociedad y Fund. Friedrich Neumann, Lima, 1989; pp. 35 y ss. Una posición crítica sobre el particular puede ser revisada en BERNALES, Enrique y RUBIO, Marcial. *Constitución. Fuentes e Interpretación, Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979*; Mesa Redonda Eds., S.A., Lima, 1988; pp. 91 y ss.

13. En una de las conferencias sustentadas en los Cursos de Invierno, en el mes de febrero de 1965, y publicadas posteriormente en el volumen *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*; Cit. por FIX-ZAMUDIO, Héctor. Op. cit. y cita No. 18.

sos: el primero que podemos denotar como de protección de la Ley Suprema (*higher law, lex superior* o *fundamental law*), que se ocupa del estudio de los instrumentos que desde siempre se han empleado para la conservación del orden fundamental, procurando un equilibrio entre los diversos factores de poder que interaccionan entre sí mismos, y que de modo gráfico pueden ser referidos como los *aspectos fisiológicos* del propio orden constitucional¹⁴.

Pero precisamente al lado de estos medios tradicionales de protección constitucional, han surgido instrumentos procesales que se emplean cuando resultan insuficientes los primeros para evitar el desbordamiento de los órganos de poder, que no obstante los precitados mecanismos de contención, terminan superándolos y así, infringiendo disposiciones constitucionales.

A estos instrumentos procesales de garantía constitucional¹⁵, cuyo objeto es precisamente el reintegrar el orden jurídico constitucional violentado, se les puede describir, también gráficamente, como agrupados bajo el concepto de *instrumentos terapéuticos* que tienden a corregir los desórdenes *patológicos* de la Carta fundamental¹⁶.

Es a este Derecho Judicial —al decir de la Escuela Alemana de Derecho Procesal propiciada por GOLDSCHMIDT¹⁷— que está referida la Justicia Constitucional, que resulta así concebida como un conjunto de procedimientos de carácter procesal-constitucional, por medio de los cuales la propia Constitución —al

14. Op. cit. p. 14.

15. Al lado de lo que se ha venido en conocer como el Derecho Constitucional Procesal, se ha generado (debido al estrechamiento entre el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional) la disciplina más joven del procesalismo científico: *el Derecho Procesal Constitucional*. Ver QUIROGA LEON, Aníbal. *Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*; Ed. Cuzco S.A., Lima, 1987, pp. 97 y ss.

16. FIX-ZAMUDIO, Héctor, Op. cit.

17. GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*; Ed. Labor S.A., Madrid, 1936.

establecer los ámbitos de competencia del ejercicio del poder— encomienda a determinados Organos del Estado, la imposición forzada de los mandamientos jurídico-axiológicos fundamentales, frente a aquellos otros organismos públicos del propio Estado —y también a los particulares— que han desbordado, precisamente, sus limitaciones competenciales, sus atribuciones de poder y los derechos que la Carta Fundamental les exigía cauterizar.

3. CATEGORIAS FUNDAMENTALES

Como ya señaláramos, en principio y de modo genérico, se puede afirmar que la estructura de un sistema de Justicia Constitucional surge con la Constitución de los Estados Unidos de Norte América de 1787, aun cuando bien es cierto que de modo rudimentario y casi impensado. Se podría afirmar que surge allí de modo organizado como producto de una necesidad histórica antes que de la idea preconcebida del constituyente de las antiguas Colonias norteamericanas. Este no tuvo una idea muy precisa sobre el alcance de las facultades de Justicia Constitucional que atribuyeron al Organo Judicial ordinario, por lo que fue la propia jurisprudencia judicial de sus tribunales comunes quienes desarrollaron los postulados básicos de la Justicia Constitucional, sobre todo a partir de un sonado caso judicial que ya es historia jurídica en los Estados Unidos: *Marbury vs. Madison* resuelto en 1803 por la Suprema Corte de los Estados Unidos bajo la augusta presidencia del Juez John C. Marshall, donde se estableció literalmente¹⁸ que “*La Constitu-*

18. PAREJA PAZ SOLDAN, José. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*; J. Valenzuela. Ed. Lima. 1980; t. II, p. 445 y cit. 3. Ver, además, Bernard SCHWARTZ. *Los Diez Mejores Jueces de la Historia Norteamericana*; Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985; con la traducción de Enrique ALONSO GARCIA, quien en la p. 22, cit. 13, señala: “*la citada sentencia es sin lugar a dudas una de las más conocidas en todo el ámbito jurídico mundial, ya que como es sabido, fue la primera que concientemente institucionalizó el “judicial review” o control judicial de la constitucionalidad (. . .). Tan sólo conviene recordar dos aspectos: 1º El mejor resumen de la polémica norteamericana acerca de si el “judicial review” esta o no en la mente de los constituyentes está contenido en la introducción de ALAN F. WESTIN a la obra de BEARD; The supreme Court and the Constitution, ed. por Prentice-Hall, Inc., en 1962; 2º No son quizás tan*

ción es, o bien una ley suprema y soberana no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está en el nivel de las leyes ordinarias y, como ellas, es modificable cuando al Legislativo le parezca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no será ley; sí, en cambio, la segunda parte es cierta, entonces las Constituciones habrán de ser intentos absurdos, de parte del pueblo, para limitar un poder que por su naturaleza es ilimitable". Concluyéndose que el Juez puede decidir sobre los conflictos entre una ley y la Constitución considerando que "... (las) Constituciones escritas son leyes fundamentales y supremas de una Nación, y, en consecuencia, la teoría fundamental de cada gobierno (...) tiene que ser, que una ley repugnante a la Constitución es nula e ineficaz"¹⁹.

El antecedente a esta ciertamente revolucionaria teoría constitucional debe ser buscado en Inglaterra. En efecto, el juez MARSHALL no "inventó" la teoría de la supremacía del texto constitucional sobre el legal. En realidad, tomó una teoría que había sido expuesta casi doscientos años atrás por el famoso juez Coke en el caso *Dr. Bonham's Case* (1610) sobre la base de la

*conocidos los antecedentes de hecho que motivaron la sentencia. El ex-presidente de los Estados Unidos John Adams había nombrado para un cargo a Marbury cuando aquél todavía era presidente, pero el Secretario de Estado Madison se negaba a otorgarle la credencial de nombramiento. Marbury pidió al Tribunal Supremo que dictara Writ of Mandamus para obligarle a hacerlo. La Judiciary Act de 1789 autorizaba al Tribunal Supremo a dictarlo, pero la Constitución no parecía permitirlo. Marshall en realidad "aprovechó" la ocasión para sentar el principio". Ver también el interesante análisis que sobre esta sentencia "leading case" hace Dale B. FURNISH. *La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos*; en: THEMIS, Revista de Ciencias Jurídicas No. 7, Año 5, Lima, 1969; pp. 12 y ss. Ver igualmente la traducción literal de esta famosa sentencia en *Lecturas sobre Temas Constitucionales 2*: Op. cit. pp. 99 y ss.*

19. "Marshall transformó al Tribunal (Supremo) en un poder plenamente coordinado, dotado de la autoridad suprema que supone ser el guardián de la Constitución. Al final de la era Marshall pudo TOC-QUEVILLE afirmar que "el Tribunal Supremo está situado en un lugar más alto que el que ocupa cualquier otro Tribunal conocido (...). La paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión están en las manos de siete jueces federales. ". *Los Diez Mejores Jueces.* . . . Op. cit. p. 26.

filosofía de LOCKE (1632-1704) sobre el Derecho Natural que es, en realidad, una reformulación de la teoría aristoteliana de la sociedad y el poder expuesta en *Política*, asumida por LOCKE y HOBBS. En efecto, como lo denotan uniformemente FERNANDEZ SEGADO y FURNISH, y también apunta GARCIA DE ENTERRIA²⁰, *en la experiencia inglesa el Derecho Natural fue invocado como limitación contra el Rey (. . .), contra el Parlamento, (. . .) cuando una ley del Parlamento se oponga al derecho común o a la razón (. . .) (donde) el derecho común verificará dicho acto y lo sancionará con nulidad*. Como se puede apreciar, salvando la traducción literal, las expresiones son coincidentes. Y es que antes de MARSHALL la tradición constitucional inglesa había sido notable²¹. Los antecedentes más importantes en orden cronológico son la *Charter of Liberties* (1100), la *Magna Carta* de 1215, las *Provisions of Oxford* de 1258, el *Confirmatio Cartarum* de 1297, la *Petition of Right* de 1628, el *Instrument of Government* de 1653 y el *Bill of Rights* de 1688.

COKE sostuvo en varias oportunidades la precedencia de la *fundamental law* sobre la legislación ordinaria, y eso molestó mucho al Rey Jacobo I —a la postre eso le costaría el cargo—. En el caso del *Dr. Bonham's Case* señaló textualmente que “. . . aparece en nuestros libros, que en muchos casos el Common Law controlará las leyes del Parlamento, y a veces las juzgará completamente nulas: porque cuando una ley del Parlamento está contra el Derecho y razón común, o es repugnante, o imposible de cumplir, el Common Law controlará y juzgará tal ley como nula”²².

No es difícil apreciar que pese al tiempo hasta la traducción de las palabras con que se formulan estas ideas es similar. No resulta aventurado por tanto afirmar que MARSHALL, juez versado y de gran agudeza jurídica, conocía la sentencia del *Dr.*

20. Ver sobre este particular FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit. p. 16 y ss.; FURNISH, Dale B. Op. cit. 13 y ss. y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985; pp. 49 y ss.

21. FURNISH, Dale B. Op. cit.

22. Op. cit. p. 14.

Bomhan's Case cuando en el Supremo Tribunal de los Estados Unidos sentenció el *leading case* jurisprudencial *Marbury vs. Madison*. Sin embargo, en la doctrina constitucional inglesa este principio no caló y, antes bien fue expresamente descartado en 1871. Por el contrario llegó con plenitud al vigoroso desarrollo constitucional de los Estados Unidos. ¿Cuál es la explicación a ello?. Intentaremos expresarla del siguiente modo: El Juez COKE tuvo una posición muy avanzada para su época y su medio socio-jurídico, si bien constitucional y democrático a partir de CROMWELL, estaba inmerso dentro de una "monarquía constitucional". Sus ideas eran ciertamente "progresistas" para la época. Por eso se afirma²³ que el *Dr. Bomhan's Case* no reflejó bien la jurisprudencia contemporánea a su era. Los otros juristas y jueces de la época, con excepción del Juez HOBART, no siguieron su precedente y en 1871 este caso, que jamás fue aceptado como parte del Common Law inglés, fue expresamente desautorizado en el *Lee vs. Bude Torrington Jtc. Ry. Case*²⁴. Es por eso que FURNISH²⁵ afirma que *la ironía final es que ahora no existe en Inglaterra la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, aunque la jurisprudencia de COKE fue la piedra angular en el desempeño de la "costumbre constitucional" (Common law) de los Estados Unidos.*

En segundo lugar, la explicación del porque esta filosofía político-constitucional trascendió a los Estados Unidos y porque allí sí caló, la podemos encontrar en el hecho de que siendo una posición "liberal" para su época, fue "exportada" a las Colonias con los colonos, gente mayoritariamente protestante y laica (diríamos "progresista" de su época), de las clases trabajadoras; y que luego de la independencia de los Estados Unidos, estos agentes subjetivos tuvieron como escenario una democracia republicana, sin clases sociales oficiales (nobleza y plebeyos) y con una conformación parlamentaria mucho más igualitaria que en Inglaterra (en vez de las Cámaras de los Lores y la de los

23. Op. cit.

24. Op. cit.

25. Op. cit.

Comunes, había Senado y Representantes, sin más distingo entre unos y otros que el diferente puesto que ocuparan en su representación estadual o poblacional), dando pié al desarrollo fértil de este principio: FURNISH²⁶ señala por ello que *muchos de los colonos en esta era fueron puritanos (. . .) que se oponían a la prerrogativa real (. . .), y habían huido al nuevo mundo para escapar de la persecución. La enseñanza de COKE les sirvió perfectamente para dar justificación legal a la actitud de estos rebeldes contra la Corona.*

La posición anterior es compartida por FERNANDEZ SEGADO²⁷, quien señala que es la versión puritana y laica del Derecho Natural de LOCKE la que conduce a la idea de la *fundamental Law*, pues existe una *ley natural* superior que obliga a todos, quien sostendría enfáticamente que los deberes y derechos morales son intrínsecos y tienen prioridad sobre el derecho; los gobiernos están obligados a hacer vigente por la ley aquello que es justo, natural y moral. Señala que este punto de vista no llegará a consolidarse en Inglaterra, pero si en las Colonias americanas, donde las condiciones resultaron más propicias y proclives a la desobediencia en contra de los actos del Gobierno Inglés, donde los colonos irán haciendo suya la afirmación de que *siendo la ley fundamental de la naturaleza, la conservación de la humanidad, ninguna sanción humana puede ser buena o válida en su contra.*

Es a partir de allí que, sobre la base del *Stare Decisis* (precedente vinculante u obligatorio) que jalona el sistema jurídico y judicial de los Estados Unidos, Magistrados de la talla de JOSEPH STORY, OLIVER WENDELL HOLMES y otros²⁸, desarrollaron con mayor amplitud y sistematicidad el sistema del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de los actos, en lo que se ha venido a denominar el *Sistema Americano*

26. Op. cit. p. 15.

27. FERNANDEZ SEGADO, Francisco.— Op. cit.

28. ALONSO GARCIA, Enrique. Op. cit. Además, ver Carl BRENT SWISHER, *El desarrollo Constitucional de los Estados Unidos*, T.I., Bs. As., 1958, pp. 88 y ss. cit., por FIX-ZAMUDIO, Héctor, Op. cit. p. 16.

o de la *Judicial Review* —Revisión Judicial de la Constitucionalidad²⁹—.

El *Sistema Americano* o de la *Judicial Review*— también conocido como el sistema *difuso* del control de la constitucionalidad, basa su estructura de Justicia Constitucional en el propio Poder Judicial u Organo Jurisdiccional. Es decir, bajo este Sistema será el propio Poder Judicial ordinario el que ejercerá el control y defensa de la Constitución a nivel nacional.

De acuerdo a los principios que informan este sistema, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma positiva, o de un acto de gobierno. La validez de esta declaración de inconstitucionalidad dependerá de la característica del sistema judicial de que se trate. Así, en el *Sistema Americano* tiene el sistema del *Stare Decisis* o del precedente vinculante, *no* de los Estados Unidos, tal declaración terminará consiguiendo efectos derogatorios *Erga Omnes*, esto es, efectos derogatorios o rescisorios generales debido al efecto multiplicador que donde el juez posterior está obligado —en principio— a respetar los límites jurisprudenciales señalados por el juez anterior. Así, sea por este efecto multiplicador por el que una vez determinada la inconstitucionalidad de una norma, todos los demás casos deberán resolverse del mismo modo, o sea por el peso moral que la judicatura ha alcanzado con una decisión de esta naturaleza (que en principio sólo es *inter partes*), la Administración ejecutiva o legislativa, según sea el caso, procederá de inmediato a derogarla (múltiples formas procesales han derivado de esto. Por ejemplo la *Class Action*). Siguiendo este esquema, el Parlamento o Poder Legislativo sanciona una norma que cobra de inmediato vigencia e imperatividad de acuerdo a su propia naturaleza interna. En principio, suscitada una controversia judicial donde dicho precepto deba ser aplicado a donde el derecho público subjetivo en disputa deba su realidad a la norma en cuestión, el juzgador ordinario encuentra que la misma colisiona con los postulados constitucionales. Como quiera que la Constitución es

29. Op. cit. pp. 17-18. Ver también CARPIZO, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La necesidad y la legitimidad de la Revisión Judicial en América Latina*. Op. cit.

una norma legal de carácter especial (*Higher Law*) y de suprema jerarquía y rango ya que responde a una *fundamental law* y además determina la estructura básica de la Nación, al ingresar en colisión con una norma legal de inferior jerarquía ha de tener mayor imperio que la norma colisionante pues un principio elemental de lógica jurídica nos indica que dos normas contradictorias no pueden ser válidas a un mismo tiempo o en mismo lugar³⁰, determinando en el caso concreto la desaparición de la norma colisionante por inconstitucionalidad. Y esta desaparición judicialmente determinada es, en realidad, una derogación o rescisión decretada por autoridad judicial mediante mandato contenido en sentencia. A partir de allí nadie, ni ciudadanos ni autoridades, deben obediencia alguna a dicha norma legal ordinaria cuya inconstitucionalidad ha sido puesta al descubierto por el juzgador ordinario, hasta que otro cambio jurisprudencial altere el curso de la interpretación constitucional.

El *Sistema Europeo* de Justicia Constitucional —denominado también *Control Ad-Hoc* de la Constitución o *Sistema Concentrado* de Control de la Constitucionalidad—, tiene su punto de inicio a partir de la notable —y solitaria— obra del jurista vienes *HANS KELSEN*³¹. *GARCIA DE ENTERRIA*³² se admira y sostiene que resulta sorprendente que el constitucionalismo europeo quedase totalmente al margen de la formidable construcción que supuso el sistema de la *Judicial Review* en el sistema americano, lo que sólo es explicable —señala— a partir de la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del “principio monárquico” como fuente formal de la Constitución. La recepción europea del sistema de justicia constitucional no va a tener lugar hasta la primera gran post-guerra de 1919, por dos vías principales: una primera a partir de la compleja articulación que supuso el Imperio Alemán y la Monarquía Austro-

30. Aún cuando referida al Derecho Procesal, la inferencia es válida en el presente caso para nuestro tema. Ver: Eduardo J. COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal: & 2. Ciencia y Técnica del Proceso*, 3ra. Ed. —Póstuma—, Eds. De Palma; Bs. As., 1985, p. 487.

31. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*; México, UNAM, 1979. *Teoría General del Derecho y del Estado*; México, UNAM, 1974.

32. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Op. cit.; pp. 55-56.

Húngara y que concluye con la Constitución alemana del *WEIMAR de 1919*, creando un Tribunal al que se confiere la facultad de decidir sobre los conflictos entre los poderes constitucionales y, especialmente, entre los distintos entes territoriales propios de una organización federal; en tanto que la segunda, a partir de la segunda gran post-guerra y que tiene su punto de partida, precisamente en la ya referida obra genial de *KELSEN*, en el sistema expresado por primera vez en la Constitución austriaca de 1920 perfeccionado con la reforma de 1929³³.

Antes de que *KELSEN* divulgara su obra —con sus postulados sobre la Teoría General del Estado de 1925, Teoría General del Derecho, Teoría Pura del Derecho y el Positivismo Jurídico que nos alcanzan con fuerza hasta nuestros días³⁴— respecto al establecimiento de una Justicia Constitucional concentrada a partir de la instalación de los Tribunales Constitucionales, en Europa había predominado la corriente —todavía vigente en Francia con el *Conseil d'Etat Français*— de confiar la tutela de las disposiciones constitucionales a un órgano político especial, como lo fue en un inicio el Senado Conservador establecido por la Constitución Francesa de 22 de Frimario del Año VIII debido al Abate *SIEYES*³⁵ sobre el que descansaba la idea de una segunda cámara defensora de la Constitución (*Sénat Conservateur*), y que luego fuera acogido por la Constitución Francesa de 11 de enero de 1852, Art. 29, para luego constituir al Senado en *Haute Cour de Justice* en las acusaciones contra ministros y otros asuntos de justicia política³⁶.

Al lado de ello, como antecedente a la obra de *KELSEN*, el pensamiento europeo también se hallaba inclinado desde tiempo atrás por la existencia de un poder neutro, moderador o armónico, que intervenga con su arbitración a la solución de los conflictos de poder suscitados entre el Parlamento y el Ejecuti-

33. *KELSEN*, Hans. Op. cit.

34. Op. cit.

35. *FIX-ZAMUDIO*, Héctor, Op. cit. pp. 16-17. Ver también *SCHMITT*, Carlo. Op. cit. pp. 37-38.

36. Art. 9º de la Ley Constitucional de 24 de febrero de 1875.

vo, de acuerdo con los principios divulgados por *BENJAMIN CONSTANT* en los primeros años del Siglo XIX³⁷, y que ha sido consagrado en varias Cartas Constitucionales posteriores a 1945, sobre todo tratándose de países preponderantemente parlamentarios.

El Sistema de *Control Concentrado* de la Constitucionalidad, Sistema de Justicia Constitucional *Ad-Hoc* o *Sistema Europeo*, basa su estructura en la existencia de un Organismo del Estado, diferente y autónomo de los tradicionales Organismos Legislativos, Ejecutivo y, sobre todo, Judicial; que ha de ejercer el control de la Constitucionalidad a partir de la aplicación de una privativa jurisdicción constitucional. Es decir, a esta Corte Constitucional, compuesta por Magistrados ajenos orgánicamente al Poder Judicial, la Constitución le reserva el derecho y el deber excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno y, por ende, la facultad de derogar con declaraciones de efectos rescisorios y carácter *ERGA OMNES* dicha ley o establecer los mecanismos de corrección frente al acto inconstitucional. La actuación de la Corte Constitucional resultará, así, independiente de la de los demás Organismos del Estado y operará a impulso de quienes constitucionalmente resulten legitimados para disponer de la *acción de inconstitucionalidad* de las leyes, el pedido de su interpretación o, aún, la interpretación del propio texto constitucional o de las situaciones límites constitucionales, o de las *acciones de garantía* constitucional, y todas las demás que la Constitución de cada Nación permita por adición, como, por ejemplo, el dirimir los conflictos de competencia entre los diversos estados, naciones, regiones o autonomías.

Es interesante acotar aquí que, como ya se señalara³⁸ y fuese anotado por *FIX-ZAMUDIO*, paralelamente al nacimiento de la *Justicia Constitucional concentrada* a partir del nacimiento de Tribunales Constitucionales especializados, ha surgido también una nueva disciplina dentro del procesalismo científico del Dere-

37. *FIX-ZAMUDIO*, Héctor, Op. cit. p. 17.

38. Ver *Supra* cita No. 15. Ver, además, Héctor *FIX-ZAMUDIO*, *III La Jurisdicción como función esencial del Estado Moderno*; en: *Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos*; Inst. de Investigaciones Jcas., UNAM, México, 1977, p. 13.

cho: el *Derecho Procesal Constitucional* que va a determinar los presupuestos, reglas, principios y lineamientos del procedimiento ante la Corte Constitucional, que se va a diferenciar del Derecho Constitucional Procesal que supone las reglas del proceso ordinario elevadas, por su carácter esencial, a rango constitucional, y que se condensan en la institución del *Debido Proceso Legal, Tutela Judicial Efectiva* o, como se le conoce en el original Derecho Anglosajón del cual parte con la *Bil Of Rights* en Inglaterra y la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos: el *DUE PROCESS OF LAW*: que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones materiales de la aplicación de la justicia integradas en garantías fundamentales, sistematizadas para la adecuada prestación de la justicia que la propia Constitución exige, y que no tienen otra finalidad que permitir el acceso del justiciable a un proceso judicial justo, equitativo, imparcial y definitivo³⁹.

Frente a estas dos grandes categorías de Justicia Constitucional, nos encontramos con una tercera que, no siendo mayoritaria, ha inspirado a un importante sector de Constituciones contemporáneas: las inspiradas en el Sistema Soviético y que podríamos denominar el *Sistema Socialista*. En este sistema de *Justicia Constitucional*, la tutela de la supremacía constitucional se deposita en el propio Organismo Legislativo. En este caso, corresponde al propio Parlamento decidir por sobre las infracciones constitucionales de las leyes por el mismo expedidas, de los actos del Ejecutivo y de los particulares, si así fuese establecido por el correspondiente Sistema Jurídico⁴⁰.

Ahora bien, como es anotado con agudeza por el propio *FIX ZAMUDIO*⁴¹, y es perfectamente constatable en el Derecho

39. Sobre el tema del *Debido Proceso Legal* puede consultarse tanto QUIROGA LEON, Anibal.— *Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*; Op. cit.; y del mismo autor *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia* en: *La Constitución Diez Años Después*; Op. cit. pp. 289 y ss.

40. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de Evolución de la Justicia Constitucional*; Op. cit. p. 18.

41. Op. cit.

Comparado, ninguno de estos tres sistemas se presenta químicamente puro, en su prístina concepción; sino que se han venido entremezclando, interaccionando e, inclusive, combinándose en algunos Ordenamientos Jurídicos en aras de un mejor resultado y finalidad, de manera que al tratar de estas tres grandes divisiones estamos haciendo, por sobre todo, un ejercicio académico cuyo objeto es la mejor conceptualización del Sistema Jurídico y su *Justicia Constitucional* a efectos de nuestro análisis.

4. IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La importancia de la *Justicia Constitucional* resulta ahora innegable. El verdadero equilibrio de los poderes o, como modernamente se conoce, el de las funciones competenciales de los diferentes Organos del Estado, hace necesario la existencia de una instancia autónoma que interprete adecuada y definitivamente los postulados constitucionales, determinando también con imparcialidad y autonomía política las violaciones constitucionales cometidas tanto desde el Legislativo a través de leyes y normas inconstitucionales, como del Ejecutivo a través del exceso de poder manifestado en actos constitucionales cuya forma puede ser diversa y variable. También el Poder Jurisdiccional puede estar incurso en las violaciones constitucionales a través de actos o normas inconstitucionales, cuanto por la ausencia del respeto a la garantía del *Debido Proceso Legal*.

Por otro lado, también resulta ahora indiscutible, el que los textos constitucionales no contienen fórmulas estáticas ni valores inmutables, sino que por su propia racionalidad, contienen postulados proyectados siempre hacia el porvenir, de manera históricamente dinámica, precisamente por el contenido axiológico y político⁴² de sus postulados. A ello contribuirá, induda-

42. Cuando nos referimos al contenido político de la Constitución, no lo hacemos en el concepto cotidiano u ordinario de *política* en tanto componenda y ambición de poder. Nos referimos a lo que la Ciencia Política define como *política*, esto es, la distribución, bajo criterios predeterminados, de los ámbitos competenciales del ejercicio del poder del Estado y delegado por mandato popular. Por ello es que, siguiendo a Konrad HESSE, hemos definido a la Constitución *norma política* antes que *norma jurídica*. Ver: QUIROGA LEON, Aníbal. *La Interpretación Constitucional*: Op. cit. p. 324.

blemente, la doctrina constitucional con las modernas corrientes de *Interpretación Constitucional* y la *Mutación Constitucional*⁴³.

Y es que tradicionalmente se ha entendido que siendo la Constitución la norma jurídica de más alto rango, la hermeneútica que le resulta aplicable es la tradicional para la interpretación de las normas jurídicas ordinarias del Sistema Jurídico. Sin embargo, las modernas corrientes de interpretación constitucional, a partir precisamente de la aplicación de la Justicia Constitucional, han cambiado de plano estas tradicionales concepciones que fueron inicialmente formuladas y sistematizadas por VON SAVIGNY, y después profusamente desarrolladas por tratadistas como GENY, MESSINEO⁴⁴ y BETTI⁴⁵.

En efecto, ya no sólo se considera a la Constitución como el vértice superior del Ordenamiento Jurídico, sino que como *norma política* es continente de principios y postulados fundamentales para la organización social, política y económica de la Nación, los que por su propia naturaleza y finalidad han de te-

-
43. Op. cit. p. 325. Ver allí la cita de Francisco RUBIO LLORENTE en el *Prólogo* a la obra de Enrique ALONSO GARCIA, *La Interpretación de la Constitución*; Op. cit.; donde se concluye: "pues ni la Constitución es una norma, ni es elemento necesario del concepto de norma la generación de obligaciones (. . .), ni por último, tienen la misma naturaleza o los mismos efectos que las normas contenidas en la Constitución". Sobre el tema de *Mutación Constitucional*, ver Konrad HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional-Selección*: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. Trad. del Prof. Pedro CRUZ VIDALON.
 44. MESSINEO, Francesco. *Conocimiento, Interpretación e Integración de las Normas. La Obra del Intérprete: técnica, dogmática y sistemática del Derecho. Aplicación del Derecho*; Mimeo, P.A. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1977.
 45. BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*: Ed. Revista de Derecho Privado, Ed. Revista de Derecho Financiero, EDESA; trad. y prólogo de José Luis DE LOS MOZOS, Madrid, 1975. Sobre el tema de la interpretación jurídica, puede revisarse también DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; Barcelona, Ed. Ariel, 1975. La obra original de BETTI puede hallarse en *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*; Milán, 1949. Sobre la temática específica de la *Interpretación Constitucional*, además de los trabajos de RUBIO Y BERNALES y de QUIROGA LEON, Aníbal ya citados bajo ese título, puede ser revisada la Tesis de Bachiller en Derecho del mismo título de PEGORARI RODRIGUEZ, Carla; Facultad de Derecho, PUC del Perú, Lima, 1988.

ner una vigencia *históricamente dinámica*, necesariamente cambiante en el tiempo y en el espacio. De allí, pues, que los esquemas de la interpretación jurídica tradicional resulten estrechos y ampliamente superados por una necesidad y requerimiento mucho mayor de aprehender las esencias constitucionales y políticas de las que depende la permanente estructuración de la Nación.

Es evidente que la Constitución moldea los pilares básicos de un país, en tanto que la realidad de éste condiciona a su vez la propia vigencia constitucional en una constante interacción que es menester descubrir y manejar con acierto. Y también es verdad que la Constitución vincula y obliga a todos, pero la eficacia de la mayoría de sus normas se caracteriza por los *Principios Informadores* o *Inspiradores* antes que por mandatos directos, *normas autoaplicables (self-executing)*⁴⁶. Por todo ello es que la hermenéutica tradicional resulta incompleta pues no llega a distinguir aquello, por lo que se ha generado una nueva visión de lo que debe ser la interpretación del texto constitucional, sobre todo a partir de la *Justicia Constitucional concentrada* en países como Suecia, Italia, Alemania y España en donde este se halla plenamente vigente.

Paralelamente a ello, también la doctrina constitucional moderna —sobre todo a partir del tratadista alemán LASALLE en 1862 con su histórico discurso berlinés *Ueber Verfassungswesen*⁴⁷— se ha descubierto la *Mutación Constitucional* como

46. QUIROGA LEON, Anfbal, Op. cit. p. 325.

47. Ferdinand LASALLE sostenía, ya en 1862, en ese célebre discurso, que la *la Constitución escrita sería una mera hoja de papel*, ya que lo que cuenta es la Constitución real y efectiva (*Wirklichen Verfassung*), expresión de las relaciones y poderes fácticos, normalmente silenciadas (. . .) en el texto legal. cit. por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como . . .* Op. cit. p. 42; y también del mismo autor *La posibilidad Jurídica del Tribunal Constitucional*: Op. cit. p. 42. Sobre el tema también se ha afirmado, citando a LASALLE, que *“la constitución no es aquel papel escrito al que todos recurren cual oráculo, sino las relaciones de poder que se hallan en constante movimiento y mutación en un país, lo que —aunque resulte paradójico— es la base de la sólida estructura, organización y unidad del Estado. El reconocimiento del Estado y del Derecho no debe olvidar que sólo cabe hablar de Constitución si se la afirma, dentro del dinamismo político, económico y social, con ese esencial carácter relativamente estático. Por eso la Constitución no es proceso, sino*

un principio rector que permite la variación histórica del texto constitucional sin necesidad de pasar por el trauma de la reforma total o parcial del propio texto normativo de la Constitución. Por ello, el principio de la *Mutación Constitucional* es un elemento imprescindible en la moderna hermenéutica constitucional y permite la aplicación de los sistemas axiológicos y políticos que van cambiando con la realidad dinámica de una Nación. La modernización de la Constitución, su adecuación con la cambiante realidad y, en definitiva, su propia supervivencia fortificada —y no debilitada— por el paso del tiempo, es una consecuencia directa de una adecuada interpretación constitucional de acuerdo a los modernos criterios existentes de la *Mutación Constitucional*.

Por ello podemos concluir, junto con el tratadista italiano MAURO CAPPELLETTI⁴⁸, que *“El genio del hombre ha descubierto el instrumento más perfeccionado de la relativización de los postulados constitucionales, haciéndolos flexibles a una interpretación autorizada que permita su permanente adecuación al sistema político y a la realidad histórica a través de la justicia constitucional. Por medio de esta institución se confía a jueces imparciales la humanización de lo absurdo, la concreción de lo abstracto, la correcta aplicación y realidad históricamente actual de los valores supremos, que serían fría y estáticamente irrealizables si se consideraran encerrados y cristalizados en las fórmulas normativas de la Constitución”*. Por ello, concluye CAPPELLETTI, *“... el sentido de la Justicia Constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época”*⁴⁹.

producto, no actividad sino forma de la actividad, forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida a la vida”; en: *Las Vueltas de la Constitución*: artículo de Opinión escrito en Madrid por Jorge MELO-VEGA CASTRO y Aníbal QUIROGA LEON para el Diario “La República”, publicado el 6 de junio de 1985, p. 13.

48. CAPPELLETTI, Mauro, Op. cit. pp. 74-75; cit. por FIX-ZAMUDIO; Op. cit. p. 163.
49. Sobre la capital importancia de la Justicia Constitucional ejercida a través de Tribunales Constitucionales, el propio GARCIA DE ENTERRIA señala que *“El tema del Tribunal Constitucional es posiblemente el tema central de nuestra Constitución (española): me atrevo*

5. EVOLUCION DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMERICA

Es muy difícil seguir una trayectoria lineal en el desarrollo de la defensa constitucional en América, puesto que mientras en los Estados Unidos y el Canadá —bajo el sistema anglosajón de la *Judicial Review*— ha sido paulatino y continuado, en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se advierte una gran variabilidad dentro de una trayectoria que *FIX-ZAMUDIO* califica de ascendente⁵⁰.

Por ello, del análisis somero que se ha realizado de los tres grandes sistemas de *Justicia Constitucional* imperantes en la actualidad, se concluye que desde 1940 en adelante el control de la constitucionalidad de los actos de la autoridad ha sufrido un desarrollo que la doctrina constitucional no duda en calificar de sorprendente⁵¹. Si bien es cierto que la *Justicia Constitucional* no es una institución del presente Siglo, sino que hunde sus raíces en el nacimiento y evolución del Estado moderno y aflora después de un proceso calificado de lento y atormentado ya de una manera definida después de las dos grandes luchas libertarias de las postrimerías del Siglo XVIII, el proceso a partir de entonces ha sido también el de su paulatina consolidación con el convencimiento de que ya no era suficiente el consagrar los valores supremos de la organización social y política en un documento escrito denominado *Constitución Política*, sino que debían además de establecerse allí los mecanismos necesarios para la garantía consecuente de esos valores supremos, los que cada día deben de lograr su mayor efectividad. Sin embargo, tampoco puede afirmarse que a la fecha exista un mecanismo de control constitucional que tenga un mayoritario consenso, como el método más adecuado para lograr la efectividad de los principios establecidos en las normas constitucionales, previniendo su violación, restaurando y reparando el orden fundamental cuan-

a decir (. . .) que es aquel en que esta Constitución se juega sus posibilidades y su futuro"; en: *La Posibilidad Jurídica del Tribunal Constitucional*; Op. cit. p. 36; cit. por QUIROGA LEON, Aníbal. *El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de Ser o no Ser*; en: THEMIS No. 4, Segunda Epoca, Lima, 1986; pp. 40.

50. *FIX-ZAMUDIO*, Héctor. Op. cit. p. 19.

51. Op. cit. p. 149.

do se hubiese infringido⁵².

Pero al lado de esta constatación, *FIX-ZAMUDIO*⁵³ apunta otra: en nuestra época, cualquiera sea la orientación política de los Ordenamientos Políticos de nuestros Estados —particularmente en nuestra sísmica realidad al decir de *BASADRE*— ya no es posible prescindir de uno o varios *Sistemas de Justicia Constitucional*, que se van perfeccionando paulatinamente orientados todos ellos a la (máxima) aspiración mencionada por *JELLINECK* como una esperanza todavía lejana en los albores de nuestro Siglo que ya se acaba: *UN ORDEN JURIDICO CONSTITUCIONAL*⁵⁴.

6. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA PERUANO

6.1. Antecedentes

Señalaba el jurista peruano *ZARATE POLO*⁵⁵ en 1957 que las leyes deben reflejar la voluntad popular y, además, obedecer a una necesidad social impostergable. Tales requisitos extrínsecos de la ley reunidos significan un gran esfuerzo para plasmar la sentida necesidad de alcanzar, mediante un procedimiento breve y eficaz, la defensa de los derechos garantizados por la Constitución.

Por ello, cuando se estudia el constitucionalismo peruano, en la medida en que en ningún momento ha variado la sustentación republicana representativa y democrática de nuestra organización política, las anteriores Constituciones sirven necesariamente de fuente supletoria de interpretación vigente, sobre todo cuando de su espíritu se advierte un proceso histórico de consolidación de las garantías fundamentales⁵⁶.

52. Op. cit.

53. Op. cit. p. 150.

54. Op. cit.

55. *ZARATE POLO*, Marco Antonio. *La Protección Judicial de la Constitucionalidad*; en: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 159, 160 y 161, abril-junio, Lima, 1957; p. 383.

56. Un notable trabajo en materia de *Garantías Constitucionales* (ahora superado sin duda) puede hallarse *bajo ese título* en *FERRERO*, Raúl; en: *DERECHO* No. 27, Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1969.

En primer término, hay que advertir que hasta la vigencia de la Constitución de 1979, mientras la evolución ha sido notablemente progresiva en cuanto a la simple declaración de derechos y al establecimiento de garantías, los medios de control se fueron debilitando cada vez más, sobre todo en cuanto concierne al control del órgano político, para llegar a la preeminencia del control jurisdiccional en la Constitución de 1933 que, sin embargo, no llegó a ser eficiente debido a la ausencia de una adecuada interpretación judicial y al vacío legislativo en cuanto al desarrollo reglamentario de la *Justicia Constitucional* en el Perú, a lo que sin duda ayudó la ausencia de una perspectiva histórico-jurídica que visualizara esto y le dotara de fundamento. No obstante, SOUSA y DANOS⁵⁷, sostienen que en mayor o menor grado no ha estado exenta de nuestra historia constitucional positiva una cierta preocupación por el control de la constitucionalidad de las normas, apareciendo en casi todos, según citan a ZARATE POLO⁵⁸, el establecimiento de diversos mecanismos de Defensa Constitucional de carácter político, siempre atribuidos al Legislativo, que si bien nunca configuraron un sistema de *Justicia Constitucional* en los términos definidos, cuando menos evidenciaban la intención del establecimiento de alguna forma de control.

Si tuviéramos que hacer un somero repaso de las Constituciones nacionales y la formulación de sus garantías, tendríamos que precisar lo siguiente:

- *CONSTITUCION DE 1823.*— Ya distinguía entre los derechos sociales e individuales. Sin embargo estos no fueron separados sistemáticamente en Capítulos diferentes. Los derechos sociales se entienden incorporados en el texto de la integridad de la Constitución, como lo señalaba su Art. 193.

57. SOUSA CALLE, Martha y DANOS ORDONEZ, Jorge. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Normas de carácter general*; en: *La Constitución de 1979 y sus problemas de aplicación*; Op. cit., p. 287; citando a Marco Antonio ZARATE POLO. *La Protección Judicial de la . . .*; Op. cit. p. 396.

58. "En todas las Constituciones, sin excepción, se han considerado normas que atribuyen al Poder Legislativo la vigilancia del cumplimiento de sus normas, configurándose varios sistemas de diferente eficacia e intensidad"; Op. cit. y cita No. 3.

- *CONSTITUCION DE 1826.*— Se dedica también en un sólo Capítulo —*De las Garantías*— al examen de estas, pero a diferencia de la anterior, trata de explicar el ejercicio del derecho protegido.

- *CONSTITUCION DE 1828.*— Se dedica también en un sólo Título a las Garantías Individuales y Sociales; pero es digno de resaltar que por primera vez se incorpora como derecho garantizado el *Principio de Legalidad* y el de la *Irretroactividad* de la Ley. Incorpora también de modo explícito la garantía de la *independencia del Poder Judicial*.

- *CONSTITUCION DE 1834.*— Es la primera que separa las *Garantías Individuales* de las demás en Capítulos diferentes, bajo los epígrafes *Garantías Constitucionales* y *Disposiciones Generales*. Como importante contribución aparece garantizado por primera vez el principio del *Debido Proceso Legal* contenido, más de cien años después, en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas en 1948. Además, por primera vez se configura la garantía de la *Libertad Individual*.

- *CONSTITUCION DE 1839.*— Al igual que su precedente; separa también sistemáticamente las Garantías Individuales de las otras a las que denomina *Garantías Nacionales*. Se advierte una marcada tendencia conservadora.

- *CONSTITUCION DE 1856.*— Conserva la distinción entre las Garantías Individuales y las denominadas Nacionales, estableciendo el *Principio de Legalidad* para la determinación de las Contribuciones, introduciendo como novedad la *Libertad de Asociación*. Lo que sí resulta novedoso, y pionero además, es que el embrión de un esbozo de *Justicia Constitucional* puede ser hallado en esta importante —pero de breve vigencia— Constitución, pues en su *Art. 10* establecía: “*Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución*”, siendo —como se ha anotado— el primero, y a la postre el único, dispositivo constitucional que de manera expresa consagraba el principio de la invalidez y nulidad de todo acto legislativo dictado en contravención a la Cons-

titución en términos muy parecidos a los postulados de la *Judicial Review* de célebre Juez MARSHALL⁵⁹.

- **CONSTITUCION DE 1860.**— Mantenía la división de las Garantías, y el establecimiento del Principio de Legalidad en materia tributaria, al que le adiciona una nueva idea: *la proporcionalidad a la facultad de los contribuyentes* o criterio de la *capacidad contributiva*.
- **CONSTITUCION DE 1920.**— En el rubro de las denominadas Garantías Nacionales repite la prohibición de los fueros personales y los privilegios, el Principio de Legalidad en materia impositiva; introduciendo por primera vez frente al Derecho Individual de la Libertad Personal, el *Recurso de Habeas Corpus* (Art. 24), como medio de defensa y garantía frente a la prisión indebida⁶⁰.
- **CONSTITUCION DE 1933.**— Introduce el concepto de las *Garantías Nacionales y Sociales* frente a las *Garantías Individuales*. Se advierte un enorme crecimiento de las primeras con relación a los textos constitucionales precedentes. No se habla aún de *Amparo*, pero se mantiene la *Acción de Habeas Corpus* en su Art. 69, que luego va a dar lugar al denominado *Habeas Corpus Civil* de que trata el Decreto Ley 17083 de 24 de octubre de 1968, en tanto que el original y verdadero *Habeas Corpus* se cautela en el Código de Procedimientos Penales de 1940⁶¹.

59. Op. cit. y p. 288.

60. GARCIA BELAUNDE, Domingo. *El Habeas Corpus Interpretado*: Instituto de Investigaciones Jurídicas, PUC del Perú, Lima, 1971, pp. 11-12.

61. En 1931, durante los debates respecto a la reforma del Código Civil de 1852 iniciados en 1923, se hace de conocimiento el Anteproyecto Constitucional de la *Comisión Villarán* que, concebido con buen criterio técnico e independiente, al decir de BASADRE, fue en varios aspectos superior a la Carta de 1933. Allí se facultaba a los jueces a inaplicar las normas ordinarias contrarias a la Constitución, con cargo a una revisión *ex-officio* y en última instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República. SOUSA CALLE, Martha y DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Op. cit. p. 289. Ver asimismo el excelente trabajo de Domingo GARCIA BELAUNDE. *Legislación Peruana sobre el Habeas Corpus (1897-1968)*; en: Rev. de Der. y C. Políticas, Vol. 39. Nos. 1, 2 y 3; ene-dic., 1975, Lima, pp. 27 y ss.

6.2. Situación actual

Resulta así evidente que el sistema actual que rige nuestra *Justicia Constitucional* nacional no surge plena y únicamente de la Constitución de 1979, vigente desde el 28 de julio de 1980, como muchos creen, sino que nace históricamente desde tiempo atrás, casi como un resultado natural sin que se le hubiere perfilado así por la intención del constituyente o legislador, como ya se ha visto de los antecedentes reseñados. Al margen de la breve —por su vigencia efectiva— Constitución de 1856 a la que ya nos hemos referido⁶², los orígenes prácticos reales se pueden hallar con la Constitución de 1920 y la doctrina sentada en aquel año por la Corte Suprema de Justicia de la República al establecer la primacía del texto constitucional por sobre la normatividad ordinaria, cuando sentenciaba: “A la *Ley Fundamental* se encuentran fatalmente subordinadas todas las demás, siempre secundarias (. . .) [y] en la Administración de Justicia, carecen de aplicación las leyes inconstitucionales. . .”⁶³.

Como también se ha anotado ya, recién con los Debates de la Comisión Reformadora del Código Civil en 1923⁶⁴ es que se examina la posibilidad de positivizar alguna forma de revisión judicial de las leyes, según la inspiración que confería el *Sistema Americano* de la *Judicial Review* en donde tal potestad se reservaba para los Jueces ordinarios. Luego de numerosas discusiones, en que inclusive se debatió la constitucionalidad de una medida como esta⁶⁵, así como su amplitud y su margen de competencia, se convino en elaborar una fórmula que facultara a todos los jueces a *desaplicar* las normas inconstitucionales, la que no vería la sanción legislativa hasta la promulgación del Código Civil de 1936.

62. Ver Supra 6.1 & *Constitución de 1856*.

63. Acción de *Habeas Corpus* interpuesta por doña Cecilia Althaus de Pardo: cit. por BUSTAMANTE Y CISNEROS, considerado por algunos como un *leading case* en el Perú, quizás comparable al de *Marbury vs. Madison* (ver cita No. 18 Supra): cit. por SOUSA CALLE, Martha y DANOS ORDÓÑEZ, Jorge: Op. cit. pp. 288-289.

64. Ver cita No. 61 Supra.

65. *Actas de la Comisión Reformadora*: p. 52; Op. cit.

En efecto, el Art. 236 de la Constitución Política del Estado de 1979, vigente en la actualidad, señala textualmente:

“Art. 236.— En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda norma subalterna”.

Esta es una norma Constitucional que establece uno de los mecanismos de *Justicia Constitucional* vigente en el Perú de hoy, y es una norma de garantía de la constitucionalidad de la ley —tanto formal como material— porque pretende cautelar la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico expresamente consagrada en el Art. 87 de la propia Carta Constitucional que establece la *pirámide kelseniana* de estructuración del orden jurídico interno⁶⁶.

Como se puede apreciar, el antecedente normativo inmediato de esta disposición es, sin duda alguna, el Art. XXII del *Título Preliminar* del Código Civil de 1936 —ahora derogado⁶⁷— que textualmente señalaba:

“Art. XXII.— Cuando hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal se prefiere la primera”.

Al margen de la mayor bondad de técnica legislativa de uno y otro texto normativo —particularmente preferimos la formulación original del Código Civil de 1936—, se debe tener en cuenta que, sin duda alguna, para el legislador de 1936 ya era evidente la necesidad y realidad de un Sistema de *Justicia Constitucional*: el *Sistema Americano* o *difuso* o, también denominado, de la *Judicial Review* de control de la constitucionalidad,

66. *“Art. 87.— La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica”.*

67. El Código Civil de 1984 no ha repetido esta disposición debido, precisamente, a la pre-existencia a su vigencia del Art. 236 de la Constitución Política del Estado. Ver: QUIROGA LEON, Aníbal. *Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales . . .*; Op. cit. pp. 161-163.

con la importante variante que la inconstitucionalidad determinada y judicialmente declarada sólo afectaba al caso concreto (*Inter Alios Iudicio*), y no con los efectos derogatorios o rescisorios *Erga Omnes* del original *Sistema Americano*⁶⁸, según la derivación lograda por el *Stare Decisis*.

Posteriormente, en 1963 la Ley Orgánica del Poder Judicial —actualmente en vigencia— reitera esta situación, determinando inclusive el trámite a seguir por el juez que proceda a aplicar esta disposición de inconstitucionalidad de una norma legal. En efecto, el Art. 8º de esta norma legal señala textualmente lo siguiente:

“Art. 8º.— Cuando los jueces y Tribunales, al conocer cualquiera 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. La sentencia de segunda instancia se elevará en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no interpusiese el recurso de nulidad. Los jueces y Tribunales no aplicarán decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución y las leyes”.

Como ya se ha anotado, esta potestad jurisdiccional de determinar libérrimamente la constitucionalidad de las leyes y demás normas legales, se inscribe dentro del *Sistema Difuso* o de *Judicial Review* de control de la constitucionalidad. Vale decir, la posibilidad de que sea el propio Poder Judicial —en ejercicio del control inter-órganos de que habla *Loewenstein*⁶⁹— proceda a aplicar la *Justicia Constitucional* inaplicando leyes y normas de inferior jerarquía por inconstitucionalidad en los conflictos intersubjetivos (inter-partes) sometidos a su conocimiento y competencia.

68. Ver *Supra* & 3. *Categorías Fundamentales*.

69. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*; Eds. Ariel, Barcelona, 1964.

También hemos señalado que el control de la constitucionalidad tiene tres grandes sistemas⁷⁰. Entre ellos: el europeo o de *Justicia Constitucional concentrada* o *Ad-Hoc*, generalizado a partir de la Constitución austríaca de 1920 y de la obra de *HANS KELSEN*; en el que un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para ello, tiene la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, estableciendo al respecto declaraciones generales *ERGA OMNES* de plenos efectos derogatorios o rescisorios. El *Sistema Americano* o de *control difuso* (también denominado de la *Judicial Review*), permite —como ya se ha dicho— que sea el aparato judicial ordinario el que desarrolle la función del control de la constitucionalidad, sea con efectos derogatorios o rescisorios *ERGA OMNES* (sea por la peculiaridad del sistema judicial como el caso del *Stare Decisis* norteamericano o por que así se legisle) o con efectos particulares limitados al caso concreto materia del litigio donde sea determinada la norma inconstitucional.

Nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional contiene, hoy por hoy, estos dos grandes sistemas⁷¹, en lo que podríamos válidamente considerar un *Sistema Mixto* de *Justicia Constitucional*⁷², pues por un lado la Constitución de 1979 en sus Arts.

70. Ver *Supra* & 3. *Categorías Fundamentales*.

71. QUIROGA LEON, Anfbal, Op. cit. y p. 164.

72. Sin embargo Domingo GARCIA BELAUNDE, en fundamentada opinión contenida en carta de 31 de enero de 1989, señala que la denominación al sistema peruano es la de *Sistema Dual* "... la justicia constitucional en el Perú es de carácter mixto. Así lo dices tú, y creo que la idea la lancé yo hace algún tiempo. Ahora he cambiado de opinión. Un sistema mixto es aquel que tiene mixtura; o sea, dos o más elementos que por ser tales, dan origen a uno nuevo, distinto y diferenciado de los demás, alejándolo de la pureza de algunos de sus elementos y creando un nuevo tipo, un *Tertium Genus*. Así, mixto es el sistema venezolano (...). En nuestro caso el asunto es distinto. Existe desde 1936 un sistema americano, difuso, de no aplicación, que se ha ido incrementando y perfeccionando. En 1979, se creó al lado de éste, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que es propio del sistema europeo y que funciona como tal. Son pues dos sistemas que andan por su lado y que no se cruzan. Tan sólo en la casación se encuentran, pero sin fallar nada. (...). Son pues dos los sistemas en los cuales nos movemos, el americano muy avanzado en

296 y siguientes, ha creado un órgano Ad-Hoc de control de la Constitucionalidad de las normas y actos de poder en el Perú, diferente y diferenciado del Poder Judicial, y que recibe la denominación de *Tribunal de Garantías Constitucionales*, cuyas decisiones en materia de inconstitucionalidad de leyes y normas tienen efectos derogatorios *ERGA OMNES*⁷³, en tanto que, por otro lado, se mantiene la facultad de los Jueces y Tribunales ordinarios, en cualesquiera de sus instancias, grados y jerarquías (inclusive la *Justicia de Paz Letrada*) de calificar la constitucionalidad de una norma que debe ser materia de aplicación en una causa de su conocimiento y competencia, siempre que exista de por medio un proceso judicial concreto donde esto se presente. Esto excluye la posibilidad de “enjuiciar” o “controvertir” exclusivamente en causa ordinaria la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

En este último caso, a diferencia del *Sistema Americano* puro ya derivado del efecto del *Stare Decisis*, el efecto inconstitucional sólo afecta a la causa concreta en donde esta determinación se presenta alcanzando sólo a las partes en litigio (*Res inter alios Iudicata*) manteniendo, por el contrario, la norma en

teoría, el europeo muy en embrión y limitado. ¿Cómo lo podemos calificar? En una reciente ponencia en Madrid, lo llamé “sistema dual” de control jurisdiccional; también podría denominarse “sistema doble”, “sistema paralelo” o “control jurisdiccional paralelo”, etc. Creo que vale la pena ahondar el asunto. . .”. Sin lugar a duda, esta posición, pedagógica en sí misma, merece tenerse en cuenta. En abono de la tesis de la denominación de “Sistema Mixto” puede revisarse el trabajo de SOUSA, Martha y DANOS, Jorge. Op. cit. p. 296 y cita No. 15, quienes comparten esta misma opinión, dando cuenta que igual posición tienen PELAEZ BAZAN, CARDENAS QUIROS, el propio GARCIA BELAUNDE (en 1981), BLUME FORTINI, BOREA ODRÍA y CORZO MASIAS.

73. *“Art. 296. El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución (. . .)”.*

“Art. 301. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte”.

“Art. 302. El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso en mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional.

Transcurridos cuarenticinco días naturales sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el Diario Oficial”.

cuestión, plena su vigencia dentro del Ordenamiento Jurídico Nacional. Es Principio General del Derecho, también consagrado en norma positiva tanto en la Constitución (Art. 233, inc. 6to.), como en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (art. 23, inc. a), y en el Código Civil en vigencia (Art. VIII de su Título Preliminar), con su antecedente en el Art. XXIII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, la sujeción del juez peruano al texto expreso de la ley positiva, única fuente vinculante en nuestro derecho; de modo que jamás pueda incurrir en actos omisos de Administración de Justicia amparado en defecto, deficiencia, oscuridad o vacío normativo. Sin embargo, en mérito de lo anterior, sin dejar jamás de Administrar Justicia —pues incurriría en Delito de Prevaricato además de la sanción administrativa correspondiente— puede apartarse del texto expreso de una ley, o de una norma general de inferior jerarquía, cuando determine, libérrimamente por sí, ante sí y ex-officio, la inconstitucionalidad de la misma⁷⁴.

Y nuestro *Sistema Concentrado de Justicia Constitucional* establecido en la Constitución de 1979 con el Tribunal de Garantías Constitucionales supone también la posibilidad de determinar, ahora sí con efectos derogatorios o rescisorios *ERGA OMNES*, la inconstitucionalidad del todo o parte de una ley o norma legal de inferior jerarquía⁷⁵.

Pero también puede el Tribunal de Garantías Constitucionales, en lo que *FIX-ZAMUDIO*, siguiendo a *CAPPELLETTI*⁷⁶, denomina *Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, conocer en casación las sentencias definitivas expedidas en las acciones

74. La inconstitucionalidad determinada judicialmente es una facultad o atribución libre del Juez o Tribunal (dentro de un poder discrecional basado en el principio de *razonabilidad*) y no un derecho de la parte litigante. Esta puede proponer tal situación, pero en ello el juzgador mantiene pleno poder discrecional.

75. Decretos Legislativos, Normas Regionales de carácter general y Ordenanzas Municipales.

76. *FIX-ZAMUDIO*, Héctor. *La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales*; Ed. Civitas S.A. —UNAM, Inst. de Investigaciones Jcas., Serie B. Estudios Comparativos, No. 21; Madrid, 1982.

de Garantías de *Amparo y Habeas Corpus*, luego de haber terminado su tramitación previa ante el Poder Judicial ordinario (lo que también le otorga a éste en tales acciones control de la constitucionalidad, reafirmando la mixtura de los sistemas conforme ya se ha expuesto⁷⁷, siempre y cuando el lesionado y demandante hubiese visto denegada su pretensión, ya que cuando tales acciones de Garantía Constitucional son finalmente amparadas por el Poder Judicial ordinario en sentencia ejecutoriada, no hay lugar al *Recurso de Casación* en cuestión⁷⁸.

Es por esta situación, señala *CHIRINOS SOTO*⁷⁹, que se explica la composición por tercios de los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales en los tres Organos del Estado, en proporción equivalente⁸⁰, pues la finalidad última de dicho Tri-

77. Ver cita No. 71 supra.

78. "Art. 298. El Tribunal de Garantías Constitucionales (. . .) es competente para:

(. . .)

2.— Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de *habeas corpus* y la acción de *amparo*, agotada la vía judicial". Inclusive, agotada la vía interna, dentro de la misma tónica, y siempre que la posición final sea contraria a la pretensión del accionante lesionado, se puede ocurrir a la jurisdicción internacional en esta materia según la propia Carta Constitucional (Art. 305) que consagra la *jurisdicción supranacional* ya reconocida por los tratados signados y ratificados por el Perú (Pacto de San José de Costa Rica o Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969). En este caso, básicamente el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que puede permitir el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

79. CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Nueva Constitución al alcance de todos*: Ed. Andina, Lima, 1979.

80. Es importante destacar que ni la Constitución de 1979, ni la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, señalan expresamente que a dicho Organo le compete de manera definitiva la interpretación constitucional. El Art. 186, Inc. 1ro. de la propia Constitución complica aún más el panorama pues expresamente señala que "son atribuciones del Congreso (. . .) interpretar las (leyes) existentes". Aquí se presenta una sustancial diferencia con las normativas de otros sistemas concentrados de Justicia Constitucional, como el caso de la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española, donde expresamente se señala que "El Tribunal Constitucional es el intérprete Supremo de la Constitución". Es obvio que tanto el Juez ordinario que aplica la Justicia Constitucional difusa como el Tribu-

bunal Constitucional peruano será ejercitar el *control político* de la constitucionalidad dentro de los límites de las atribuciones que constitucionalmente se le han reservado.

7. CONCLUSION

A modo de conclusión podremos entonces afirmar que el *Sistema Mixto de Justicia Constitucional* en el Perú, que nuestro Ordenamiento Jurídico ha terminado diseñando como producto histórico y que se contiene en la Constitución de 1979, es uno de los más perfectos posibles, pues combina extraordinariamente bien dos de los más importantes sistemas del mundo occidental contemporáneo: el *concentrado o europeo* y el *difuso o americano*. En puridad, la constitucionalidad de las normas en el Perú está firmemente garantizada en el texto constitucional, como lo están las acciones de garantía en la preservación de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, no somos ciegos a la realidad que nos circunda —y oprime—, por lo que entonces cabe la obvia interrogante: ¿Por qué el desfase entre la norma y la realidad? La respuesta podría ser fácil acusando —como de ordinario se hace en respuesta fácil— alguna insuficiencia normativa, exigiendo la clásica “reforma constitucional”, o mayor claridad legislativa, o la necesidad de un mayor reglamentarismo al que estamos tan habituados. Sin embargo, intentando una respuesta un tanto más compleja podríamos afirmar que el problema en modo alguno está en las normas, por lo que no debemos perder tiempo y esfuerzos buscando entre ellas, y que tenemos ante nosotros un sistema mixto casi idílico. El problema hunde sus raíces —con lamentable profundidad— fundamentalmente en el elemento subjetivo que acciona al interior del Sistema Jurídico. No olvidemos que las normas escritas nada pueden si de por medio no hay un hombre que las interprete y haga realidad, sea este ciudadano, autoridad, legislador o magistrado.

¿Por qué hasta la fecha el Tribunal de Garantías Constitucionales ha tenido una actuación marcadamente deficitaria, has-

nal de Garantías Constitucionales en uso de sus privativas atribuciones, terminan interpretando la Constitución de manera válida y definitiva. Ver sobre el tema QUIROGA LEON, Aníbal. *La Interpretación Constitucional*; Op. cit.; del mismo autor *El Modelo de la Constitución de 1979*; Op. cit.; y PEGORARI RODRIGUEZ, Carla. *La Interpretación Constitucional*; Op. cit.

ta el punto de lograr que algunos —con evidente desencanto y ausencia de percepción histórica— plantean su desaparición? No obviamente porque el sistema sea negativo o esté mal estructurado, sino porque evidentemente los personajes llamados históricamente a darle vida no han estado, ni mucho menos, a la altura de la responsabilidad histórica que la Nación les encomendara, con las honrosas excepciones que siempre existen, pero que no eximen al *Colegiado Político* de una crítica insuperable⁸¹.

Del mismo modo, por qué el Sistema Judicial ordinario en el Perú no ha ejercido debida y adecuadamente la facultad del control de la constitucionalidad, tanto en la *facultad difusa* como en las *acciones de garantía* constitucionales vigentes, de una

-
81. Ver sobre el particular QUIROGA LEON, Aníbal. *El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema* . . . Op. cit. Problemas internos de corte minúsculo han comprometido grandemente su funcionamiento y ello es de público conocimiento (interminables disputas epistolares, la necesidad de la promulgación de la Ley 24589 llamada a "normalizar y moralizar" (sic) el sorteo de sus Magistrados, problemas con la sede en Arequipa, etc.), sin que efectivamente haya cubierto la expectativa que se puso en su funcionamiento. El artículo aquí citado, que critica una postura anormal, una "decisión" que no es sentencia, expedida por el Tribunal de Garantías Constitucionales en tanto órgano colegiado, fue contestado en esa misma tribuna en su No. 7, bajo el título '*Las "sentencias" del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la Crítica*', por el Magistrado Manuel AGUIRRE ROCA, que no acepta lo que allí se plantea con honestidad y claridad. El original de este mismo trabajo, y por este comentario, al ser publicado en DERECHO No. 41 (op. cit.), fue criticado en otra larga carta "rectificatoria" dirigida a nuestra Facultad por el mismo Magistrado, invitándonos a una nueva polémica que tampoco aceptamos. Se argumenta, entre otros aspectos, presunto agravio personal en esas líneas a los Magistrados del Tribunal Constitucional. El lector obtendrá su propia conclusión, pero desde que se escribieron esos comentarios a la fecha la situación objetiva del Tribunal de Garantías Constitucionales no ha variado y, antes bien, las críticas se han generalizado y agudizado, sin posibilidad de contestación razonable. Sobre este mismo particular, puede revisarse las uniformes opiniones del Dr. Jorge AVENDAÑO V., Decano de la Facultad de Der. de la PUC del Perú, en la inauguración del *Foro La Constitución de 1979, Diez Años Después*. 13, 14 y 15 de julio, Lima, 1989; y que reitera en la *Presentación* de esta misma obra, así como la de Domingo GARCIA BELAUNDE en el Diario "EXPRESO", el 15 de agosto de 1989, también en respuesta a una invitación del Magistrado ya aludido. Ver también QUIROGA LEON, Aníbal. *Tribunal de Garantías* (la primera década de la Constitución); en: DEBATE No. 56, Vol. XI, julio/agosto, 1989; pp. 65-66. Este polémico te-

u otra manera, desde inicios del presente Siglo⁸². No es tampoco por defecto de la norma legal positiva o constitucional, que como hemos visto es por demás clara y completa. Tampoco lo es por ausencia de real independencia frente al poder, pues la sumisión al Poder Político que siempre se ha acusado ha sido más *subjetiva* que *objetiva*. Lo es, en mucho, por una evidente falta de percepción histórica del rol del Juez en el Perú, por un claro defecto de conciencia del papel *controlador primario de la constitucionalidad* —y del poder político, por ende—, y por una notoria ausencia de bondad jurídica en sus agentes que sólo la capacitación y la mejor selección pueden subsanar.

La timidez frente al poder, la ausencia de una definición clara y valiente de su propio rol y la inexistencia de una verdadera preparación y capacitación judicial han contribuido, en mucho, para esta situación que de momento todos tenemos que lamentar muy de veras.

Por ello, sólo potenciando el papel del *Tribunal de Garantías Constitucionales* y revalorando la necesaria actuación de nuestro *Poder Judicial* en el imprescindible control del Poder Político, y acusando el máximo respeto a la *Justicia de la Libertad* aplicando los valores supremos consagrados con tanto esfuerzo en la Constitución Política del Estado de 1979, avanzaremos con paso firme, no sólo a la consolidación de nuestro Sistema Jurídico Nacional, sino además, al afianzamiento del Siste-

son vió coronada su aspiración al forzar a las autoridades de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú a publicar la "carta rectificatoria" en DERECHO No. 42, pp. 187 y ss. (que aún cuando aparece publicada en 1988 fue editada a principios de 1990) donde no se enjuicia el valor académico de este trabajo, se enfatiza más de lo que se pretende responder y, finalmente, no se da cuenta de una carta de 12 de enero de 1989 en que le ofrecemos satisfacciones por lo que pueda considerar, sin razón aparente, agravio personal. Por el contrario se le da forma de "Nota" a lo que era una "carta rectificatoria", escrita sin mayor contenido jurídico, haciéndola aparecer donde no corresponde ni por su forma ni por el fondo. Ello no hace sino abonar la ligera crítica que este trabajo consigna y, lamentablemente, debe mantener en aras de la honestidad intelectual. (N. del C.)

82. GARCIA BELAUNDE, Domingo. *El Habeas Corpus...*; Op. cit.

ma Democrático como sistema político de organización social, cultural y económica, y a un evidente mayor respeto por los Derechos y valores Fundamentales en los que se sustenta la vigencia de los Derechos Humanos en el Perú⁸³.

San Miguel, Julio de 1989

83. Al referirse a la Constitución española de 1978 y su relación con el Tribunal Constitucional, el Prof. GARCIA DE ENTERRIA (*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Op. cit.) sostiene algo que, siendo vigente para la España democrática de hoy luego de una larguísima dictadura sin Constitución ni control del poder político, consideramos que tiene plena validez entre nosotros: "en la Constitución de 1978 tiene el vivir de los españoles una firme esperanza. A todos nos corresponde aportar lo que podamos para que esa esperanza no se frustre, frustración que nos arrastraría de nuevo a la tragedia y a la mutilación"; p. 34.