

REVISTA PERUANA  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

# **HISTORIA CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

Ernesto Blume Fortini <i>Presentación</i> .....	15
<b>SECCION ESPECIAL</b>	
Daniel Soria Luján <i>Educación Universitaria y Gobierno en el Perú del Siglo XIX: La propuesta de Paul Pradier-Fodéré</i> .....	27
Dante Martin Paiva Goyburu <i>Repaso normativo de la “República Aristocrática” (A un siglo de su culminación)</i> .....	53
Edgar Carpio Marcos y Oscar Pazo Pineda <i>Evolución del Constitucionalismo Peruano</i> .....	73
Freddy Centurión Gonzales <i>La crítica de Juan Bautista Alberdi a la Constitución Peruana de 1839</i> .....	113
José Francisco Gálvez <i>Las deliberaciones parlamentarias en la Historia Constitucional (1822-1979)</i> .....	135
José Palomino Manchego <i>Contribuciones del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) en el campo del Derecho Constitucional e influjo de la invasión napoleónica a España y Portugal (Una mirada comparada de la Historia Constitucional)</i> .....	165

Martha Lorente  
*Quien teme al pouvoir constituant. Historia vs. Voluntad en el primer constitucionalismo hispanoamericano* ..... 181

Roberto Blanco Valdés  
*España: de la estabilidad política a la ingobernabilidad* ..... 203

## MISCELANEA

Berly López Flores  
*El control de convencionalidad de las excepciones en los procesos constitucionales* ..... 235

Félix Ramírez Sánchez  
*¡Que locura enamorarme de ti!: El reconocimiento del derecho de amar como derecho fundamental* ..... 249

Javier Ferrer Ortiz  
*La laicidad del Estado Peruano* ..... 297

Martha Cecilia Paz  
*Una mirada comparada para un problema ancestral. Sextorsión. Mas allá de la extorsión sexual* ..... 337

Alfredo Orlando Curaca Kong  
*Las Municipalidades y sus Derechos Fundamentales. Breve estudio sobre la participación de las Municipalidades como parte accionante en los procesos constitucionales de la libertad* ..... 373

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

Edwin Figueroa Gutarra  
*Twitter y bloqueo. Entre el libre albedrío y la libertad de comunicación* ..... 433

Guillermo Sevilla Gálvez  
*La restitución del derecho a la libertad personal y otros derechos de una persona con discapacidad. Comentarios a la Sentencia emitida en el Exp. N° 00194-2014-PHC/TC.....* 449

Juan Manuel Sosa Sacio  
*El derecho a la alimentación y los umbrales de cumplimiento de los derechos sociales. Comentario al Caso Velásquez Ramírez STC Exp. N° 1470-2016-PHC/TC.....* 463

Luis Sáenz Dávalos  
*La protección especial de los animales y su relación con los derechos fundamentales. Reflexiones a partir de la sentencia emitida en el Exp. N° 7392-2013-PHC/TC.....* 483

María Candelaria Quispe Ponce  
*La protección constitucional de los derechos de las mujeres madres en el ámbito laboral. Comentario a la STC 01272-2017-PA/TC.....* 495

Paola Ordoñez Rosales  
*Recordemos que un abuelo (a) tiene la sabiduría de un búho y el corazón de un ángel. A propósito de lo resuelto por el Tribunal Constitucional que reconoce a los abuelos como apoderados de sus nietos ante las APAFAS.....* 501

Susana Távora Espinoza  
*El servicio de distribución de gas natural. El caso del método del cobro. Comentarios a la STC 04801-2017-PA/TC (19 de noviembre de 2019).....* 513

## **CLASICOS**

Raúl Ferrero Rebagliati  
*El control de la constitucionalidad de las leyes.....* 521

## DOCUMENTOS

*Forum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes" .....* 529

Augusto Ferrero Costa

*Raúl Ferrero Rebagliati: precursor de un Tribunal Constitucional para el Perú.....* 561

## RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Luis Sáenz Dávalos

*El estado de cosas inconstitucional (Melissa Fiorella Díaz Cabrera)..* 569

María Candelaria Quispe Ponce

*Derecho de Alimentos (Luz Jarrín de Peñaloza) .....* 573

Nadia Iriarte Pamo

*La Institución del Jurado (Ella Dunbar Temple).....* 579

Oscar Díaz Muñoz

*Estado y Religión. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa (Carlos R. Santos Loyola. Coordinador).....* 585

Piero Nicolás Toyco Suárez

*Los derechos fundamentales en el Estado prestacional (Peter Häberle).....* 589

## Fórum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes"\* PRIMERA REUNION

Miércoles 24 de Agosto de 1960

A las 7 de la noche se inició la reunión, bajo la Presidencia del señor Decano doctor José Luis Bustamante y Rivero, con la concurrencia de miembros de la Directiva del Colegio y con numeroso grupo de abogados.

El señor Decano expresó que los ponentes de esta fecha inicial, sobre tan importante tema, como es el de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, eran los señores doctores Raúl Ferrero Rebagliati y Alfonso Benavides Correa. Luego invitó a hacer uso de la palabra al Dr. Raúl Ferrero Rebagliati quien inició su intervención expresando que su ponencia se refería al: "Control de la Constitucionalidad por un Tribunal Especial". Luego manifestó que para la inteligencia de los juristas constituye un reto la actual revisión de conceptos, la vida ha perdido su forma tradicional al resultar inservibles gran parte de los conceptos que le daban firmeza.

531

### **Sentido revolucionario del nuevo Derecho**

Si se parte de la Justicia como valor excelso y se acepta que la esencia del espíritu humano es la libertad, debemos reconocer que los sistemas vigentes no son auténticos, puesto que la libertad política no ha permitido a la gran masa adquirir estabilidad económica y el orden social, fundado en la propiedad privada, no ha dado acceso a ella para el gran número. El ordenamiento jurídico muestra fisuras alarmantes y

---

\* Acta publicada en la Revista del Foro; Año XLVII; N° 3; Setiembre-Diciembre de 1960; Págs. 77-101.

los viejos moldes se hallan en la alternativa inminente de transformarse o saltar en pedazos. Dado que la existencia tiene como dimensión inherente la sociabilidad, o sea el coexistir entre hombres diversos vinculados por la comunidad histórica y económica, es urgente que los hombres de leyes nos preguntemos si la sociedad será rebajada a la condición de un hormiguero, mediante la supresión de la libertad con la promesa de bienestar para todos, o si alcanzará a conservar la libertad, redimiendo el orden social de las injusticias que han generado el actual clamor.

Es evidente que existe antinomia entre la permanencia necesaria del Derecho, destinado a garantizar la seguridad de los intereses, y la adecuación de las normas al cambio incesante de los hechos. De ahí que el quietismo de los juristas los haga cómplices involuntarios de la injusticia. Problema arduo, sin duda, el que se plantea a los abogados y a los jueces: cristalizar el derecho, a riesgo de agravar las injusticias, o aplicarlo con plasticidad, a riesgo de convertir en gaseoso el contenido de las normas. De ahí que sea plausible la preocupación del Colegio de Abogados por encontrar una fórmula eficaz que permita proteger los derechos fundamentales contra los excesos del poder público.

532

En los Estados Unidos y en la Argentina se ha construido la doctrina de la revisión de las leyes como poder implícito de la función judicial. Tal facultad parece fluir en nuestro país del numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil, como lo sustenta con valioso acopio de doctrina, el Presidente de la Corte Suprema, Dr. Ricardo Bustamante Cisneros. En cambio, varios países latinoamericanos señalan en sus Constituciones de manera expresa que es facultad del poder judicial ejercer control respecto de la constitucionalidad de las leyes. Si se tiene en cuenta que el Congreso Constituyente desechó introducir tal facultad, contemplada en el Proyecto de Carta Fundamental elaborado por la Comisión Villarán, así como la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema, en enero de 1956, la cual considera que la incompatibilidad de una ley con la norma constitucional sólo puede ser declarada en las controversias civiles mas no cuando el Estado actúa como sujeto de Derecho Público, debemos entender que en el Perú se precisa una reforma constitucional para asignar al Poder Judicial tal atribución con la debida latitud.

Ahora bien, la corriente moderna es otra en el ámbito del Derecho Constitucional. Con excepción de algunos países de Latinoamérica, influidos por el ejemplo estadounidense, las constituciones más recientes atribuyen la revisión de la constitucionalidad de las leyes a una Alta Corte, integrada por representantes de los poderes legislativos y ejecutivo, como en Francia, o por delegados de los tres poderes, como en Italia. Desde luego, nos parece esencial que dicho Tribunal de Garantías esté compuesto por representantes de la Corte Suprema, del Congreso y del Ejecutivo, así como por juristas eminentes designados preferentemente por la Corte Suprema o bien por las Universidades o Colegios de Abogados. La razón es obvia: alejar al Poder Judicial de la pugna política, a la vez que tenerlo presente como factor de ponderación y altura en la calificación de la ley tachada de inconstitucional. Si se atribuyera a la Corte Suprema la función de controlar la constitucionalidad de las leyes en la aplicación de una norma al caso sub *judice*, se estaría forzando al poder público, por gravitación política inevitable, a interesarse en el nombramiento de los magistrados. A su vez, se despojaría de su excelsitud a nuestro más alto Tribunal, ya que la pasión y el inconformismo acompañan en la opinión vulgar a toda actitud que roce con la política.

Se ganaría enormemente con la integración de una Corte de Garantías, pero a condición de que sus miembros sean elegidos entre juristas de profunda formación y de una alta tensión, ética. He ahí la raíz del problema: integrar una verdadera élite, a la que sólo se llega por una tradición de cultura, por un incesante desprendimiento, por el valor de rehuir lo fácil y adherir a los valores eternos.

Cabe destacar el vigor que la jurisprudencia, emanada de los jueces y tribunales, le dan a la ley general. Por ello, ha podido afirmar Mircea Djuvara, aunque con alguna exageración, que el derecho positivo es el derecho que se practica, sean cuales fueren las prescripciones de la ley. “Científicamente, es imposible hacer abstracción del hecho evidente que el derecho jurisprudencial no es siempre exactamente semejante, en todo respecto, al derecho legal y que el derecho real, el derecho vivo, es el derecho jurisprudencial; éste es el derecho positivo”. La importancia de este fenómeno cobra relieve particularísimo en los Estados Unidos, porque los jueces elaboran normas en la práctica y hacen una valoración continua

de los principios generales del Derecho. Con ironía y no poca verdad, el jurista cubano José Antolín del Cueto ha podido decir: "la ley reina y la jurisprudencia gobierna".

### **El contralor judicial**

Hasta las dos últimas décadas del siglo pasado los tribunales estadounidenses, tanto federales como locales ejercieron rara vez el control de la constitucionalidad de las leyes, pero las complicaciones sociales surgidas desde entonces han determinado un examen creciente de la legislación. El control se ha inspirado en la necesidad de proteger los derechos individuales, según las reglas del "debido procedimiento legal" (due process of law) y del "poder de policía" (police power). La evolución jurisprudencial ha venido ampliando el campo de aplicación del control hasta transformarlo en una limitación constitucional a la actividad legislativa.

La elasticidad del sistema ha permitido a la magistratura adaptar su criterio a las situaciones cambiantes. El supremo Tribunal ha establecido que una ley dictada en ejercicio del poder de policía sólo es válida en cuanto no viole la regla del debido procedimiento legal, la que constituye garantía esencial para las libertades civiles y exige que la limitación señalada a los derechos individuales sea razonable en vista del fin que se constituye su objetivo. La validez de la ley se aprecia por la llamada "regla de la racionalidad", la cual exige que exista relación lógica e inmediata entre el medio empleado y el fin que se persigue. El ejercicio del poder de policía ha sido conciliado con la regla del "debido procedimiento legal", con el criterio de equilibrar el derecho individual con el derecho de la colectividad. Pero es evidente que la Corte Suprema ha invadido el ámbito propio de los otros órganos, como apreciaba Elliot, lo que ha suscitado la crítica de algunos jueces y de políticos notables. Lo cierto es que, interpretada con amplitud, la regla de la racionalidad deja la vida de la ley librada, en definitiva, al criterio de la mayoría de la Corte Suprema.

En lo tocante a la regulación de la empresa privada, la Corte Suprema de la República Argentina ha establecido que no compete a los jueces examinar si existe la situación de hecho que invoca el legislador como razón para ejercitar el poder de policía punto éste que corresponde decidir al parlamento. La regla del "debido procedimiento" constituye una

garantía innominada de la Constitución, pero no llega al extremo de que los tribunales sustituyan su criterio respecto de la conveniencia de la ley al criterio del Congreso de la Nación. Se limitan a examinar la racionalidad del medio elegido, teniendo en cuenta el fin propuesto, resguardando así los derechos individuales dentro de la inevitable evolución económica, social y política que viene transformando la conciencia jurídica.

Para que la revisión judicial de las leyes no constituya una usurpación de poderes o un instrumento de los intereses privados, como sucedió en el caso de la ley anti-trusts desde el año 1910, se precisa que la estimativa jurisprudencial se ciña, cuando menos, a los siguientes principios:

1º) Que la incompatibilidad entre la ley y la norma constitucional sea **manifiesta**, en cuanto a la letra y en cuanto al espíritu de la Carta Fundamental. Si la oposición no fuera evidente, el poder judicial debe respetar la decisión legislativa, a fin de no incurrir en un exceso de control que llevaría a la Corte Suprema a ejercer el gobierno de un modo indirecto. De ahí que en los países que han reconocido jurisdicción constitucional a sus Tribunales, éstos han observado una actitud de mesura y ponderación, logrando que sus resoluciones coincidan con la conciencia jurídica general y no se traduzcan en mengua de los otros poderes.

2º) Que exista juicio; es decir, que la declaración de inconstitucionalidad recaiga en un caso concreto, sometido al poder judicial. Debe mediar una contienda entre partes, ya sea pleito o demanda en derecho, instituida con arreglo a un procedimiento regular, como aseveró Marshall al fundamentar la atribución revisionista de los jueces. Algunos tratadistas opinan que la inconstitucionalidad puede ser declarada de oficio, o sea aunque las partes no la hayan invocado, por aplicación de la facultad judicial de suplir el derecho, pero la declaración de inaplicabilidad de la ley no surte efecto “erga omnes” sino “inter partes”.

3º) Que los jueces no entren a apreciar la conveniencia o el mérito intrínseco de la norma; es decir, que no entren a juzgar su justicia en abstracto, pues su atribución es la de “ius dicere” y no la de “ius dare”, o sea interpretar el derecho mas no crearlo. Deben juzgar según la Constitución y las leyes, sin analizar la justicia o injusticia que el sistema jurídico contiene.

4º) Que los jueces no se inmiscuyan en las cuestiones políticas, es decir, que tengan presente la norma constitucional con toda altura y prescindiendo de cualquier simpatía política. Es viciada su intromisión en la lucha de poder, ya que ésta debe permanecer siempre extraña a la esfera judicial.

### **Desventajas del Control por la Magistratura**

Confiar al Poder Judicial la función de vigilar la constitucionalidad de las leyes extraña los siguientes riesgos:

1º) **Politización de la Magistratura.**- El concepto de Derecho no puede ser aplicado a la totalidad de la vida humana, pues ello equivale a una inflación de la idea. El uso del poder determina actos políticos o de gobierno, cuya validez no puede ser cuestionada ante la Magistratura. Son actos de un contenido jurídico distinto al de la vida administrativa corriente; su examen por los jueces sería desconocer el principio de separación de poderes. Cuando un órgano del poder viola la constitución en su función de gobierno compromete su responsabilidad política pero no necesariamente su responsabilidad legal. La noción de "acto de gobierno" ha ido elaborándose claramente en los Estados Unidos, en Argentina, y en otras naciones, en donde los jueces apartan de la revisión de constitucionalidad las irregularidades motivadas por razones exclusivamente políticas.

536

En nuestro país, teniendo en cuenta el vicioso sistema de nombramientos judiciales, resultaría irresistible para el grupo o partido dominante la tentación de efectuar la designación de jueces con criterio exclusivamente político, en vista de que la validez de los actos del régimen podría ser cuestionada o anulada por los magistrados. La politización de la vida jurídica no es deseable, ya que, aparte de las libertades públicas, el poder judicial está llamado a tutelar los derechos privados, cuya gran masa y variedad llena casi totalmente su función cotidiana.

2º) **Interpretación de las leyes por simple racionalidad.**- Es obvio que las Declaraciones de Derechos robustecen la creencia en principios metafísicos del Derecho y encarnan de modo feliz las ideas iusnaturalistas. Según el derecho natural, las normas positivas dictadas por el Congreso deben ser puestas al margen de toda aplicación si no son conformes a los

postulados eternos de razón. De ahí que un juez estadounidense sea no sólo el protector de la legalidad sino también el guardián e intérprete de los postulados del derecho natural.

La supremacía del derecho natural sobre el poder político proviene, en cuanto doctrina judicial, del célebre juez Edward Coke, parlamentario durante el reinado de Jacobo I y ardoroso defensor de las libertades ciudadanas. Coke sostuvo que el “common law” tenía autoridad sobre el Rey y sobre el Parlamento y que era nula toda ley que contrariara las reglas reconocidas por “común derecho y razón”. A pesar de que la Gloriosa Revolución de 1689 confirmó la supremacía del Parlamento y quedó descartada la teoría del control jurisdiccional, ésta influyó poderosamente en los juristas y magistrados de las colonias de Nueva Inglaterra y vino a cobrar vigor un siglo más tarde, al declararse independientes los americanos del Norte.

Pero actualmente los crecientes antagonismos sociales exigen, en muchos países, una **justicia social** frente a la **justicia legal**, una reforma económica que hace impacto con la concepción jurídica tradicional y que no puede advenir, de modo radical al menos, sin cambiar el concepto actual del Derecho y atribuir a éste un carácter fluido, o sea cambiante según el ritmo de las transformaciones sociales.

Por influjo ideológico de William James, que aconsejaba “dejar de lado las cosas primeras, principios, categorías y necesidades supuestas” para mirar más bien “las cosas últimas, frutos, consecuencias, hechos”, Roscoe Pound ha afirmado que la verdad de los principios del Derecho es relativa y que, más que la naturaleza del Derecho, lo que interesa es su propósito; de ahí que califique a la Jurisprudencia como “ciencia de ingeniería social”, mirando el Derecho como instrumento para mejorar el orden económico y social. En general, la escuela sociológica norteamericana niega que el Derecho pueda ser comprendido si se hace abstracción de las necesidades reales de la vida humana; considera que, a la exaltación de los derechos individuales, prevalente desde la Revolución Francesa, debe seguir el reconocimiento cada vez más amplio de los derechos sociales.

Las decisiones judiciales que han declarado inaplicables el caso sub judice determinadas leyes por ser contrarias a la Constitución, se basan, en proporción considerable, en principios abstractos y conjeturan que

el órgano legislativo ha superado el ámbito de sus poderes, con los que el poder judicial se sitúa, en nombre de la razón, por encima del órgano encargado de crear leyes.

### 3º) **Carácter conservador y origen no popular de la Magistratura.-**

Por el largo ejercicio de la razón y de la legalidad, los jueces muestran generalmente una tendencia conservadora, como que aplican normas en las que se cristaliza una gravitación del pasado liberal. Al examinar la constitucionalidad de las leyes los jueces hacen uso de un mandato en blanco, ya que analizan discrecionalmente el carácter razonable o no razonable de la política social que un Gobierno acomete. Por ello se ha dicho, con no poca verdad, que los Tribunales Supremos son en la vida jurídica lo que las Academias en la vida artística. Informados de un noble espíritu prudente, única manera de administrar justicia con altura, los jueces no son fácilmente permeables a las nuevas orientaciones. Resulta así, algunas veces, que funcionarios no elegidos por el pueblo y contra los cuales no puede hacerse valer responsabilidad política, obstruyen o enervan la voluntad del titular de la soberanía que, al ungir un régimen por virtud del sufragio, ha expresado el propósito de que se realice una política en determinado sentido.

538

El mundo de hoy se halla en trance de transformación. Las estructuras resultarán alteradas para eliminar desniveles que irritan el sentido de justicia. Si bien es deseable que la competencia y la iniciativa privada operen en los mercados, ello sólo es posible en forma aproximada, pues, existiendo factores desleales, los automatismos no juegan sino viciadamente. De ahí la urgencia de revisar el orden fisiocrático liberal mediante un orden legal nuevo, en el cual el Estado entre en escena para hacer jugar las leyes económicas en lugar de dejar que ellas jueguen solas, como dice Baudin. No puede pretenderse que el liberalismo económico se cristalice en la legislación vetusta a pesar de los cambios técnicos y de la explosión demográfica de las últimas décadas.

La construcción del nuevo marco debe ser obra de los juristas y no sólo de políticos o de economistas. El individuo de élite tiene una misión que cumplir; quien no la cumple es un desertor. Puede equivocarse, pero no tiene el derecho de detenerse.

A continuación, el doctor Ferrero, presentó a consideración del Fórum, el siguiente proyecto de reforma del Título XV de la Constitución, que dice:

### **Garantías de constitucionalidad**

Artículo 236.- El Tribunal constitucional está encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes, cuidando de que éstas no contradigan las normas contenidas en la Carta Fundamental del Estado.

Artículo 237.- El Tribunal constitucional se compone por once jueces, designados en la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros o entre los Fiscales Suplentes, uno por los Colegios de Abogados y uno por las Universidades nacionales.

Artículo 238.- Los jueces del Tribunal constitucional durarán en su cargo nueve años, excepto los designados por el Senado y el Poder Ejecutivo que podrán ser renovados después de un año de iniciado un régimen político emanado de elecciones generales.

539

Artículo 239.- El cargo de Juez del Tribunal constitucional es incompatible con la función parlamentaria o con el ejercicio de la profesión de abogado.

La ley que organice el Tribunal podrá señalar otras incompatibilidades, así como establecer normas que regulen la renovación de miembros del Tribunal sin alterar lo previsto por el artículo 238.

Artículo 240.- La constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular.

Artículo 241.- Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión.

Artículo 249.- No puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional.

Luego el doctor Alfonso Benavides Correa comenzó a la exposición de su ponencia, sobre “Necesidades de elevar a precepto constitucional la obligación de los Jueces y Tribunales de aplicar, bajo responsabilidad, una norma constitucional, en caso de conflicto entre ésta y una norma legal” expresando que: los auténticos demócratas del Perú, de América Latina y del Mundo luchan por el respeto a la “soberanía nacional” de cada Estado componente de la comunidad universal condicionada al ejercicio de la “soberanía interdependiente” en el plano internacional y a la vigencia de la “soberanía popular” en el plano de su vida interna.

Los auténticos demócratas del Mundo anhelan Naciones no sometidas a trato injusto en sus negociaciones económicas ni a sentido colonialista en sus relaciones políticas internacionales; y, en el plano de su vida interna, quieren Gobiernos de Pueblo sin dictadura ni oligarquía.

Para afirmar Gobiernos de Pueblos sin dictadura ni oligarquía es preciso asegurar, en el ámbito nacional del Estado, el ejercicio perfeccionado de las llamadas libertades públicas que reclaman la “democracia política” y la implantación de las técnicas esenciales que, aspiran a realizar la igualdad, exige la “democracia política” y la implantación de las técnicas esenciales que, aspirando a realizar la igualdad, exige la “democracia económica y social”.

540

Sin democracia integral no hay Estado de Derecho ni viceversa. Tampoco hay Estado de Derecho ni democracia integral sin la racionalización del poder y la juridización total de la actividad del Estado. La arbitrariedad jurídica no se concilia con la concepción del Estado de Derecho que es la única dentro de la cual es posible la democracia.

Para que el Estado de Derecho y la democracia existan, la realidad política no debe desfigurar la ordenación constitucional. La Constitución Política del Estado debe dominar el conjunto de las normas jurídicas de la Nación.

Los adversarios del Estado de Derecho suelen exhibir a la “democracia política” y a la “democracia económica y social” en aparente antagonismo o incompatibilidad oponiéndose a la igualdad quienes se dicen defensores de la democracia política y combatiendo a la libertad quienes se proclaman defensores de la democracia económica y social.

A fin de interrumpir esta inaceptable disociación (que, generalmente, ni siquiera permite el predominio temporal de la “democracia política” a expensas de la “democracia económica y social” o de ésta sobre la primera); a fin de hacer nacer una nueva categoría de regímenes en los que, tras un biombo democrático oficial, no se esconda camuflada ninguna autocracia sino se descubra una verdadera estructura democrática es preciso:

1º) Que se refuercen las prerrogativas y capacidad de resistencia de los gobernados;

2º) Que el Estado no sea investido cada día de atribuciones nuevas, como lo persigue la acentuada y suicida tendencia de premunirlo de facultades extraordinarias principalmente en materia de pensamiento, asociación y huelga; y,

3º) Que se debilite el poder de los gobernantes, a quienes se debe privar de aquellas facultades que puedan permitirles corromperse y abusar de su poder.

La debilitación del poder de los gobernantes debe producirse, principalmente, por el empleo de los siguientes procedimientos:

- a) División de los Poderes del Estado;
- b) Coexistencia libre de Partidos Políticos y Organizaciones Gremiales;
- c) Elección periódica de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, revocación del mandato y rendición de cuentas; y,
- d) Control jurisdiccional de las leyes.

Un control jurisdiccional completo debe comprender dos grados e implantarse por un conjunto de reglas jurídicas que, de manera precisa, definan las prerrogativas de los gobernantes y las facultades de freno a tales prerrogativas de los organismos judiciales.

Estos dos grados son:

1°) Control de la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo, destinado a impedir los abusos del Gobierno con relación a las leyes votadas por el Parlamento; y,

2°) Control de la constitucionalidad de las leyes de manera que se impida al Parlamento violar las disposiciones contenidas en la Constitución.

A partir de la Constitución alemana de la República de Weimar han sido dos los sistemas que se han seguido para el logro de este propósito.

Ha habido quienes han conceptualizado indispensable formar organismos especiales de garantía constitucional y quienes han conceptualizado que, en lugar de crear una jurisdicción constitucional específica, conviene confiar la cautela de la ordenación jerárquica de las leyes a la jurisdicción ordinaria, al Poder Judicial, por reconocer que nadie más competente que éste para asegurar el control de las reglas del Derecho.

Entre quienes se adscriben a este último sistema hay quienes recomiendan darle al Poder Judicial la facultad de declarar la **anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad** de las leyes; y quienes, por considerar así amenazado el principio clásico de la independencia de poderes, únicamente admiten que el Poder Judicial tenga la facultad de declarar la **inaplicabilidad** de las normas ilegales e inconstitucionales.

542

El control de la constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de los actos del Ejecutivo se hace tanto más importante y se convierte en imperativo deber que no puede rehuir el Perú de hoy cuando:

a) Una vez más entra en el juego sucio de los políticos la reparación que se debe al patrimonio y al honor injustamente ofendido del Perú en el vergonzoso affaire de La Brea y Pariñas;

b) Leguleyos claudicantes y venales sostienen el sacrílego sofisma de que la ofensa, cuando se realiza en forma continuada y abusiva durante largo tiempo, se convierte en derecho o ofender; y,

c) Con pasajero beneplácito de quienes no palpitan con la grave emoción de la Patria, aparece aún inconclusa, por no se sabe todavía la interferencia de quien, la "**operación institucional**" que, gallardamente,

inició la Fuera Armada del Perú (representada por el Comando Conjunto y el Ministerio de Guerra) el 10 de febrero último, en la primera y más trascendente batalla constitucionalista sobre la invalidez e ineficacia jurídica del “status” nulo de La Brea y Pariñas y sobre todos los efectos jurídicos, económicos y morales de tal “status” lesivo y nulo por ilegal y anticonstitucional.

Una Nación tiene que respetarse y hacerse respetar minúscula que sea.

A nadie debe agraviar ni con Constitución ni con sus leyes, pero a nadie debe permitirle tampoco que se ponga por encima de ellas.

En seguida, expuso que sometía a la consideración del Fórum, el proyecto de ley que había presentado junto con otros señores diputados, a la Cámara joven, así como el proyecto sustitutorio elaborado por la Comisión respectiva, con el objeto de que el Fórum, si lo estima correcto, como conclusiones a las que ha llegado, podría recomendar su discusión en la indicada Cámara. Dichos textos son, respectivamente los siguientes:

Los diputados por Lima, que suscriben,

CONSIDERANDO:

1°- Que el numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil del Perú es una disposición que no tiene similar en otros Códigos Civiles;

2°- Que, por tratarse de un punto perteneciente al Derecho Político, es recogido por las Constituciones de varios países como Austria (140°), Colombia (149°), y (150°), Cuba (40° y 194°), Checoslovaquia (54°, N° 14), Chile 86°, inc. “a”), Grecia (5°), Irlanda (16°), Rumanía (103°), Uruguay (232° y 234°), y Venezuela (123°);

3°- Que es conveniente que la regla funcione en el Perú, como un derecho y un deber de los jueces y tribunales de vigilar por la supremacía de la Constitución, limitando su actuación a no aplicar la ley o no dar efecto al acto impugnado en el caso particular sobre el que verse la controversia relativa a la constitucionalidad de la una o del otro;

4°- Que el ejercicio de esta facultad por el Poder Judicial no significa que los jueces impongan su criterio sobre la voluntad nacional manifiesta a través de los Poderes Ejecutivo y Legislativo; sino simplemente el desempeño de una función que atañe al Poder Judicial que consiste en resolver los conflictos entre las normas constitucionales y legales que puedan suscitarse;

5°- Que de la exposición de motivos del artículo XXII del Título Preliminar de nuestro Código Civil resulta inequívocamente que, para asegurarse la llamada "superlegalidad constitucional", así como la no aplicación de las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo, en agravio de la Constitución o las leyes, ha sido pensamiento de nuestros más connotados juristas que la declaración de inaplicabilidad de la ley ordinaria, cuando es opuesta a la Carta Política, por manifiesto vicio de fondo o de forma, corresponde no sólo a la Corte Suprema, sino, de oficio, a todos los jueces de la República; y,

6°- Que el fundamento para la prevalencia de una norma constitucional sobre otra simplemente legal consiste en que el régimen jurídico de cada país forma un todo coherente y sistemático a base de una relación de interdependencia jerárquica de las normas que lo integran.

544

PROPONEN a la consideración de la Cámara el siguiente proyecto de ley como tercero, cuarto y quinto acápite del Art. 227° de la Constitución Política del Estado:

"Si existe conflicto entre una norma constitucional y una legal, los Jueces y Tribunales aplicarán de oficio, bajo responsabilidad, la primera. Los Jueces y Tribunales no aplicarán las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier autoridad que sean opuestos a la Constitución o a las leyes".

"Por el mérito de la sentencia ejecutoriada que declare la inaplicabilidad de una ley, Reglamento, Decreto o Resolución, la Corte Suprema de Justicia perseguirá su modificación o derogación en ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 124°"

“La Corte Suprema, intentará la corrección de los defectos de fondo o de forma de las leyes constitucionales que se encuentren en contradicción con la legitimidad constitucional”.

-----

Artículo único.- Adiciónese el artículo 227° de la Constitución Política del Estado los siguientes párrafos:

“Si existe conflicto entre una norma constitucional y una legal, los Jueces y Tribunales aplicarán de oficio, bajo responsabilidad, la primera. Sus resoluciones en esta materia se elevarán en consulta obligatoria a la Corte Suprema, la que, revisándolas en Sala Plena, decidirá por mayoría de votos.

“Los Jueces y Tribunales no aplicarán las Resoluciones, Decretos o Reglamentos del Poder Ejecutivo, o de cualquier Autoridad, opuestos a la Constitución o a las Leyes. Los Jueces y Tribunales podrán suspender preventivamente el acto administrativo cuando lesione gravemente un derecho.

“Por el mérito de la sentencia ejecutoriada que declare la inaplicabilidad de una Ley, Reglamento, Decreto o Resolución, la Corte Suprema perseguirá su modificación o derogación, en el ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 124°, mientras tanto no podrá aplicar en forma alguna tal norma.

“La Corte Suprema intentará la corrección de los defectos de fondo o de forma de las leyes constitucionales que se encuentren en contradicción con la legitimidad constitucional”.

A continuación se abrió el debate habiendo solicitado la palabra el Dr. Delfín Barrón, quien expresó que en cuanto al primer argumento del Dr. Raúl Ferrero, observaba que incurría en un olvido fundamental, cual es de que la Constitución puede reformarse, y que, lo que la técnica jurídica y el estado de derecho exigen, es que no pueda dictarse una ley que contrarie o rebase los marcos constitucionales, debiendo, en todo caso, si las circunstancias lo hacen necesario, reformarse la Constitución; pero que no era aceptable propiciar la creación de una Corte esencialmente política que pudiera aprobar leyes anticonstitucionales, por juzgar que eran

necesarias dentro del desenvolvimiento social, pues en tal caso no se daba vigencia al principio de constitucionalidad, sino que por el contrario se autorizaba tácitamente su infracción. Manifestó que era preferible derogar el principio, si se consideraba caduco o inadecuado para la evolución actual, pero mientras no se derogase la armonía y la técnica del derecho exigían su cabal cumplimiento y aplicación.

En cuanto al segundo argumento del Dr. Ferrero, consideró que se basaba en el supuesto de que el actual sistema de nombramientos judiciales debía subsistir indefinidamente, lo que no era admisible, pues todos los abogados y nuestro Colegio en especial estaban precisamente unidos en el propósito de obtener una reforma que confiera al Poder Judicial la independencia, y ciertamente no podíamos admitir un argumento basado en la presunción de la inalterabilidad del actual régimen.

En cuanto al tercer argumento, expresó que en su opinión era el de mayor envergadura, pues no podía dejar de considerarse la enseñanza de la legislación comparada; pero estimaba que otros parlamentos del mundo no habían querido otorgarle al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, más que por una "razón de razón", por una razón de susceptibilidad, por considerar que en esa forma se colocaban por debajo de otro poder del Estado. Pero una razón de susceptibilidad no es una razón jurídica, y si era admisible en los legisladores, no debía recogerse en el seno de un Fórum de Abogados.

546

Continuando el Dr. Barrón expresó que era ferviente partidario de la majestad, la independencia y la autoridad del Poder Judicial. Que la crisis esencial de nuestra patria era una crisis de justicia, como lo había expresado el señor Decano Dr. Bustamante en la sesión de instalación, y que para combatir esta crisis no había otro camino que restaurar una auténtica administración de justicia. Ahora bien, uno de los factores que más debilitan, y atentan contra la autonomía e independencia del Poder Judicial son los Tribunales privativos, y la Corte propiciada por el Dr. Ferrero es desgraciadamente también un Tribunal Privativo, de conformación fundamentalmente política.

Para terminar, continuó, voy a referirme muy brevemente, a la ponencia del Dr. Benavides Correa, que proponía un artículo constitucional

que obliga a los jueces a aplicar la disposición constitucional con preferencia a otra norma, en caso de controversia judicial. Luego manifestó que consideraba la proposición como una simple elevación a jerarquía constitucional del dispositivo contenido en el numeral XXII del Título Preliminar del Código Civil, cuyo fracaso ya se ha experimentado, y que no podía estar conforme con este sistema por cuanto ya se había expuesto las razones que le determinaban como partidario de la declaración genérica de inconstitucionalidad de las leyes, concedida al máximo Tribunal de Justicia de la República.

En este estado se levantó la reunión, por lo avanzado de la hora, para continuarse el próximo 31 de los corrientes.

### **Fórum sobre “Inconstitucionalidad de las leyes”**

**Miércoles 31 de agosto de 1960**

#### **SEGUNDA REUNION**

547

A las 7 de la noche se llevó a cabo la segunda reunión del Fórum sobre inconstitucionalidad de las leyes, habiendo presidido el señor Decano, quien estuvo acompañado del Dr. Laurie Solís.

El señor Decano manifestó que, por impedimento de última hora, se habían excusado de asistir los ponentes, Diputado doctor Mario Alzamora Valdez y Diputado doctor Carlos Balarezo Delta, pero que, en vista de estas lamentables ausencias, creía oportuno aprovechar la reunión para cambiar ideas sobre las ponencias expuestas en la anterior reunión por los doctores Raúl Ferrero Rebagliati y Alfonso Benavides Correa.

Sobre este particular expuso que las posiciones adoptadas por los doctores Ferrero y Benavides no son en realidad contrapuestas y que creía que más bien se complementaban para lograr una acertada reforma constitucional.

Manifestó que, en este problema sobre inconstitucionalidad de las leyes, se distinguen dos cuestiones jurídicas diferentes, a saber:

- a) La que estrictamente se denomina de “inaplicabilidad de la ley”; y,
- b) La que de una manera más general se conoce como “declaratoria de inconstitucionalidad”.

Añadió que, desde luego, todos estamos de acuerdo en que es acertada y procedente la disposición del Título Preliminar del Código Civil que prescribe a los jueces, de manera terminante que, en caso de conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, deben dar preferencia a la primera y, por consiguiente, no aplicar la segunda. Este es precisamente -recalcó- el caso típico de inaplicabilidad de la ley por el juez.

Pero agregó que este artículo del Título Preliminar se refiere solamente a los casos de personas particulares que reclaman ante el Poder Judicial por sentirse agraviadas por la violación de una norma constitucional.

Planteado así el problema, explicó que el doctor Benavides Correa propone que el artículo del Título Preliminar del Código Civil debe ser trasladado a la Constitución para dar mayor fuerza o garantía al mandato de que primera la disposición constitucional sobre la disposición legal.

548

Hasta aquí, indicó, todo esto se refiere a la inaplicabilidad de la ley inconstitucional.

Pero -continuó- surge otra situación muy importante y muy grave. Ella se presenta en muchos casos en estos países jóvenes en que el respeto a la ley no está muy acentuado porque el sistema democrático no se ha constituido firmemente todavía y donde la arbitrariedad, por razones circunstanciales, puede campar en los Poderes Públicos. En dichos países pueden darse casos -y se dan de hecho muchas veces- en que se dictan disposiciones, sea leyes del Parlamento o, más frecuentemente, actos o resoluciones del Poder Ejecutivo, en contradicción con disposiciones constitucionales. En consecuencia, se trata de decretos o resoluciones inconstitucionales o anticonstitucionales.

Aquí entonces -dijo- surge esta pregunta: ¿deben esperar los ciudadanos a que se produzca realmente el caso de aplicación de esos decretos o leyes inconstitucionales para que, como reacción, el particular agraviado tenga que recurrir al Poder Judicial y seguir un juicio para lograr que

su derecho sea reconocido y que se levante la medida tomada contra él inconstitucionalmente? Añadió: ¿no está latente contra todos los asociados el peligro de que esa disposición anticonstitucional -decreto, resolución, ley- sea aplicada a muchísimas personas? ¿Por qué no liberar a la sociedad de esa espada Damocles que consiste en ese decreto, resolución o ley anticonstitucional y obtener un recurso por el cual esa disposición inconstitucional sea derogada o declarada aplicable para que no siga latente como un peligro sobre todos los asociados?

Esta última solución es deseable porque basta que el particular tenga la garantía de la ley y sepa que si se realiza un acto inconstitucional contra él, esa ley garantiza una acción judicial mediante la cual va a conseguirse que sea respaldado o respetado su derecho. Dentro de esta hipótesis, es menester esperar a que se produzca el abuso o sea la aplicación de la disposición inconstitucional para que el particular tenga derecho a reclamar. Pero hay que tener en cuenta que esa disposición inconstitucional puede aplicarse al mismo tiempo a miles de personas. ¿Y por qué esperar que un numeroso grupo de asociados sufra el vejamen cuando puede haber otro recurso legal que evite ese vejamen y que declare oficialmente que esa disposición es anticonstitucional?

549

Entonces surge el otro camino señalado por el doctor Ferrero Rebagliati: la resolución en vía declarativa sobre la anticonstitucionalidad de las leyes.

Un juez como tal, por la confirmación misma del Poder Judicial, no tiene facultad para hacer pronunciamientos de orden general que trasciendan más allá del derecho privado y del caso particular que se ventila.

Un juez, en consecuencia, no puede realizar esos pronunciamientos. En cambio, el Poder del Estado sí.

Es menester entonces buscar otra fórmula, que figura ya en las Cartas Políticas de varios países, y que consiste en el funcionamiento de “tribunales constitucionales” o “tribunales revisores de cuestiones anticonstitucionales”, como sucede en Italia, donde se ha enfocado acertadamente el problema.

En este caso, un tribunal investido de facultades privativas para conocer de esta clase de asuntos, recoge la queja de una persona cualquiera -porque hay acción popular- y estudia esa denuncia en su generalidad. No se refiere al caso particular, sino al problema en general.

Si ese tribunal encuentra que la disposición denunciada es inconstitucional, hace una declaratoria de carácter general; declara que esa disposición es inconstitucional y que, por consiguiente, no puede tener vigencia y manda comunicar esta declaratoria a los Poderes Públicos para que se produzca la derogatoria de la disposición anticonstitucional.

La diferencia está en que en este caso la disposición de la Corte Constitucional tiene alcance general y además previene el mal porque de allí en adelante no se van a poder producir esos casos en que se viole la Constitución.

Esto revela que es necesario que en la estructuración de esa Corte Constitucional haya elementos, personalmente hablando que garanticen una imparcialidad absoluta en el pronunciamiento que han de hacer sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada medida.

550

Y entonces los tratadistas y los legisladores de diversos países han estudiado la posibilidad de conformar estos tribunales privativos especiales y superiores, con elementos que no sólo tengan alta autoridad moral en el país, tanta como se necesita para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino que por su extracción sean incapaces de llevar al seno de la Corte Constitucional, por simpatía o por razón de afiliación a determinadas instituciones o Poderes, parcializaciones o prejuicios, o inclinarse en favor del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo.

Teóricamente sería de desear que el Tribunal constitucional estuviese integrado por elementos ajenos, al Poder Legislativo, que es el que probablemente dio la ley tildada de inconstitucional, y ajenos también al Poder ejecutivo, que pudo haber dado el decreto inconstitucional.

Precisamente esa es la dificultad: cómo encontrar altos magistrados que puedan realizar esta labor sin conexiones con los Poderes que llamaremos interesados.

Allí ya se divide la técnica legislativa y se dividen las opiniones de los que tratan de solucionar el problema.

Hay quienes sostienen que en estas Cortes constitucionales deben estar representados los tres Poderes del Estado.

En primer lugar, deben ser tribunales multipersonales en los cuales estarían representados los tres Poderes del Estado, porque se sostiene que es necesario que en el seno de estos tribunales haya también elementos de información.

Si se tilda de inconstitucional una disposición legal, es menester -se dice- que haya un legislador que explique a fondo los motivos que impulsaron al Poder Legislativo a dictar esa ley, y de la misma manera al Poder Ejecutivo en lo que respecta al acto administrativo. Y desde luego la presencia de magistrados del Poder Judicial garantizaría la justicia de la resolución porque el magistrado de suyo se supone que es imparcial.

Así es como en algunos países se integran estas Cortes Constitucionales por miembros o altas autoridades del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

En general, no hay discrepancia al considerar que estos tribunales no deben estar exclusivamente por miembros del Poder Judicial, aunque ha habido quien ha enunciado esa idea, en el sentido de que se llame únicamente a miembros de la Corte Suprema. La Corte Suprema en Sala Plena constituiría el tribunal constitucional, según ese criterio. Pero desde luego este sistema atentaría contra la igualdad de Poderes porque si se otorga al Poder Judicial la facultad de declarar inconstitucional una ley, en realidad se le está otorgando la facultad de revisar los actos del Poder Legislativo y se rompe la igualdad de los Poderes.

No es, pues inconveniente esta conformación; y entonces se ha pensado en un tribunal mixto con representantes de los tres Poderes, o en un tribunal multipersonal que represente altas instituciones del Estado como las Universidades, los Colegios de Abogados y otras entidades vinculadas por supuesto a la vida del derecho. En fin, éste es un problema secundario. Es el problema de la organización del tribunal constitucional.

Mi propósito ha sido destacar que este problema de la inconstitucionalidad de las leyes y sus soluciones, debe enfocarse desde dos puntos de vista a saber:

a) Como un problema personal individual; b) como un problema social. El problema de la inaplicabilidad de la ley cuando el asunto es llevado por el particular al Poder Judicial; y el problema de la declaración de inconstitucionalidad de la ley cuando un miembro de la Sociedad denuncia el carácter de una ley como inconstitucional y demanda que se dé una resolución de carácter general para que no sea permitido aplicar esa ley violatoria en ningún caso.

Y enfocada la cuestión en este doble aspecto me parece, repitiendo lo que he dicho, que en el fondo tienen razón los 2 ponentes.

Desde el punto de vista del derecho privado, en el problema de la inaplicabilidad de las leyes, sería útil que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil sobre la obligación de los jueces de hacer primar la ley constitucional sobre la ley corriente, se traslade al texto de la Constitución para darle mayor énfasis.

552

Pero también sería muy interesante que se estudie por maestros legisladores la conveniencia de introducir en nuestro régimen jurídico algún precepto de carácter general que contemple la posibilidad de crear un tribunal especial que garantice la posibilidad de obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, decretos o resoluciones cuyo texto viole disposiciones constitucionales, a fin de que el vejamen que la aplicación de éstas produjese en el derecho privado, no se repita indefinidamente ni haya necesidad de que se multipliquen los juicios individuales ante el Poder Judicial para reclamar de la aplicación de esa disposición inconstitucional, que de una sola plumada podría quedar derogada.

El señor Decano finalizó su exposición calificándola como un aporte a este Fórum.

A continuación, se invitó a los asistentes a exponer sus puntos de vista sobre el particular.

El Dr. Ugolotti indicó que los argumentos expuestos por el Dr. Ferrero y los antecedentes de otros países de gran desarrollo jurídico, que él cita y también el señor Decano hacen atractiva la sugerencia de un Tribunal Especial que podría organizarse como organismo vigilante de la marcha constitucional y a quien competiera la declaración de inconstitucionalidad, temo mucho que, por tratarse de una innovación en nuestro ordenamiento jurídico, no aclimatada a nuestro idiosincrasia política, a la postre, llegaría a ser otro Cuerpo burocrático sin la independencia, invulnerabilidad y coraje indispensables, para encauzar al Poder desorbitado con el freno de la declaratoria de inconstitucionalidad. Por esto, me inclino más a la tesis sostenida por el colega Benavides no sólo por no innovar en cuanto al organismo llamado a efectuar la declaratoria, sino también porque aprovecha los antecedentes jurídicos de nuestra realidad y la experiencia tenida en la aplicación de los principios que tanto en la Constitución vigente como en el Código Civil existen y que enmarcan el camino de la no aplicación de las leyes inconstitucionales. El Dr. Benavides plantea la reforma de ciertos artículos constitucionales a efecto de hacer más clara y precisa, más ineludible la facultad del Poder Judicial para declarar la inaplicabilidad de las leyes contrarias a la Constitución o inconstitucionales.

Quiero informar a este Fórum que, en el Primer Congreso Nacional de Abogados, reunido en estos mismos salones, en 1955, presenté una ponencia intitulada “El abogado y la defensa del orden jurídico”, que, mereció ser aprobada por la Comisión correspondiente y en el Plenario.

En esta ponencia sostenía que en la legislación vigente se encuentran normas que permiten solicitar y obtener del Poder Judicial, y por consiguiente en la última instancia de la Corte Suprema, la no aplicabilidad de una ley por inconstitucional; porque si bien el artículo 133 de la Constitución no se refiere a leyes sino a decretos y resoluciones gubernativas, el Código Civil en los artículos XXII y XXIII de su Título Preliminar, obligan a los jueces a preferir al dispositivo constitucional y a no dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley.

Voy a leer algunos párrafos de este trabajo:

“Poderes y ciudadanía, personas jurídicas y naturales, todos, por igual, son sujetos de derechos y obligaciones y están obligados, por tanto,

a enmarcar sus actividades públicas y privadas, con plena libertad, pero dentro de los límites preestablecidos por la organización jurídica de la Nación. De este modo, la vida en derecho, de gobernantes y gobernados, es lo que determina al orden público, vale decir, la vida jurídica de la Nación.

Mas, la Nación no puede vivir jurídicamente cuando alguien rompe este orden público. Cuando quien lo quebranta es un individuo o institución de derecho privado, los Poderes constituidos cuentan con los medios legales adecuados para restablecerlo. Mas, cuando este orden público es quebrantado por los propios Poderes o por alguno de ellos, el ciudadano debiera contar, igualmente, con los medios legales necesarios para obligar a ese Poder o Poderes a enmarcar sus funciones dentro de la Ley.

El problema deviene, entonces, una cuestión constitucional. La ley que rige la órbita de acción y las facultades de los Poderes Públicos es la Carta Magna. Cuando uno de los Poderes se extralimita está quebrantado el orden público, está desordenando la vida jurídica de la Nación y, en consecuencia, está violando la Constitución del Estado, rebasando los marcos de acción prefijados.

554

Tan revolvedor o subversivo es el Poder o el jefe o miembro de él que rompe el orden público desde arriba como quien lo hace desde abajo y la ciudadanía debe contar con adecuados medios legales que hagan innecesario la conspiración y el golpe de Estado, como recurso de restablecer el orden jurídico.

La Constitución vigente, en su artículo 133, reconoce el derecho de acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, resoluciones y decretos gubernativos que infrinjan la Constitución o las leyes.

No obstante ser este artículo incompleto porque no se refiere a las leyes inconstitucionales, encontramos en el Código Civil, en su Título Preliminar, parágrafo XXII el enunciado sustantivo de que cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera. El vacío del artículo 133 queda así salvado”.

Como se ve, aun cuando es incompleta y defectuosa esta disposición de la Carta Política sobre inconstitucionalidad y sobre el procedimiento

judicial a seguirse, se encuentran, en cambio, otras disposiciones, en la legislación vigente, que dan las pautas complementarias. Más que dispositivos legales puede decirse que han faltado ciudadanos, jueces o juristas con suficiente afán cívico y amor al derecho para librar, con altura, desinterés y entereza, las peligrosas, pero enaltecedoras, batallas por el orden público, vale decir por la vida jurídica de la Nación.

En la República de Panamá, pequeña República hermana, que apenas tiene menos de la mitad de vida independiente que la nuestra, la disposición constitucional es más completa y el procedimiento más regulado. Cualquiera persona y en cualquier momento que lo desee, puede solicitar de los Tribunales de Justicia, la inexecutable de una disposición legal por inconstitucional.

Se puede apreciar por los párrafos leídos de aquella ponencia que mientras en la Constitución panameña hay un claro dispositivo que faculta a la Corte Suprema a declarar la inconstitucionalidad o inexecutable ya no sólo de las leyes sino hasta de los proyectos, en el Perú hay que recurrir al Código Civil para encontrar una disposición protectora, sin respaldo expreso en dispositivo constitucional y es por esto que el país ha venido observando las excusas, las vacilaciones y las dudas de sus magistrados para declarar inaplicables las leyes contrarias a la Constitución, principalmente cuando éstas han tenido un sentido político y una clara intención persecutoria.

También se puede apreciar, por los párrafos leídos de esa ponencia, aprobada por el Primer Congreso Nacional de Abogados hace 5 años que, hasta ahora no se ha logrado aún incorporar a la Constitución un dispositivo claro y terminante sobre el particular y es por esto, señor Decano, que intervengo en este Fórum, para solicitar a nuestro Colegio de Abogados que envíe, sin más demora la iniciativa correspondiente o respalde la que estuviera ya cursándose en el Parlamento que pudiera ser aceptable por el Colegio para su pronta discusión y aprobación, ya que tratándose de una reforma constitucional o de una adición a la Carta Política se requiere la aprobación en dos Legislaturas ordinarias. Si no se hiciera así temo mucho que pasen otros tantos años, como los 5 transcurridos desde que presentara esa ponencia al Primer Congreso de Abogados y tenga todavía que venir a intervenir, otra vez, como lo estoy haciendo ahora.

Por esta razón me permito proponer al Fórum acordar que el Colegio de Abogados envíe a las Cámaras Legislativas la sugerencia que crea más viable para que se incorpore a nuestra Constitución la mejor iniciativa sobre el particular.

Finalmente, debo exponer aquí que no sólo son las leyes las que pueden ser inconstitucionales, sino también las resoluciones judiciales o más propiamente las Ejecutorias supremas y es por esto que es necesario que su inconstitucionalidad esté también considerada en la reforma constitucional que se proponga.

El Dr. Félix Cruzat Alegre manifestó que había podido captar que se propone la creación de una Corte análoga a la que funciona en Italia.

Sin desmerecer la importancia del aporte del derecho comparado, destacó la necesidad de estudiar nuestra realidad nacional, comprendiendo los aspectos jurídicos, social, económico y político recalcando este último porque es la política la que subordina todo en este país y también a los demás países latinoamericanos.

556

En lo que respecta a conceder al Poder Judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, expresó que, si bien nuestra Corte Suprema no actuó eficientemente frente a las leyes especiales, en realidad es porque carece de independencia para actuar, como se puede apreciar por la lectura de los artículos 222 y 223 de la Constitución. Sus nombramientos dependen del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

El Dr. Cruzat aclaró que no fue esa su intención, ya que su propuesta tiende a que debe hacerse un estudio integral del problema y como tal en el campo moral, pero jamás a que el Fórum los resuelva todos.

El Dr. Ugolotti discrepó con el planteamiento de que a la falta de independencia del Poder Judicial ese debía la mala aplicación de las leyes, pues tal independencia existe en la Corte Suprema que no depende de ninguno de los otros Poderes y que la causa era más honda, llegaba al Juez magistrado mismo, como hombre.

El Dr. Ugolotti indicó que se trataba de una cuestión de buen criterio y rectitud moral y que había que poner las instituciones constitucionales al

margen de estas cosas chicas y personales para que a conciencia se pusiera siempre en defensa del orden jurídico.

El doctor Elmore se pronunció en contra de la propuesta del doctor Ferrero, relativa al tribunal de los siete jueces como hubo hasta 1960, y propugnó que la Corte Suprema sea la que declara la inconstitucionalidad de las leyes.

Reconoció que tales facultades aumentarían su poder sobre los otros restantes, pero prefirió emprender este ensayo y luego comprobar su bondad o fracaso.

El doctor Laurie Solís sostuvo que, en este Fórum, que tiene por objeto mantener la legalidad y el estado de derecho como uno de los requisitos indispensables de la democracia que felizmente se está reorganizando nuevamente en el país, se ha planteado tres ponencias para ver la forma de garantizar la constitucionalidad.

Una de ellas es la del doctor Benavides Correa, que me parece la más simple y a la cual voy a adherirme en el sentido de que si bien como dice el doctor Ugolotti con bastante razón existe esta facultad en el Poder Judicial, de no aplicar las leyes o disposiciones anticonstitucionales, puesto que en cualquier contención los jueces tienen la facultad de escoger la ley que prime y deben aplicar la ley conforme con la constitución sobre lo que esté en contra.

Expuso que es cierto que el Poder Judicial no ejercita esta facultad que aparece en el Código Civil por considerar que no existe la norma procesal.

Por eso consideró muy importante la dación de un dispositivo constitucional que expresamente obligue a los jueces a declarar la inaplicabilidad de la disposición inconstitucional. Sobre esta afirmación expresó su creencia de que todos los abogados estaban de acuerdo y que por ello debe convertirse en una conclusión del Fórum, debiendo hacerse ambiente para que la Constitución se reforme disponiendo que los jueces obligadamente declaren inaplicable la ley inconstitucional.

Frente a la ponencia del doctor Benavides Correa, expuso que se había presentado la del doctor Ferrero Rebagliati, quien encarga la facultad

de declarar la inconstitucionalidad de la ley, no a la Corte Suprema, a la que considera de carácter conservador, sino a un nuevo organismo denominado "Tribunal de Garantía Constitucional", semejante a la que propugna el doctor Balarezo Delta. Informó que el doctor Alzamora Valdez, en cambio, está de acuerdo con la tesis del doctor Benavides Correa.

Para el doctor Ferrero el Poder Judicial es un elemento conservador que frenaría el progreso de las leyes, sobre todo las de carácter social, que podrían ser calificadas de inconstitucionales.

El doctor Laurie Solís refutó esta posición y afirmó que, por el contrario, el Poder Judicial ha reconocido nuevos derechos a los trabajadores, como la indemnización a los obreros, antes de que hubiera ley.

Añadió que la finalidad es garantizar la Constitución y los derechos fundamentales humanos como el habeas corpus que constantemente se pondrían en peligro por disposiciones inconstitucionales de un gobierno autoritario, aunque funcionara un organismo como el que propugna el doctor Ferrero.

558

Expresó su idea de la necesidad indispensable de dar esa facultad en forma expresa por la Constitución y que por ello era contrario al temperamento del doctor Ferrero.

-----

Continuando con su examen del Tribunal de Garantías Constitucionales, el doctor Laurie Solís encontró otro inconveniente al considerar que se crearía un nuevo organismo por encima de los tres poderes.

Otro inconveniente -añadió- es encontrar el personal adecuado e independiente.

Acerca de esta organización del nuevo tribunal, el doctor Laurie Solís recordó que el doctor Ferrero propuso tres representantes del Poder Legislativo y tres representantes del Poder Ejecutivo sobre un total de once miembros, lo cual le aseguraría el órgano del cual emane la disposición inconstitucional, una mayoría de seis sobre cinco, que permitiría la ratificación de esa disposición contraria a la Constitución.

Concedió que quizás el inconveniente para el funcionamiento de este tribunal es que el país no está aún lo suficiente cuajado, y que, en consecuencia, habría que hacer ambiente favorable. Dejó aclarado que no es, por tanto, contrario a este tribunal. Sólo que no cree factible su establecimiento.

Propuso luego que debería hacerse ambiente para la reforma constitucional respectiva y en todo caso apoyar el proyecto que comenzó a debatirse en la Cámara de Diputados, con dictamen favorable de la Comisión dictaminadora, y que actualmente está suspendido ese debate.

En tercer lugar, indicó que el señor Decano, ilustre jurista, ha expuesto ideas al respecto que particularmente representan una tercera tendencia: la no incompatibilidad de las posiciones de los doctores Ferrero y Benavides Correa, aunque el primero de estos ponentes puso de manifiesto que eran opuestas.

El doctor Laurie Solís estuvo de acuerdo con el doctor Bustamante de que no hay tal incompatibilidad y en cuanto a dichas ponencias afirmó que mientras es más factible del Dr. Benavides, aún está en gestación en la conciencia nacional la del Dr. Ferrero.

559

Por otro lado, prosiguió, la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales podría frenar al Poder Judicial en esa facultad que queremos darle, ya que tendría que esperar la declaratoria de ese tribunal y mientras ella no se produzca, tendría que aplicar la disposición inconstitucional.

El doctor Chávarri partió de la doble apreciación del problema: inaplicabilidad de la disposición constitucional y declaración de inconstitucionalidad.

En cuanto al primer aspecto, se refirió al art. XXII del Título Preliminar del Código Civil y al hecho de que un distinguido diputado nacional, autor de un proyecto sobre este problema, con dictamen favorable, le consultara estos aspectos. Según dicho proyecto se adicionaría al art. XXII la obligación de los jueces de todas las jerarquías de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones violatorias de la Constitución, no aplicándolas de segunda instancia deberán elevar en consulta estas

resoluciones. Esta obligación se fundamenta en la necesidad de buscar la unidad de la jurisprudencia. Además, este artículo XXII sería trasladado a la Carta Política. Los derechos así protegidos serían no sólo los civiles sino los de toda clase. El habeas corpus se invocaría contra toda inobservancia de las disposiciones legales o contra disposiciones legales inconstitucionales.

Esta dijo es su solución para resolver el problema de la inaplicabilidad de las leyes dentro de los conceptos conocidos del derecho constitucional y de la organización política y funcional de los Poderes Públicos.

Por lo que hace al problema de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes y decretos y resoluciones, se refirió al artículo 133 de nuestra Constitución, manifestando que hay necesidad de aplicarlo a las leyes y el establecimiento del procedimiento para ejercitar la acción popular.

Añadió que la responsabilidad de formar ambiente para estas reformas y la presentación de los respectivos proyectos a las Universidades, Colegios de Abogados, etc.

560

En cuanto a la acción popular para denunciar la inconstitucionalidad, dijo que quizás podría encomendarse su ejercicio obligatoriamente al Ministerio Fiscal, en cualquiera de sus categorías.

El señor Decano anunció que el Fórum continuará el próximo miércoles, renovando la invitación a los ponentes doctor Alzamora y Balarezo, así como gestionar el envío de copias de los proyectos de ley a que se ha referido el doctor Ugolotti.

En este estado se levantó la reunión.

Eran las 9 de la noche.