

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 <i>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.....</i>	449
Juan Manuel Sosa Sacio <i>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.....</i>	463
Luis Sáenz Dávalos <i>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.....</i>	483
María Candelaria Quispe Ponce <i>La protección constitucional de los derechos de las mujeres madres en el ámbito laboral. Comentario a la STC 01272-2017-PA/TC.....</i>	495
Paola Ordoñez Rosales <i>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.....</i>	501
Susana Távora Espinoza <i>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).....</i>	513
<b>CLASICOS</b>	
Raúl Ferrero Rebagliati <i>El control de la constitucionalidad de las leyes.....</i>	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

## Raúl Ferrero Rebagliati: precursor de un Tribunal Constitucional para el Perú\*

✍️ AUGUSTO FERRERO COSTA\*\*

Queremos iniciar este breve discurso de orden en el Vigésimo Cuarto Aniversario del Tribunal Constitucional como su vicepresidente, agradeciendo a nuestra presidenta la doctora Marianella Ledesma Narváez el haberme dado este honroso encargo, siendo el magistrado menos antiguo.

Otra efeméride indisolublemente unida a la que hoy celebramos está referida a la conmemoración de los cuarenta años del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico peruano.

561

Este órgano, introducido en la Constitución de 1979 bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, entró en vigencia el año siguiente, al instalarse el Gobierno constitucional.

Es por todos conocido que debemos al distinguido hombre de leyes y político Javier Valle-Riestra, miembro de la Asamblea Constituyente, que aprobó la Constitución de 1979, la llegada al Perú de esta corte inspirada en el Tribunal que planteó Kelsen para la Constitución austríaca de 1920. Su implantación en nuestro país tuvo la expectativa de instaurar un sistema más efectivo de control de la constitucionalidad.

Antes de esta Constituyente, es posible rastrear el interés de la academia por un Tribunal Constitucional para el Perú. Al efecto, quiero

---

\* Discurso pronunciado en el Vigésimo Cuarto Aniversario del Tribunal Constitucional del Perú; Lima 24 de junio de 2020.

\*\* Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

referirme al fórum sobre “Inconstitucionalidad de las leyes” organizado por el Colegio de Abogados de Lima el 24 de agosto de 1960, bajo la presidencia de su decano el doctor José Luis Bustamante y Rivero, notable jurista que fue presidente constitucional de la República, con la concurrencia de los miembros de la directiva del Colegio y numeroso grupo de abogados<sup>1</sup>.

Allí, el doctor Raúl Ferrero Rebagliati, mi padre, sustentó una ponencia en la que planteó la necesidad de reformar la Constitución de 1933 entonces vigente, a fin de implantar una corte especializada, que él denominó Tribunal Constitucional<sup>2</sup>.

Reseñaba, en primer término, la doctrina norteamericana de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, construida y fundamentada por el juez John Marshall, presidente de la Corte Suprema Federal, en el caso *Marbury v. Madison* de 1803<sup>3</sup>.

Agregaba que en América eran numerosos los países que, influidos por el ejemplo estadounidense, reconocían al Poder Judicial la atribución de revisar la constitucionalidad de las normas<sup>4</sup>. Sin embargo, advertía que “la corriente moderna es otra en el ámbito del Derecho Constitucional [...], [pues] 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”<sup>5</sup>.

Llegado el punto de decantarse entre el control constitucional por el Poder Judicial o por un órgano especial, nuestro egregio profesor universitario nos dijo que este último parecía más aconsejable para el Perú,

<sup>1</sup> Colegio de Abogados de Lima, *Fórum sobre “Inconstitucionalidad de las leyes”*, en “Revista del Foro” 3 (1960), p. 77.

<sup>2</sup> Cfr. también: Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, en “Revista Jurídica del Perú” III (1960), pp. 87-91.

<sup>3</sup> Cfr. Id., p. 88.

<sup>4</sup> Cfr. Id., p. 90;

<sup>5</sup> Colegio de Abogados de Lima, *Fórum...*, cit., p. 78.

pues “si bien los jueces reúnen las ventajas de su preparación jurídica es conveniente mantener su alejamiento de la política”<sup>6</sup>.

En efecto, el autor de innumerables ensayos constitucionales compilados en su libro *Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, consideraba que encargar el control de la constitucionalidad al Poder Judicial entrañaba el riesgo de politizarlo, perturbando su noble tarea de administrar justicia. Decía el preclaro jurista que más tarde fue decano del Colegio de Abogados de Lima: “Si se atribuyera a la Corte Suprema la función de controlar la constitucionalidad de las leyes en la aplicación de una norma al caso subjudice, se estaría forzando al poder público, por gravitación política inevitable, a interesarse en el nombramiento de los magistrados”<sup>7</sup>.

Nuestro connotado constitucionalista concluía su ponencia con una propuesta de reforma de la Constitución de 1933, a fin de introducir en siete artículos el Tribunal Constitucional, con su función, composición y los efectos de sus decisiones<sup>8</sup>.

La propuesta señalaba que el Tribunal Constitucional debía encargarse de cuidar que las leyes no contradigan la Constitución. El Tribunal que planteaba nuestro destacado hombre de Derecho –quien más adelante fue presidente del Consejo de Ministros, ministro de Relaciones Exteriores, y de Hacienda y Comercio– se componía de once jueces designados de la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros, uno por los colegios de abogados y uno por las universidades nacionales; por un período de nueve años.

El ilustre pensador proponía que la “constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular”<sup>9</sup>, es decir, por cualquier ciudadano, como prevé actualmente la Constitución colombiana de 1991<sup>10</sup>, a

---

<sup>6</sup> Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control...*, cit., p. 91.

<sup>7</sup> Colegio de Abogados de Lima, *Fórum...*, cit., p. 78.

<sup>8</sup> Cfr. Id., pp. 83-84; Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control...*, cit., p. 91.

<sup>9</sup> Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control...*, cit., p. 91.

<sup>10</sup> Cfr. Constitución Política del Colombia, artículo 241, inciso 4.

diferencia de nuestra Constitución en la que solo determinados sujetos tienen legitimidad para plantear el proceso de inconstitucionalidad<sup>11</sup>.

Los efectos que da el eminente tratadista a la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una ley, son los propios del modelo kelseniano: la ley es anulada o abrogada, con efectos generales. Así, nos dice que “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”<sup>12</sup>.

Nuestro emérito ensayista tiene también muy claro el carácter de supremo intérprete de la Constitución que debe ostentar este Tribunal, cuando en su propuesta señala: “no puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional”<sup>13</sup>. Como dijo el juez Robert H. Jackson, refiriéndose al control final de la Corte Suprema norteamericana, pero que bien puede aplicarse a un Tribunal Constitucional: “No somos los últimos por ser infalibles, pero somos infalibles por ser los últimos”<sup>14</sup>.

564

Finalmente, quisiéramos destacar que nuestro precursor nos alerta del riesgo de que el juez de la Constitución caiga en el llamado “activismo judicial”. Hay unos márgenes de interpretación de la Constitución, pero también hay unos límites fijados por ella, que el juez no puede transgredir decidiendo una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones<sup>15</sup>. Sin caer en el formalismo, la magistratura constitucional debe ser garante de la Constitución, no su autora.

En tal sentido, nos dirá que para que la jurisdicción constitucional no represente “una usurpación de poderes o un instrumento de los intereses privados [...], se precisa que la estimativa jurisprudencial se cña [a que]

<sup>11</sup> Cfr. Constitución Política del Perú, artículo 203.

<sup>12</sup> Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control...*, cit., p. 91.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> La traducción es nuestra: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” (*Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 [1953]).

<sup>15</sup> Cfr. Atienza, Manuel, *Siete tesis sobre el activismo judicial*. Disponible en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938> (Consulta: 13-VI-2020).

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, [la magistratura constitucional] debe respetar la decisión legislativa, a fin de no incurrir en un exceso de control que [le] llevaría a [...] a ejercer el gobierno de un modo indirecto”<sup>16</sup>.

Nuestro citado politólogo recuerda el activismo judicial presente en las palabras del juez Hughes, quien fue presidente de la Corte Suprema norteamericana, cuando declaró: “Vivimos bajo una Constitución; pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”<sup>17</sup>. Frente a ello, nos recuerda que el juez Stone ha enunciado la crítica con toda sinceridad y altura, cuando ha dicho: “Mientras que el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas legislativas y ejecutivas del Gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de autolimitación”<sup>18</sup>.

Quisiera concluir mi intervención con palabras de Ferrero Rebagliati que expresan lo esencial de un Tribunal Constitucional y de sus magistrados, y que esperamos sirva de lección al Congreso que debe elegir próximamente a seis de sus integrantes: “Se ganaría enormemente –nos dice– 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”<sup>19</sup>.

El pensamiento expuesto es el que me llevó a aceptar mi nominación a este Tribunal, la misma que obtuvo 100 votos en el Congreso de la República hace dos años y medio, y que hoy me permite ejercer la magistratura constitucional. Y mi hermano Raúl sigue esta misma línea en la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos como Profesor Emérito, distinción que también obtuvo quien les habla, a mucha honra, hace 30 años.

---

<sup>16</sup> Colegio de Abogados de Lima, *Fórum...*, cit., p. 80.

<sup>17</sup> Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control...*, cit., p. 88.

<sup>18</sup> Id., p. 89.

<sup>19</sup> Colegio de Abogados de Lima, *Fórum...*, cit., p. 79.