

# Inconstitucionalidad de las Leyes\*

 JULIO AYASTA GONZÁLEZ

## *Sumario:*

---

I. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. II. ORGANIZACIÓN DE ESTE CONTROL EN LOS ESTADOS UNIDOS. III. EL LLAMADO «GOBIERNO DE LOS JUECES». IV. ¿CÓMO SE IMPUGNAN LAS LEYES INCONSTITUCIONALES EN EL PERÚ? V. ANÁLISIS DEL ART. XXII DEL TIT. PREL. DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. VI. REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ. VII. ¿PUEDE CONSIDERARSE COMO INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN?

---

259

## **I. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES**

Por lo general, no existe una forma jurídicamente expresada para anular una ley que ha sido votada infringiendo las normas constitucionales. Es en Estados Unidos donde el Poder Judicial pone límites al Poder Legislativo del Estado federal cuando se infringen los preceptos constitucionales, en aplicación del principio de supremacía constitucional, contenido en el artículo VI, apartado 2, de la Constitución de los Estados Unidos.

---

\* La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* agradece y cumple con dar los créditos a la familia del autor. El presente artículo, «Inconstitucionalidad de las leyes», de Julio Ayasta González inicialmente fue publicado en la *Revista de jurisprudencia peruana*, en mayo de 1945, en la ciudad de Lima.

El control de la constitucionalidad de las leyes es la consecuencia lógica de la supremacía constitucional en un Estado. Bajo el imperio de la constitución, ninguno de los poderes públicos es soberano, en el sentido de que no podría ser controlado en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, el principio es que todo poder público es susceptible de control, especialmente por medios jurídicos.

Este principio se aplica al poder legislativo constituido, lo mismo que a los demás poderes del Estado. En virtud del principio de la limitación de los poderes constituidos y de la superioridad de la ley constitucional sobre la ley ordinaria, se ha organizado en los Estados Unidos el control de la constitucionalidad de las leyes. Con razón ha señalado el Prof. Hauriou (1929) que, si el Parlamento inglés ha sido históricamente como soberano, ello se debe a que Inglaterra carece de una Constitución nacional.

## **II. ORGANIZACIÓN DE ESTE CONTROL EN LOS ESTADOS UNIDOS**

El control jurisdiccional es una institución original, ligada estrechamente al desenvolvimiento del federalismo americano. Según Lambert (1921), este control se extiende no solo al Estado federal, sino también a los Estados particulares; corresponde a los jueces ordinarios y puede producirse con ocasión de cualquier litigio en que la ley impugnada por inconstitucionalidad sería aplicable.

260

Desde el punto de vista del alcance del principio de constitucionalidad de las leyes, hay que distinguir dos aspectos: 1) el control de la competencia legislativa, es decir, el caso de conflicto entre dos textos; 2) el control de las tendencias legislativas, que supone el conflicto entre el espíritu de la Constitución, con sus tendencias individualistas, y el espíritu de la legislación ordinaria.

En cuanto a los procedimientos empleados por los jueces en el control de la constitucionalidad de las leyes, son tres: 1) la excepción de inconstitucionalidad; 2) el recurso al procedimiento de equidad, o sea, la demanda ante la Corte del libramiento de una orden que prohíba ejecutar la ley a los representantes o funcionarios del poder ejecutivo encargados de velar por su aplicación, esto es, la declaración, por parte del juez, de la inconstitucionalidad de la ley. Cuando la Corte Suprema ha pronunciado la inconstitucionalidad de una ley, esta declaración obliga no solo a las jurisdicciones subordinadas, sino también a la propia Corte; 3) el empleo del procedimiento de sentencia declaratoria, que es un modo de introducción del control judicial de la constitucionalidad de las leyes mucho más efectivo que la excepción de inconstitucionalidad y el recurso al procedimiento de equidad.

### III. EL LLAMADO «GOBIERNO DE LOS JUECES»

El control de inconstitucionalidad no se ha limitado a las leyes de las legislaturas. Lambert (1921) observa cómo este control ha ido ampliando su alcance, cómo ha sobrepasado lo puramente contencioso para llegar hasta las enmiendas constitucionales y, por ende, penetrar en el dominio de lo político. Es el llamado «gobierno de los jueces». Sin duda, no se somete a las cortes una cuestión de inconstitucionalidad sino con ocasión de un proceso; pero, en primer lugar, los fallos que pronuncian tienen el valor de fallos de reglamento (*arrêts de règlements*): están obligadas por su propia jurisprudencia, de tal manera que esta es ley; tienen poderes de equidad, es decir, de policía, que les permiten obligar a los agentes públicos a rehusar la aplicación de la ley; en segundo lugar, se libran a una interpretación constructiva de las leyes tan audaz que conduce a su deformación y corrección; finalmente, resuelven tan decisivamente sobre la legislación que el legislador recurre a consultas officiosas antes de hacer la ley. Todo esto sobrepasa la función contenciosa de un juez que se limitaría a la aplicación de la ley en un proceso determinado (Lambert, 1921).

Esa hipertrofia del poder judicial en Estados Unidos obedece a la siguiente causa determinante: los países anglosajones, por lo general, han permanecido en el antiguo régimen, en el sentido de que para ellos el juez no ha sido despojado de sus antiguos poderes de policía por la institución de un régimen administrativo.

Y es que, como dice Hauriou (1929), el derecho americano es *judge made*, hecho por el juez, en razón de la supervivencia de la costumbre. Lo es en su parte consuetudinaria, pues no habrá que olvidar que el *common law* es la base consuetudinaria de los principios generales del derecho, porque los jueces americanos consideran a la ley escrita con la misma libertad que la costumbre y la interpretan conforme a los principios consuetudinarios. No solo la ley escrita no es defendida por el poder ejecutivo, sino que jamás ha sido objeto de codificación.

Esta invasión del juez sobre la ley se ha acentuado aún más, como lo hace notar Lambert (1921), por el método de enseñanza del derecho que se sigue en las Universidades americanas, que es exclusivamente el «caso de jurisprudencia» o caso de especie. Los estudiantes, futuros magistrados y hombres de negocios, no practican las colecciones de leyes, sino únicamente las colecciones de casos de jurisprudencia; no proceden por principios legales, sino por principios jurisprudenciales, de manera que, tanto en la enseñanza como en la práctica judicial, la ley desaparece por completo bajo la glosa de la jurisprudencia. Ocurre lo contrario de lo que sucede en la mayoría de países latinos, en los que la enseñanza de la jurisprudencia se equilibra con la enseñanza doctrinaria que se imparte en las facultades de Derecho (Hauriou, 1929, p. 278).

#### IV. ¿CÓMO SE IMPUGNAN LAS LEYES INCONSTITUCIONALES EN EL PERÚ?

Por lo que al tema se refiere, cabe afirmar que nuestro derecho alude a la manera de impugnar las leyes inconstitucionales. Como refiere el art. 133 de la Constitución peruana, «[h]ay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros». Obsérvese, sin embargo, que la Corte Suprema de Justicia del Perú, frente a un caso de inconstitucionalidad, no puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley. El juez solo podrá rechazar la acción basada en una ley inconstitucional. Y cuando la carta política dice «hay acción popular», queda entendido que es únicamente a solicitud de parte interesada que se puede recurrir ante el Poder Judicial contra las resoluciones y leyes que lesionan intereses de particulares.

Pero supongamos que el juez se halla frente a una ley manifiestamente inconstitucional: ¿podrá dejar de aplicarla? Creemos que sí. Y ahora se presenta otro problema: ¿podría oponerse la excepción de inconstitucionalidad contra una ley manifiestamente inconstitucional? No, porque se correría el riesgo de convertir al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial en Poder Legislativo, al interpretar o juzgar como viciadas de inconstitucionalidad leyes aparentemente irregulares (Álvarez Gendin, 1925, pp. 103-104).

#### V. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO XXII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

He aquí un precepto de derecho consignado en la legislación civil peruana y que otros códigos omiten, por tratarse más bien de un precepto de orden constitucional. En efecto, según el Código Civil peruano, «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se preferirá aquella». De manera que la primera ley que el juez deberá observar será la Constitución; es decir, se ha establecido un orden de prelación, no pudiendo los jueces aplicar una ley que sea incompatible con una disposición constitucional.

En punto a lo que aquí se trata, y como ya lo dijimos en el número anterior, los jueces no tienen facultad para apreciar la inconstitucionalidad, pero se llega al mismo resultado si se advierte que los jueces tienen que atenerse al principio de la primacía constitucional. El Poder Judicial en el Perú —como muy bien lo ha dicho un autor— «no tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de una ley» (Torres, 1939, p. 13).

En este particular, son notables las tendencias extraídas de la doctrina por el Prof. Cornejo para explicar este tema. Estas tendencias pueden resumirse así: 1) el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de una ley; 2) debe haber un órgano especial encargado de ese control (Cornejo, 1937, pp. 59-61).

## **VI. REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL PERÚ**

En cuanto a las reformas constitucionales, la Constitución peruana, en el art. 236, señala lo siguiente:

[...] toda reforma constitucional debe ser aprobada por las Cámaras en Legislatura Ordinaria y ser ratificada por ambas Cámaras en otra Legislatura Ordinaria. La aprobación y la ratificación requieren la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.

Justifica la razón de ser de esta disposición un anhelo puramente democrático. Nada más categórico que la declaración de un precepto como el contenido en la Constitución del Perú, según el que la revisión deberá verificarse por las Cámaras en Legislatura Ordinaria; solo ellas podrán determinar cuáles artículos de la Constitución serán objeto de revisión, bien para suprimirlos, modificarlos o sustituirlos por otros.

Así pues, para modificar la Constitución vigente, es preciso que los acuerdos que cada Cámara adopte sean tomados por la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de ellas. La iniciativa corresponde a los diputados y senadores, y al presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros.

Pero aquello a que aludimos en las líneas anteriores permanecería inaccesible a la investigación, inaccesible al estudio, si dejásemos de plantearnos el problema en la siguiente forma: ¿puede el Congreso (que da las leyes, las interpreta, modifica y deroga) facultar al Poder Ejecutivo, en casos especiales, para dictar leyes? No. ¿Por qué? Porque hay que evitar un conflicto de atribuciones; si bien en el Perú la Ley 8929, de 24 de julio de 1939, autoriza al Poder Ejecutivo, mediante ley especial, para que dicte durante el receso del Congreso las leyes que fueren necesarias sobre las materias determinadas en la misma ley autoritativa. Dictar una ley significa llenar todo un proceso legislativo (discusión, oportunidad de la norma, su conformidad con el medio, las costumbres, usos, etc.); si no se lleva a cabo este proceso, estaría de más el poder legislativo.

Hay otro argumento que se puede invocar y que es consecuencia del enunciado anterior. Lo podemos formular así: ¿puede el Congreso dejar a la potestad discrecional del Gobierno la regulación de aquellos asuntos que signifique que ese órgano de la soberanía se ha desprendido, en forma general, de una facultad que es inalienable? Nuevamente viene a colación la reforma introducida en la Constitución del Perú por la Ley 8929, pero eso no obsta para sostener, como lo ha hecho ya el Prof. Tola (1943), «que el Congreso no puede desprenderse de esa facultad, porque si lo hiciera iría contra el espíritu mismo que anima la Constitución» (pp. 803 y ss.).

## VII. ¿PUEDE CONSIDERARSE COMO INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN?

Hemos dicho que la Constitución puede reformarse. Esto, por lo menos, nos reconforta. Pero cuando se reforma la Constitución, acaso la autoridad que lo hace ¿no habrá rebasado el régimen de derecho? He aquí un problema hasta cierto punto delicado, pero no, por delicado, difícil de resolver.

Aparte de los eruditos estudios de Marbury y Frierson (citado por Lambert, 1921, pp. 109-129) en Estados Unidos, Carl Schmitt (año, pp. 121-122) en Alemania, y Dana Montaña (1941) y Linares Quintana (1944a) en Argentina, todavía no se ha reflexionado teóricamente sobre la validez de una enmienda de la Constitución. Y es que la cuestión, por escabrosa, ha sido eludida, cosa que no debió ocurrir, porque una cosa es hacer política y otra, hacer derecho.

Quien quiera penetrar en la esencia de la cuestión que deje a un lado las investigaciones eruditas y observe cómo el hombre que cultiva el derecho habla con el derecho. Carl Schmitt, que ha tratado el problema con gran lucidez, sostiene que «la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado». No hay que confundir la dación de una ley con la reforma de una ley constitucional. La reforma de una ley constitucional es una facultad extraordinaria, pero no ilimitada. Esto es tan claro que sostener lo contrario equivaldría a desterrar la Constitución. Asimismo, Schmitt agrega: «toda reforma constitucional deberá responder a un anhelo de la ciudadanía en que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo».

Además, y como será fácil observar, la reforma constitucional no significa en manera alguna destrucción de la Constitución, puesto que «los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierten en destructores de la carta fundamental» (Schmitt, año, pp. 121-122).

Resulta interesante referir ahora el punto a la Constitución del Perú. Según el art. 236 de la Constitución peruana, se puede llegar a la reforma constitucional; solo que esta, como anota el Prof. Linares Quintana, no debe estar en pugna con los principios de la Constitución misma. Dicho, en otros términos, una reforma de la Constitución no puede contradecir sus principios. Si la Constitución ha reglado ella misma su enmienda (como es el caso de la Constitución peruana), no hay problema, puesto que las enmiendas pueden tener por finalidad asegurar su propia estabilidad. Pero cuando se va a la reforma por medios distintos de los previstos en ella, el problema es muy otro, y semejante procedimiento podrá ser tildado de inconstitucional.

En el caso del Perú, el plebiscito no era el medio de que se podía disponer para reformar la Constitución. Hay que sentar como base que la Constitución no puede ser modificada ni reformada sino por los procedimientos que la misma carta señala<sup>1</sup>. Y, para terminar, se dirá quizás que se trata de una cuestión política más que de una cuestión judicial, pero nosotros creemos que la cuestión es esencialmente judicial y que los tribunales no se inmiscuyen en política cuando ejercen una supervisión sobre el procedimiento de reforma de la carta fundamental<sup>2</sup>.

## I BIBLIOGRAFÍA

265

- Álvarez Gendin, S. (1925). *Teoría general de las fuentes del derecho*. Reus.
- Cornejo, A. G. (1937). *Código Civil. Exposición sistemática y comentario* (T. I). Gil.
- Dana Montaña, S. M. (1941). La Constitución federal argentina. *Boletín de la Biblioteca del Congreso*, número de septiembre-diciembre.
- Durán, M. (1944). El conflicto entre la H. Convención Nacional y la Excma. Corte Suprema de Justicia de Bolivia. *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, número de diciembre.
- Hauriou, M. (1929). *Précis de Droit Constitutionnel*. Sirey.
- Lambert, E. (1921). *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (T. VI). Instituto de Derecho Comparado de Lyon.
- Linares Quintana, S. V. (1944a). ¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional? *La Ley*, (7).

<sup>1</sup> Sobre este punto, revisar el interesante estudio del Dr. Manuel Durán (1944).

<sup>2</sup> Cfr. en el interesante estudio del Prof. Linares Quintana (1944b).

Linares Quintana, S. V. (1944b) La vasta ilustración de la jurisprudencia norteamericana. *Revista de Derecho y Legislación*, número de setiembre-diciembre, pp. 100-115.

Tola, F. (1943). Necesidad de organizar el Estado en el Perú dentro de los moldes del derecho. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, año VII, (3).

Torre, O. (1939). *La aplicación del derecho y el nuevo Código Civil*. Lima.