

## § 2

### CONTROL CONSTITUCIONAL (\*)

Agradezco muy de veras las generosas como excesivas palabras de mi dilecto amigo el Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos, Decano de nuestro ilustre Colegio. Y a fin de no alargar más el encuentro de esta noche, tan importante por tantos conceptos, quisiera empezar esta pequeña disertación haciendo una brevísima referencia a quien me antecedió, el Dr. Alfonso Benavides Correa, quien en mi opinión ha puesto de relieve un aspecto sumamente importante que creo ayudará a entender mejor lo que vamos a exponer después.

El Dr. Benavides Correa ha hecho mención a lo que técnicamente pueden llamarse los factores externos condicionantes de la vigencia de una Constitución. Es decir, el mundo del derecho no es como creían nuestros utópicos juristas del siglo pasado una realidad autónoma, con una fuerza coercitiva propia. La norma jurídica no es un producto de laboratorio ni tampoco nace en la mente de unos cuantos privilegiados, sino que es un producto social y está dirigido hacia un todo social. En consecuencia, el Derecho como conjunto de normas está prendido de un contexto social y a ese contexto social lo tiene que encauzar y evidentemente la vigencia del Derecho supone la preexistencia de determinados condicionamientos de origen social, político, económico, cultural sin los cuales no puede existir, no puede tener vigencia. Es decir, el Derecho y digamos más concretamente la Constitución, no puede existir y no puede funcionar sino existen previamente factores externos que condicionan su funcionamiento.

Veamos el caso concreto de un Derecho plenamente consagrado. Todo el mundo, por ejemplo, tiene derecho a interponer

---

(\*) Conferencia en el Colegio de Abogados de Lima, publicada en la *Revista del Foro*, Nº 2 - 3 - 4, abril - diciembre de 1979.

una acción de Habeas Corpus en caso de que sea privado arbitrariamente de su libertad; sin embargo de un análisis estadístico que he efectuado sobre los Habeas Corpus interpuestos en el Perú de los años 33 al 73, he llegado a la conclusión de que en el Departamento de Madre de Dios jamás se interpuso alguno. ¿Qué significa esto? ¿Que no hubo gente detenida en Madre de Dios? ¿Que no hubo atropellos en Madre de Dios? No, sino que simplemente no había capacidad de interponerlos. O sea, existiendo el Derecho no se daban los supuestos mínimos de cultura, educación cívica, medios económicos, etc. que permitiesen a aquellos vejados en sus derechos el poder hacer defensa de los mismos.

Este es el aspecto fundamental que debe ser rescatado, que creo es lo más valioso de la intervención del Dr. Benavides Correa, o sea, detectar que la Constitución de por sí no puede funcionar, sino que está sujeta a una determinada dependencia, a una determinada cantidad de factores que hacen posible su funcionamiento. Y esto precisamente es uno de los graves yerros que se advierte en el proyecto constitucional. Los señores constituyentes, no diría que todos, pero sí casi todos, piensan que con esta Constitución se ha logrado la octava maravilla del mundo y que su sola aprobación servirá para imponer en el Perú el orden de la justicia, de la libertad y la plenitud de vigencia de los derechos fundamentales. Esto es absolutamente falso y utópico. Precisamente, por desconocer que el Derecho opera bajo determinados supuestos, es que se están cometiendo los errores que se está cometiendo, un texto meramente declarativo; sumamente lírico. La Constitución en consecuencia tiene supuestos externos que son los que van a condicionar su vigencia; sobre esto es lo que se ha llamado precisamente la atención en esta noche (1).

Yo voy a entrar a una parte más modesta, porque el Derecho en cuanto orden normativo, en cuanto orden coercitivo tiene un papel muy modesto. Los abogados estamos acostumbrados a pensar que con el Derecho hacemos todo; yo creo que si algo nos han enseñado las modernas ciencias sociales es un poco de humildad

---

(1) Esta conferencia es de abril de 1979; la Constitución se sancionó en julio del mismo año, y se introdujeron en ella diversas modificaciones en temas a los que aquí se hace referencia (Nota de 1987).

con respecto a los alcances, a la eficacia y a la vigencia del Derecho. Entonces voy a tratar parte de los aspectos internos, o sea, de aquellos aspectos de orden estrictamente internos, estructurales, que posibilitan la vigencia de la Constitución.

Una Constitución tiene plena realidad cuando tiene dos factores que funcionan bien. Uno es el factor externo, el condicionamiento externo, otro es el factor interno, o sea, las características que hacen que ella funcione. Externamente hay una serie de trabas y problemas que ya han sido mencionados. Internamente también las hay. ¿Cuáles son estos factores internos que facilitan el funcionamiento integral de una Constitución? Sin que esto sea definitivo sino simplemente referencial y sujeto a otra serie de factores, éstos son los que tradicionalmente están englobados bajo el nombre o bajo el rótulo de Control Constitucional. Esta frase de control constitucional es un concepto que han elaborado los juristas franceses para determinar en términos generales cómo se puede hacer respetar aquellos derechos o aquellas normas que establece la Constitución, que son fundamentalmente dos: la vigencia de los derechos fundamentales, los que tradicionalmente se llaman derechos humanos, y la vigencia de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, o sea la primacía de una Constitución sobre una ley o sobre un reglamento o sobre una resolución. Esto es en términos generales lo que se llama Control Constitucional, y que los autores italianos, por ejemplo, llaman jurisdicción constitucional (la capacidad de decir un derecho de orden constitucional) o lo que algunos, como Schmitt llama la defensa constitucional, y en nuestra América, Fix-Zamudio denomina Justicia Constitucional.

Pues bien, este control constitucional está referido fundamentalmente a la defensa de la Constitución por medios internos, inherentes a ella misma. Se supone evidentemente que existen otros condicionantes, otros factores que la hacen posible, pero esto no es estudiado estrictamente dentro del orden jurídico o por la ciencia jurídica, sino es analizado como un condicionamiento externo. Estos aspectos internos están englobados en términos generales bajo el concepto de control constitucional, y este control está dirigido fundamentalmente a dos grandes rubros. Uno bastante tradicional, el de los Derechos Humanos, también llamados Dere-

chos Fundamentales y un rubro muy importante relativamente reciente, que es el problema de la supremacía constitucional, el problema de la vigencia de la Constitución sobre las demás normas de inferior jerarquía.

A fin de comprender exactamente cómo funciona este control constitucional es preciso tener presente que existen sobre el control diversas modalidades o diversos sistemas. Vamos a ser sumamente breves porque este campo es inmenso, pero podemos dar las siguientes caracterizaciones generales.

Se reconoce en la doctrina que en cuanto a control constitucional existen tres grandes sistemas o modelos. Existe el sistema o el modelo llamado europeo, el llamado americano o el sistema americano y el modelo o sistema llamado político.

El modelo europeo es relativamente reciente, pues surge después de la Primera Guerra Mundial. Es creación de un gran jurista muy conocido por todos nosotros que se llama Hans Kelsen. Kelsen había sido asesor del Ministro de Guerra del imperio austro-húngaro; ustedes saben que antes de surgir Austria como país, existía el gran imperio austro-húngaro y al declararse la República el año 1918, Kelsen como asesor del Canciller de la nueva República propició dentro de la Constitución que se estaba debatiendo, la creación de un Tribunal Constitucional (2). Este Tribunal Constitucional estaba dirigida precisamente, entre otros aspectos, a analizar el problema de la constitucionalidad de las leyes, de los decretos y de los reglamentos y a cautelar los problemas jurisdiccionales que existían entre los fueros administrativos y los fueros judiciales, así como los problemas que surgían entre los Estados entre sí, porque Austria es un país federal. Esta idea germinal de Kelsen, ocasionó mas tarde una polémica con ese famoso jurista alemán Carl Schmitt, que tiene una obra traducida al castellano muy conocida: la "Teoría de la Constitución". En esta famosa polémica, se delinearon una serie de conceptos, pero a la larga el concepto kelseniano, o sea crear un organismo especial para cautelar entre otras cosas la supremacía constitucional, tuvo amplia acogida. Tan es así, que por la influencia austríaca se creó en 1920, un Tribunal Constitucional en Che-

(2) Fue formalmente creado en enero de 1919, y mas tarde incorporado a la Carta de 1920.

coslovaquia. La Constitución austriaca rigió hasta el año de 1934 en el cual como ustedes saben, al ser invadida por los nazis, perdió totalmente su vigencia. Esta Constitución fue restablecida en 1945 y está todavía vigente en la Austria Federal de hoy día. Austria como país es reciente, pero es un país desarrollado, y como todos los países desarrollados no acostumbra cambiar de Constitución, salvo por causas muy graves. Austria por ese motivo no ha cambiado su Constitución. El año 20 se promulgó solemnemente esta Constitución y se designó para integrar su Tribunal Constitucional a diversos magistrados provenientes de la misma magistratura o del elemento profesoral elegido por el órgano legislativo; entre éstos estuvo Hans Kelsen que fue su miembro del año 1921 al año 1930, época en la cual por la persecución y la hostilidad a los judíos que en esa época existía en Austria, tuvo que abandonar su nativa Viena y refugiarse en Colonia e iniciar un periplo que acabaría solamente en Berkeley, EE.UU., donde falleció en 1973.

Este es el llamado modelo europeo. Tuvo naturalmente algunas repercusiones, sobre todo en Europa, por eso es que se conoce como modelo europeo o como algunos lo quieren llamar "modelo Kelseniano" (en España se instaló en 1931 como Tribunal de Garantías Constitucionales).

Ahora bien, ¿cuál es la explicación del modelo europeo? ¿Por qué en Europa Kelsen propició con éxito, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, estos tribunales especiales encargados, entre otros aspectos, de la supremacía constitucional? ¿Por qué este modelo kelseniano tuvo tanto eco en Europa? ¿Por qué hoy día se ha repetido en gran escala en países como en Alemania, por ejemplo, en países como Italia que es un prototipo de las de su género, en países como Francia con algunas modalidades en la República del 46 y luego en la del 58; en países como España, hoy en la Constitución democrática de 1978?. La explicación hay que verla en la historia. Y sucintamente puede decirse que es la siguiente. Tradicionalmente en la Europa pre-revolucionaria (estoy hablando de la revolución francesa) había una unión de poderes. El rey prácticamente tenía la suma de poderes y entre ellos estaba la de administrar justicia. Entonces la gran conquista de la revolución francesa fue, entre otros aspectos, crear o difundir (porque ya existía desde antes en el pensamiento de Locke) la idea de que los po-

deres son separados y, en consecuencia, quien aplica la ley es distinto del que da la ley y es distinto del que la aplica. Entonces, se empezó a desconfiar de toda persona con poder y se cayó en la ilusión de que la ley era la verdadera salvaguardia de los derechos del ciudadano, ilusión en parte fundada. Entonces con la idea de que no podría permitirse que ninguna autoridad tuviese esa facultad decisoria que hacía recordar la odiada figura del rey, simplemente se dijo que era la ley la que era la salvaguarda de todos los ciudadanos. Entonces, al ser la ley nadie podía modificar la ley, y al ser la ley la expresión de la Asamblea, el Parlamento pasó a ser la gran autoridad, el ente más representativo de todo el Estado. Entonces el juez no podía alterar la ley y de ahí viene la célebre frase de Montesquieu en su libro "Espíritu de las Leyes" en la cual dice que el juez es simplemente (dice estas terribles frases) la boca que pronuncia las palabras de la ley, ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor. Y por eso es que durante muchos años, más de un siglo en Europa, todavía parcialmente, existe la idea de que el juez no puede modificar la ley, no puede alterar la ley, no puede ir más allá de la ley que es un mandato soberano. Entonces para sortear ese impasse histórico-doctrinario, Kelsen pensó en crear un organismo especializado que tenga esta alta función y que estaría concretado en una Constitución. Entonces el Modelo Europeo nace de una coyuntura histórica, política, jurídica muy precisa y con eso evidentemente ha logrado en gran parte su objetivo y también ha logrado transplantarse a otros medios.

El modelo americano es un modelo totalmente distinto, es el modelo que nace en Estados Unidos, porque aunque quizá hoy día parezca risueño, los EE.UU. fueron revolucionarios en su época. Entonces, ellos crearon formas muy importantes para la organización del Estado, para la política y en general para el Derecho y para el Derecho Constitucional. El aporte que ha hecho los EE. UU. al Derecho Constitucional es considerable, casi tan importante como los que ha hecho Inglaterra, no tanto evidentemente, pero son importantes; por lo pronto creó el régimen presidencial. Entonces, dentro de ese régimen presidencial que ellos vivían había sin embargo un orden jurídico muy disperso que venía de Inglaterra, un orden jurídico que no era codificado, que no era orgá-

nico, sistemático y rígido, como era el Código Napoleón por ejemplo, pero existía una serie de precedentes, costumbres judiciales, de resoluciones, o sea un cuerpo flexible que se iba haciendo con la costumbre, con el uso diario. Entonces, dentro de esa amalgama de precedentes judiciales, de órdenes dadas por los jueces, de jurisprudencia, ¿quién era la persona que decidía las cosas? Era el juez; el juez era el que decidía; la ley era lo que el juez decía. Como no habían leyes unificadas ni códigos sino una amalgama de principios más o menos reiterados, jurisprudencia muy antigua y hasta contradictoria, se pensó que el juez era realmente el hombre que desentrañaba la ley, el hombre que encontraba el espíritu de la norma, y esto naturalmente dentro de la tradición del sistema jurídico llamado **common law** que es totalmente distinto al sistema europeo que nosotros hemos heredado, que es un sistema romanista, un sistema basado en la ley y en los principios que heredamos de Roma. Entonces, en este ambiente anglosajón, cargado de herencia británica, el juez fue un elemento muy importante. Dentro de ese elemento los jueces fueron creando Derecho; es por eso que en EE.UU. existen teorías muy importantes que nos dicen que precisamente lo que importa en todo orden jurídico es lo que dicen los jueces, porque los jueces son en última instancia los que dicen lo que es la ley. Uno de ellos el gran juez John Marshall, un hombre genial y extraordinario, casi desconocido entre nosotros y que fue Presidente de la Corte Suprema de los EE.UU. durante 35 años, tuvo esa idea feliz de declarar que entre los conflictos de leyes y ante el problema de la vigencia de la Constitución o de la ley, debía el Poder Judicial dirimir el conflicto, y así lo hizo en una célebre sentencia de 1803. Y bien, esa doctrina se continuó, y tan se continuó que se ha hablado en EE.UU. que existe una dictadura de 9 ancianos, porque nueve son los miembros de la Corte Suprema Federal. Y Hughes, que fue gobernador de New York y político destacadísimo y más tarde Presidente de la Corte Suprema Federal, dijo una frase casi sarcástica: "vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es".

Este es el modelo americano que ha otorgado esta función de control al Poder Judicial, a diferencia del modelo europeo que ha otorgado esta función de control a un órgano especial.

Existe por último un sistema político. Un sistema político que sostiene que el control debe realizarlo el Parlamento, el control debe realizarlo el Poder Legislativo, porque encarna la soberanía popular, en consecuencia es él el que debe realizar el control. Y esta teoría nace en una de las famosas revueltas de fines de siglo XVIII de la Francia revolucionaria, en la cual en una de sus numerosas constituciones y en una de sus asambleas se establece que el poder de control debe ejercerlo la Asamblea Nacional, o sea el órgano legislativo. Esta teoría del control político prácticamente no existe ya en el Occidente, salvo en algunas variantes en donde convive con otras formas, pero se ha extendido en forma totalmente rápida y asombrosa a los países del área socialista; en esos países el control no lo tienen ni los tribunales ordinarios en el Poder Judicial ni tampoco lo tiene un órgano especializado, sino lo tiene fundamentalmente el órgano político. Si revisamos las constituciones de los países socialistas, podemos darnos cuenta de que es la Asamblea Popular o como se le llame según las diversas tradiciones, la que tiene la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, entre otros aspectos más relacionados con la vigencia de la Constitución.

Estos son los tres grandes modelos, que no son puros evidentemente, porque el derecho no es puro sino que está mezclado con la política, con la moral, con lo educativo, con lo cultural, etc., estos modelos se han extendido con una serie de variantes. No hay una ubicación geográfica exacta porque el modelo europeo por ejemplo está extendido hoy curiosamente a países que no pertenecen al sistema jurídico europeo, como es el caso de Yugoslavia y Checoslovaquia. Yugoslavia desde el año 63 y Checoslovaquia desde el año 68 tienen un tribunal constitucional para similares funciones, o sea que no obstante estar influenciados por el modelo marxista que orienta a este tipo de repúblicas, sin embargo han tomado para sí este tipo europeo netamente de entreguerras, creación original de este gran jurista que fue Hans Kelsen. A su vez, el modelo americano aun cuando se ha dado fundamentalmente en América, sin embargo también se ha extendido; porque curiosamente, conjuntamente con las victorias norteamericanas, fueron no solamente las bayonetas sino también



las instituciones y el ordenamiento jurídico. Un caso típico por ejemplo, es el Japón. Ustedes saben que la Constitución japonesa del año 47 fue una hechura de Mac Arthur que la impuso y está vigente hasta ahora. Pues bien, ahí está el modelo americano en el Asia, donde no debería estar, pero ahí está y así funciona a su vez el modelo político que los autores califican como modelo socialista, porque está afincado fundamentalmente en la tradición de los países socialistas y sobre la base de la Constitución Soviética del 36 (que ya no está vigente pero que fue la matriz para una serie de constituciones socialistas); sin embargo hoy en día se ha extendido también a otros continentes. La última Constitución de Cuba, la de Cuba actual, la Cuba de Fidel Castro, es una Constitución que ha incorporado este modelo político.

Estos son los orígenes, los grandes esquemas de estos tres modelos, pero no son absolutos, simplemente son referenciales y nos dan cuenta de la variedad de las intenciones y de las peculiaridades en las cuales cada una de ellas fue surgiendo.

Dentro de todo este gran panorama, ¿dónde está el Perú?. Evidentemente, nosotros, y hay que decirlo muy claramente, estamos dentro del modelo americano. Estamos dentro del modelo americano porque hemos vivido siempre, por razones económicas o políticas o de imitación (hasta hace algunos años) un poco mirando el ejemplo de los EE.UU.

Cuando nos emancipamos el año 1821, teníamos solamente un ejemplo que seguir que era EE.UU.; EE.UU. era en esa época unas cuantas colonias de granjeros, de gente trabajadora y sencilla, que simplemente habían roto con un gran imperio como era el inglés. Entonces, nosotros lo seguimos y copiamos de ellos una serie de cosas, entre otras las dos Cámaras (en EE.UU. hay dos Cámaras, pero una de ellas es Federal y otra de la población, es decir, tienen distinto fin, pero la copiamos) y sobre todo crearon la figura del Presidente de la República, ésto es algo típico que no existía en Europa. La creó EE.UU. y nosotros la tomamos. Entonces, en EE.UU. vimos el ejemplo en el orden político constitucional en el siglo XIX y esa impronta quedó. Durante el siglo XX ha habido otras influencias: francesa, italiana y algunas de sus

derivados como la española. La Constitución española del año 31 fue leída acá por los constituyentes el año 31; como ahora están leyendo la Constitución española del año 78, pero no en su texto definitivo sino el proyecto del 77, lo cual les va a traer graves problemas como veremos a continuación.

Entonces, nosotros hemos seguido bajo este modelo, hemos seguido esa orientación, y más o menos así ha funcionado. Esto significa que en términos generales el control constitucional ha estado encargado al Poder Judicial.

¿Qué es lo que está sucediendo con el proyecto constitucional? El proyecto constitucional parte en mi opinión de una desconfianza total del actual estado de cosas y sobre todo de una desconfianza total del Poder Judicial. Entonces, revisando, las constituciones modernas han tenido en cuenta las constituciones europeas y han tomado mucho del constitucionalismo europeo, sobre todo el más novedoso que es el de postguerra, o sea la constitución alemana, la constitución francesa, la constitución italiana, que han incorporado esta figura del Tribunal Constitucional na, y han creado esta figura del Tribunal Constitucional que sería fundamentalmente el encargado del control constitucional. Ahora bien, existen dos aspectos que ver; uno si se quiere simple, que es el de orden semántico, otro es un problema de fondo. Desde el punto de vista de la nomenclatura de este Tribunal, hay que llamar la atención sobre el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales que es una creación española. ¿Por qué llegó a España el año 31? Llegó a España el año 31 porque curiosamente en España, que aunque todavía no era parte de Europa tenía mucha influencia europea, habían muchos juristas que habían ido a estudiar derecho a Viena atraídos por la fama de Kelsen, quien ya era famoso en esa época. Entonces algunos juristas muy eminentes y otros que iban a serlo después como Recaséns Siches, como Legaz Lacambra que inclusive publicó un grueso libro sobre Kelsen el año 31, fueron a estudiar a la Viena de Kelsen quien les transmitió sus ideas y una de ellas fue crear un órgano autónomo que se encargase del control constitucional. Entonces, idearon trasplantar esta idea kelseniana a la Constitución Española. No hubo más fórmula que simplemente darle un nombre español y pensaron llamarlo Tribunal de Garan-

tías, porque tenía un sentido emotivo, un sentido clásico, pero no porque renegasen de la idea fundamental. Hoy en día este nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, está en retroceso; porque la doctrina procesal y la doctrina constitucional han llegado a una diferenciación de la cual todavía no se han dado cuenta los miembros de la Asamblea Constituyente y es que la doctrina está diferenciando lo que son los derechos de lo que son las garantías.

Nosotros en la Constitución de 1933 hablamos de garantías; garantías individuales y garantías sociales, pero técnicamente se considera garantía únicamente al instrumento que permite lograr la consecución de un fin. Entonces, si cuando decimos "todo hombre es libre" señalamos que es una garantía, estamos cayendo en un error, porque eso es una declaración que otorga a alguien una facultad, o sea un derecho, mientras que la garantía será el medio que permitirá hacer respetar ese derecho. Entonces, las garantías son los instrumentos procesales, como es el Habeas Corpus, o el Amparo, esto es, aquellos medios que utilizamos para defender algo, pero lo que llamamos garantías constitucionales en el lenguaje tradicional nuestro, lenguaje equívoco y erróneo que tomamos de Francia y ya está superado, son en realidad derechos de la persona; derechos de índole social, individual, económica, etc., pero son derechos porque son facultades, son reconocimientos y aquellos con los cuales los protegemos son las garantías, porque ellas sí garantizan algo, porque al ser medios protectores están garantizando un derecho, porque del simple enunciado "yo puedo andar libremente" no se desprende que esté garantizado, eso no es ninguna garantía, eso es un derecho que necesita de un instrumento protector para su realización, ese instrumento se llama garantía. Entonces, partiendo de este hecho fundamental que ha sentado la doctrina, cuando se discutió el proyecto constitucional en España, se utilizó primero el concepto de Tribunal de Garantías Constitucionales, que más tarde y más adecuadamente fue sustituido por el más correcto de Tribunal Constitucional, tal como aparece en el texto definitivo de la constitución española de 1978, que parece haber pasado desapercibido por los constituyentes, que no han introducido idéntica corrección en nuestro texto constitucional.

El problema de fondo, es que esta institución, con la cual simpatizo, al ser transplantada a nuestro medio, ha sido desnaturalizada y en vez de traer un nuevo orden, va a causar serios trastornos en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar su ubicación en Arequipa no tiene sentido, porque el 500/o de los abogados se encuentran en Lima, y porque además no va a contribuir a descentralizar nada a pesar de las sanas intenciones de los autores del proyecto.

Creo, que lo más grave dentro de la estructura del proyectado Tribunal es que constituye una cuarta instancia, colocándose por encima de la Corte Suprema y propiciando un verdadero caos al eliminar, prácticamente, la cosa juzgada. Así vemos, que este Tribunal puede conocer los autos denegatorios de Habeas Corpus y Amparo; así como las resoluciones judiciales firmes. Quisiera creer que la presión de las sesiones es la que ha impedido analizar la gravedad de estos enunciados pues tal como está estructurado este Tribunal no creo que resuelva los problemas que se le han encomendado. Es importante por otro lado no recortarle sus facultades al Poder Judicial, el cual puede perfectamente coexistir con ese Tribunal Constitucional, siempre y cuando éste sea redimensionado.

Pensamos que todavía hay tiempo para corregir estos errores. Hay voces autorizadas que ya han hecho saber sus opiniones y sólo esperamos que sean escuchadas.