

Primera Parte: *Evaluación de la jurisdicción constitucional*

I.	Constitutionalismo democrático y jurisdicción constitucional	35
1.	Experiencia anglosajona	36
2.	Experiencia europea-continental	46

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRATICO Y JURISDICCION CONSTITUCIONAL

En todo sistema político moderno que se precie de ser democrático, el poder del gobierno no se puede legitimar en sí mismo; sino desde la existencia y la operatividad a nivel real de la oposición¹²; para lo cual, la Constitución ha establecido instituciones como la justicia constitucional, para que controle al poder, haga respetar los derechos fundamentales y cautele los derechos de las minorías¹³. Si bien se puede señalar que con el establecimiento de la democracias constitucionales se inicia un proceso de racionalización del poder¹⁴; no es menos cierto que la autoridad incluso elegida democráticamente, cuando ejerce el poder sin control, puede terminar cometiendo todo tipo de excesos no sólo contra sus adversarios, sino también contra cualquier pacífico ciudadano. Debido a que el poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración¹⁵; de allí que, las personas con poder —público o privado— deban estar siempre controladas, mediante la Constitución y la ley.

Con el establecimiento de las democracias constitucionales del siglo XVIII, también apareció el peligro de los excesos de las mayorías parlamentarias, que se identificaban con la soberanía nacional, dejando de lado a la oposición no sólo ideológica sino también discrepante¹⁶. En la búsqueda de tomar precauciones contra los excesos del poder, es que la Constitución se convierte en una norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para todas las autoridades, quedando sometida así la política al derecho, en la forma del Estado de Derecho.

-
12. César Landa, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1994, pp. 99-124.
 13. John Hart Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review*, Harvard University Press, United States, 1981, pp. 135-136.
 14. Boris Mirkin-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 1-47; anteriormente publicado en *RD*, XXXV, Année 1928, reimpresión de Vaduz, Topos Verlag, 1982, pp. 5-53.
 15. Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, p. 8.
 16. César Landa, *Derecho Político del gobierno y la oposición democrática*, Lima, PUCP-CONCYTEC, Fondo Editorial, 1990, pp. 57-73.

Si bien el control del poder está en la raíz de la democracia constitucional contemporánea, existen diversas formas de tomar “precauciones auxiliares”, manteniendo el contenido esencial de la democracia moderna, que es por excelencia evitar la tiranía, a través de asegurar la división del poder y proteger los derechos y libertades ciudadanas consagradas en la Constitución, mediante la justicia constitucional. El hecho de que la democracia sea un valor y un sistema común a la humanidad, ha dado lugar a una homogénea jurisdicción de la libertad en diferentes latitudes, aunque con tiempos y pautas distintas, según se trate de la tradición jurídica anglosajona del *common law* o de la europea continental del *Rechtstaat*¹⁷.

1. EXPERIENCIA ANGLOSAJONA

La experiencia anglosajona de la revisión judicial de los actos arbitrarios del gobierno, se puede señalar que hunde sus raíces en la polémica constitucional del siglo XVII en Inglaterra entre el *gubernaculum* y la *jurisdictio*, es decir, en el conflicto entre el despotismo de los monarcas y la libertad de los súbditos. Aunque, desde la baja Edad Media Bracton ya había planteado el problema al estudiar casos judiciales de su época¹⁸, lo cierto es que la praxis constitucional encontró soluciones transitorias en pactos y normas fundamentales como la *Charter of Liberties* de 1100, la *Charta Magna* de 1215, las *Provisions of Oxford* de 1258, el *Confirmatio Carterum* de 1297, la *Petition on Rights* de 1628, el *Agreement of the people* de 1653, el *Instrument of Government* de 1653 y el *Bill of Rights* de 1658, las mismas que fueron recogiendo la idea de la existencia de leyes y derechos supremos fuera del alcance del rey e inclusive del Parlamento.

Así, el incipiente principio de los límites al gobierno, adquiere singular relevancia en los discursos parlamentarios de sir Edward Coke, cuando afirmaba que “el rey no puede ni mediante proclamación ni de otro modo, cambiar parte alguna del derecho común, ya se trate de las leyes o de las costumbres del reino”¹⁹, o como en su sentencia judicial en el *Dr. Bonham's Case* de 1610, donde señala que “Y aparece en nuestras reglas, en muchos casos, que el derecho común controlará a las leyes del Parlamento, y algunas veces las juzgará de ser totalmente nulas: cuando la ley del Parlamento sea

17. Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative constitutional law, cases and materials*, USA, The Bobbs-Merrill Company, 1979, pp. 1-18.

18. Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, op. cit., pp. 162 ss.

19. *Ibidem*, p. 111.

contraria al derecho común y a la razón, o repugne, o sea imposible de ser cumplida, el derecho común controlará y juzgará que dicha ley sea nula”²⁰.

Al respecto, el Dr. Bonham era un doctor en medicina de la Universidad de Cambridge, quien había sido prohibido de practicar la medicina por el Colegio de Médicos en base a una ley parlamentaria que había confirmado los estatutos del Real Colegio de Médicos, otorgando a esta institución la potestad de imponer multas a los médicos que faltasen a sus normas. Como al Dr. Bonham se le impuso una multa y no pagó, fue puesto en prisión por orden del Colegio, por haber persistido en seguir ejerciendo su oficio. Apelando al derecho común, el Dr. Bonham obtuvo una decisión de la Corte a su favor, con el fundamento de que él como habitante de Cambridge estaba exonerado de la norma por expresas palabras, por lo cual debía presumirse que el Parlamento no tenía la intención de que el Colegio Médico actuase como una Corte en su propia causa, como demandante, fiscal y juez; en la medida que la decisión de la destitución del Colegio se veía beneficiada con la multa a su favor. Esta decisión, que cuestionaba en realidad la soberanía parlamentaria, le costó a Sir Coke el cargo como Presidente de su Corte.

Pero ese derecho superior, o *common law*, se transformaría en los derechos naturales que postuló Locke a finales del siglo XVII, como una limitación a la actuación del gobernante. Así se va progresando en Inglaterra en la idea de la existencia de un conjunto de derechos naturales de los hombres, que son superiores a las potestades del gobierno y que a su vez se traducirán en un conjunto de derechos fundamentales, como la libertad personal y la propiedad, inviolables por los poderes transitorios²¹.

Sin embargo, el cambio más importante de ese siglo, nada pacífico, se encuentra en la Gloriosa Revolución de Oliverio Cromwell de 1688, en virtud de la cual el Parlamento asume una posición central en el gobierno, convirtiéndose en adelante al rey en responsable tanto de las cuestiones de gobierno como de la jurisdicción, no sólo ante Dios sino también ante su pueblo. De modo que sus actos ya no estaban jurídicamente fuera del control de los tribunales y del Parlamento, sino sometidos al control de la soberanía de la representación, aún cuando los responsables de los mismos fuesen en adelante los ministros de la Corona. Por ello, Blackstone afirmaría en 1765 que “el poder del parlamento es absoluto y sin control”²².

-
20. Richard Loss (editor), *Corwin on the Constitution*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1981, p. 198.
 21. John Locke, *Treatise of civil government and a letter concerning toleration*, United States of America, edited by Ch. Sherman, D. Appleton-Century Co., 1937, pp. 16-33.
 22. William Blackstone, *Commentaires on the laws of England, volume I Of the Rights of persons*, reproducción de la primera edición de 1765-1769, con una introducción de Stanley Katz, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, p. 157.

De esa manera, como consecuencia del largo proceso de parlamentari- zación de la opinión pública, por un lado, se incardinó en Inglaterra la doc- trina constitucional del poder soberano del Parlamento, que sustituyó progre- sivamente a la del monarca, y, por otro, los jueces se convirtieron en los voceros autorizados del *common law* sobre las leyes. “Esto explica el rol de los jueces de interpretar la legislación como un derivado de su posición de intérpretes del derecho común, no como servidores de la política del legisla- dor”²³.

Es en este esquema conceptual que se enmarca el proceso constitucio- nal y de democratización de la monarquía parlamentaria inglesa, racionaliza- zando así los excesos del poder gobernante, el mismo que alcanzó en 1826 otro de sus hitos históricos en la época de John Cam Hobhouse, al consa- grarse el rol de la oposición parlamentaria en la *His Majesty's Opposition Act*, con que se caracteriza el sistema político inglés hasta nuestros días. Lo que ha permitido reforzar la idea según la cual el Parlamento constituye la fuente política fundamental de donde emana la soberanía, ya no sólo del gobierno sino también de la oposición²⁴.

Desde entonces, en Inglaterra, la oposición política al gobierno no sólo es un derecho sino también un deber, en virtud del cual frente al gobierno electo por el pueblo, la oposición también electa por el pueblo forma un gabinete en la sombra –*shadow gabinet*– en el Parlamento, para controlar y fiscalizar al gobierno de su majestad. De esta manera, dentro del sistema establecido del *government and opposition*, el modelo constitucional inglés ha podido, en un largo proceso histórico, resolver los conflictos políticos y sociales bajo dos principios constitucionales, claramente definidos por Dicey: *the sovereignty of Parliament and the rule of law*²⁵.

Esos dos principios, o convenciones constitucionales, hicieron irrelevan- te contar en Inglaterra con una Constitución escrita, una Corte constitucio-

-
23. Sir Ivor Jennings, *The law and the constitution*, London, University of London Press Ltd., 1960, pp. 323-324; asimismo, Roger Cotterrell, *The politics of Jurisprudence a critical introducton to legal philosophy*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 32 ss.
 24. Walter Bagehot, *The english constitution*, London, Kegan Paul, Trench & Co., 1882, pp. 228 ss.
 25. Albert V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Hong Kong, Macmillan Education Ltd., 1985, pp. 406-414. Sobre el debatible concepto del *rule of law*, se puede revisar a Richard Fallon, “*The rule of law*” as a concept in constitutional discourse, en *Columbia Law Review*, Vol. 97, January 1997, N° 1.

nal, o una declaración de garantía de derechos básicos²⁶, porque la hegemonía parlamentaria se estableció como una regla fundamental de la Constitución no escrita de ese país, y rechazó de modo terminante la revisión judicial de sus leyes, por cuanto significaba colocar al poder judicial sobre el poder legislativo. Lo cual no ha sido óbice para que en el marco del crecimiento de las tareas administrativas del gobierno, con el *Welfare State* desde comienzos del siglo XX, las cortes inglesas hayan asegurado los derechos ciudadanos afectados por la administración pública local y central, pero siempre en el marco de la legalidad²⁷.

Sin embargo, es del caso señalar que con la aparición de las dictaduras nazifascistas y el totalitarismo soviético, en el periodo de las entreguerras mundiales, se pone de manifiesto en Inglaterra la preocupación constitucional por la vigencia del gobierno basado en las leyes, pero separado de los valores democrático liberales²⁸. Pero es sólo después de la Segunda Guerra Mundial, con el inicio de los procesos de integración supranacional en Europa continental, que los ingleses han empezado a poner en cuestión los principios básicos del constitucionalismo británico.

En efecto, con la incorporación de Gran Bretaña a la Unión Europea, la ratificación de la Convención Europea de Derechos Humanos y el sometimiento a los tribunales europeos que de esos tratados se derivan, en ese país se viene modificando lentamente la pura doctrina de la soberanía parlamentaria, en función de tutelar los derechos fundamentales de las personas ante los excesos del poder. En ese sentido, las cortes empiezan a girar ponderadamente de posición para actuar como voceros del derecho humanitario europeo, antes que de la ley inglesa²⁹; motivo por el cual el Parlamento británico ha puesto en su agenda política la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos como ley nacional³⁰, tratando de extender el principio de soberanía parlamentaria ante el futuro inminente de la

-
26. Geoffrey Wilson, *Conventions and the british constitution*, en *Contemporary Constitutional Challenges* (Landa and Faúndez, editors), Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 187-205.
27. Hilaire Barnet, *Constitutional and Administrative Law*, Great Britain, Cavendish Publishing Ltd., 1995, pp. 711 ss.
28. Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism & the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1939, pp. 267 ss.
29. Lord Hailsham, *The british legal system today*, London, Stevenson & Sons, 1983, pp. 18-23; asimismo, Lord Devlin, *Judges and lawmakers*, en *The Modern Law Review*, Volumen 39, January 1976, N° 1, London, Steven & Sons Limited, 1976, pp. 1-16.
30. Home Office, *Right Brought Home: The Human Rights Bill*, presentado al Parlamento por la Secretaría de Estado de Asuntos del Interior, CM 3782, London, October, 1997.

globalización, propio de la integración supranacional europea, que se expresa en el progresivo traspaso de las soberanías parlamentarias nacionales a los organismos supranacionales³¹.

La otra experiencia anglosajona es la norteamericana, donde Inglaterra hizo sentir su poderosa influencia, sobretodo en los orígenes del control judicial de las leyes en los Estados Unidos. Al respecto, se puede señalar que cuando los puritanos huyeron de las guerras de religión europeas y de la intolerancia religiosa en Inglaterra, se asentaron como colonos en Nueva Inglaterra a partir del siglo XVII, para lo cual suscribieron pactos *-convenants-* como una suerte de contrato social, en el que establecieron su forma de organización política y social comunitaria, a semejanza del pacto de gracia puritano que habían profesado, en virtud del cual crearon una comunidad política y definieron las reglas de su vida social. Entre los más famosos *convenants* destacan el pacto del *Myflower* de 1624 y los *Fundamentals orders of Connecticut* de 1639³².

Las colonias norteamericanas, sin perjuicio de sus privilegios y particularidades, estaban integradas al imperio británico; en tal sentido, conocían y eran una parte del conflicto de la Corona con el ascendente poder soberano del Parlamento, así como de la jurisprudencia de la cortes. En ese marco histórico británico, asentado en la doctrina de la supremacía absolutista del Parlamento, que Blackstone apuntaló con el principio de que “en el poder de hacer las leyes reside la suprema autoridad”³³, los colonos americanos rechazaron en la práctica la tesis de la soberanía ilimitada del Parlamento, a partir de que el Parlamento británico dictó diversas leyes tributarias que les afectaron sin su representación³⁴, y de otra ley que privó a los colonos irlandeses a un juicio con jurado irlandés³⁵. Hechos que estuvieron directamente vinculados con los desencadenantes sucesos que dieron paso a la guerra con los ingleses y a la independencia de los Estados Unidos en 1776.

-
31. A. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in domestic law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 177 ss.; asimismo, C. Black, *Is already a british bill of rights'?*, en *Law Quartely Review*, N° 89, 1973, p. 173.
 32. Lawrence Friedman, *A history of american law*, New York, Touchstone Book, 1985, pp. 37-56, 90-93 y 115-124; asimismo, Richard B. Morris, *Documentos Fundamentales de la Historia de los Estados Unidos de América*, México, editorial Limusa, 1986, pp. 9-15.
 33. William Blackstone, *Commentaires on the laws of England...*, *op. cit.*, p. 52.
 34. Alexander Hamilton, *The Federalist* N° 35, en *The Federalist on the new Constitution, written in the year 1788 by Mr. Hamilton, Mr. Madison, and Mr. Jay*, published by M. Carty and Davis, Philadelphia, 1826, pp. 181-187.
 35. J.W. Gough, *Fundamental law in english constitutional history*, Colorado, Fred Rothman & Co., 1985, pp. 192-199.

No obstante la ruptura colonial, el sistema jurídico-político norteamericano estuvo fuertemente influenciado no sólo por los postulados político-filosóficos de ingleses, como John Locke o franceses como Montesquieu, sino también por la jurisprudencia de las cortes británicas, como la del juez Coke. Por ello, en 1786 el segundo Presidente de los Estados Unidos, John Adams, en su *Defense of the Constitution*, respondía a la crítica de Turgot en la que afirmaba que “la constitución americana representaba una irrazonable imitación de los usos de Inglaterra”³⁶. Pero, en los orígenes del constitucionalismo norteamericano, también tuvieron en *El Federalista* un espacio fecundo para las deliberaciones sobre la Constitución a adoptar por el nuevo gobierno de los Estados Unidos. Allí, Madison señalaría que:

si los hombres fueran ángeles, no sería necesario el gobierno. Si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, no sería necesario ningún control interno o externo sobre el gobierno. En la organización de un gobierno administrado por hombres sobre otros hombres [...] primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados; y luego obligarle a controlarse a sí mismo. La dependencia del pueblo es, sin duda, el primer control sobre el gobierno; pero la experiencia ha enseñado a la humanidad la necesidad de precauciones auxiliares³⁷.

Por otra parte, Hamilton señalaría en 1788 que “la Constitución es, en realidad, y debe ser respetada por los jueces, como una ley fundamental [...] o en otras palabras, la Constitución debe ser preferida sobre las leyes, el propósito del pueblo sobre el propósito de sus representantes”³⁸.

Es decir, que en *El Federalista* se recogían instituciones constitucionales inglesas clásicas, pero con óptica moderna; así, la antigua convención inglesa de que una ley ordinaria no podía violar el derecho común superior –*higher law*– era reconocida, aún cuando la ley ordinaria fuese aprobada por los representantes de la voluntad popular; por que habían derechos naturales –*natural rights*– de los hombres, que ni la propia soberanía popular podía vulnerar.

En ese sentido, el Tribunal Supremo norteamericano presidido por el juez Marshall consagró en 1803 con el emblemático caso *Marbury vs Madison*³⁹, el principio jurídico de la supremacía constitucional, no obstante

36. Richard Loss (editor), *Corwin on the Constitution...*, *op. cit.*, p. 64.

37. James Madison, *The Federalist* N° 51, en *The Federalist...*, *op. cit.*, p. 291.

38. Alexander Hamilton, *The Federalist* N° 78, en *The Federalist...*, *op. cit.*, p. 435.

39. William Lockhart, Yale Kamisar, Jesse Choper, Steven Shiffrin y Richard Fallon, *The American Constitution*, Minnesota, West Publishing, 1996, pp. 1-8.

la soberanía política del Congreso. Este caso condensa jurídicamente, un claro conflicto político entre el saliente Presidente Adams –federalista– y el entrante Jefferson –republicano o antifederalista–; debido, por un lado, a que Adams antes de transpasar el mando presidencial, cambió a su Secretario de Estado Marshall como presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, puesto que ocuparía de 1803 a 1835⁴⁰.

Simultáneamente, Marshall asumió el nuevo cargo y continuó despachando como Secretario de Estado, hasta el cambio de mando; pero, en esas circunstancias el Congreso federalista aprobó dos leyes: una ley sobre las cortes de circuito, que duplicaba el número de los jueces de circuito, y otra ley orgánica que autorizaba el nombramiento de 42 jueces de paz en el distrito de Columbia, donde se encontraba Washington, sede del gobierno. Adams firmó los nombramientos de los nuevos jueces y Marshall, actuando como Secretario de Estado, selló las órdenes que nominaban a los mismos, prácticamente todos federalistas.

Sin embargo, cuando Jefferson asumió la presidencia, quedaban algunos nombramientos por notificar entre ellos el del juez Marbury; pero el nuevo Presidente ordenó a su Secretario de Estado, James Madison, detener los envíos restantes. Contra esta decisión Marbury y otros plantean un *writ of mandamus* contra Madison, para que cumpla con la orden de los nombramientos judiciales. Simultáneamente, en 1802, la nueva mayoría republicana en el Congreso deroga la ley de las cortes de circuito, terminando así con todos los puestos creados en las postrimerías del gobierno de Adams; y suspende el periodo de sesiones del Tribunal Supremo por catorce meses, hasta febrero de 1803⁴¹.

Reabierto el periodo de reuniones del Tribunal Supremo, el Juez Marshall, no obstante el interés personal que tenía en esa causa, no se inhibe sino que usa la controversia para plantear la teoría de la supremacía constitucional, en la sentencia de 1803 del *mandamus case*. En la cual afirma que

la constitución es una norma suprema, inmodificable por normas ordinarias, o su nivel es el de la una norma legal legislativa, y, como otras leyes, es modificable cuando a la legislatura se complazca de alterarla.

40. Charles Grove Haines, *The role of the supreme court in american government and politics 1789-1835*, New York, Da Capo Press, 1973, pp. 615-662.

41. Charles Warren, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Boston, Little Brown & Cia., 1935, pp. 289 ss.; del mismo autor, *The Supreme Court in United States history*, Volumen one, Boston, Little Brown & Cia., 1922, p. 231 ss.; asimismo, Charles Evan Hughes, *The Supreme Court of United States*, New York, Columbia University Press, 1928, pp. 86-89.

Si la primera parte de esta alternativa es verdad, entonces una ley del legislativo contraria a la constitución no es derecho; si la última parte es verdad, entonces las constituciones escritas son ensayos absurdos, de parte del pueblo, para limitar el poder en su propia naturaleza ilimitable⁴².

En tal entendido, quedó consagrado el principio de la soberanía constitucional. Sin embargo, se puede señalar que la sentencia del caso *Marbury versus Madison* fue producto del conflicto entre el gobierno y la oposición, en el que la defensa de la nueva minoría u oposición se hizo efectiva, mediante la doctrina de la supremacía constitucional frente a las leyes de la nueva mayoría en el Congreso. Más aún, con dicha sentencia se logró que el gobierno respetase la independencia judicial, aún cuando en la práctica no se llegara a reponer a *Marbury*; por cuanto, se podía declarar inconstitucional una ley del Congreso, pero no controlar actos discrecionales –políticos o confidenciales– del Ejecutivo⁴³.

Un observador acucioso de los Estados Unidos en la tercera década del siglo XIX, como lo fue Tocqueville señalaba que la fuerza del poder judicial para garantizar la protección de los intereses particulares, estaba en la independencia individual de los jueces⁴⁴. En efecto, gracias a ese talante republicano de los jueces norteamericanos, desde entonces se ha ido afirmando el principio de la *judicial review of law*, como piedra angular del constitucionalismo norteamericano⁴⁵. La revisión judicial de las leyes consagra el valor normativo supremo de la Constitución, que la hace inmune a la violación por las leyes ordinarias de las mayorías transitorias del Congreso, por el contrario, esas leyes se inaplicarán judicialmente en un caso concreto al estar opuestas y ser inferiores a la Constitución. De esta manera, la norma protege también a las minorías. Este proceso, sin embargo, no ha sido lineal, porque también ha visto los peligros de la *judicial policy-maker*⁴⁶.

42. Jeffrey Lowell y Dawn Oliver, *The changing constitution*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 25.

43. Charles Warren, *The Supreme Court in United States history...*, *op. cit.*, p. 241 ss.; asimismo, Edward Corwin, *Court over Constitution*, New York, Peter Smith, 1950, pp. 88 ss.

44. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, publié par l'Office d'Information de Guerre des Etat-Unis, s.d., p. 59.

45. Edward Corwin, *John Marshall and the constitution*, New Haven, Yale University Press, 1921, pp. 64-72; asimismo, Morton Horowitz, *The transformation of american law 1780-1860*, Cambridge-London, Harvard Press University, 1977.

46. William Crane and Bernard Moses, *Politics, an introduction to the study of comparative constitutional law*, New York-London, G.P. Putnam's Sons, 1884, pp. 198 ss.; asimismo, Edward Corwin, *Court over Constitution...*, *op. cit.*, pp. 1 ss.

En adelante, quedó establecido que el juez cuenta con una cuota de poder político-jurídico, con el que puede controlar los actos legislativos del Congreso, sin perjuicio que las leyes sean el producto de la representación nacional; por cuanto, en una democracia constitucional, no existen poderes absolutos fuera del control de los poderes y de la opinión pública⁴⁷. De ahí que el Congreso no pueda legislar afectando los derechos fundamentales y, en todo caso, que los tribunales tienen la obligación de resolver inaplicando una ley, como intérpretes supremos de la Constitución. Como lo señalaba con toda claridad el juez Hughes, en una intervención como gobernador de Nueva York, en 1907: “nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”⁴⁸.

Esto significa, también, que el principio de la mayoría democrática sólo es válida a condición de que sus decisiones legislativas estén conformes a las normas y valores de la Constitución de los Estados Unidos (que están contenidos en siete artículos y veintisiete enmiendas). Lo cual, por otro lado, deja un amplio margen de interpretación a los jueces norteamericanos, que el Tribunal Supremo ha asumido con responsabilidad histórica cara a la protección de las minorías del país, sobretodo después de la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, la experiencia del Tribunal Supremo, y de la revisión judicial de las leyes, pone en evidencia que desde sus orígenes y hasta la actualidad, han jugado un importante rol entre la política y el derecho⁴⁹, haciendo de este tercer poder del Estado, un ente que en determinadas épocas ha sabido acompañar las demandas políticas del gobierno; en otras las de la opinión pública; y en no menos las demandas de las minorías, dependiendo de los acontecimientos históricos—guerra de secesión, expansión económica, crisis de 1929, *new deal*, desafíos al racismo, movimiento por los derechos cívicos, entre otros⁵⁰. Proceso político que en términos generales ha sido respetado por el presidencialismo norteamericano, en tanto que el *check and balances*

47. Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven and London, Yale University Press, 1986, pp. 1-33; asimismo, Robert Carr, *The Supreme Court and judicial review*, Connecticut, Greenwood Press, 1970, 72-98.

48. W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The American constitution...*, *op. cit.*, p. 8.

49. David O'Brien, *Constitutional law and politics*, volumen I, *Struggles for power and governmental accountability*, New York, Norton & Co., 1991, pp. 95 ss.; asimismo, Jesse Choper, *Judicial review and the national political process, a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1980, pp. 129-168.

50. Charles Warren, *The supreme court in United States history...*, *op. cit.*, volume two 1836-1918, y; Max Lerner, *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court*, New York, Arcade Publishing, 1994, pp. 177 ss.

y el *judicial review of law* han prevalecido en aras de la protección de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

De manera particular, el éxito del Tribunal Supremo, a través de la *judicial review*, se debe básicamente a que ha sabido representar la pluralidad de opiniones que yacen en el seno de la sociedad y en el gobierno norteamericanos. Lo cual supone que la mayoría y las minorías se encuentran representados en el seno del máximo tribunal, y que el conflicto entre el gobierno y la oposición queda resuelto jurisprudencialmente en el seno del tribunal. Sin embargo, la construcción de esa jurisprudencia no ha sido siempre pacífica. Por el contrario, de acuerdo con la ideología jurídica de los jueces supremos aplicada a las grandes causas judiciales, de relevantes implicancias políticas sociales y económicas, se puede señalar que en la tarea de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes han convivido básicamente dos corrientes⁵¹: la *judicial restraint* y el *judicial activism*, sobretudo a partir de la Segunda Guerra Mundial, orientadas a debatir en torno a la tutela de los derechos de las minorías.

La primera corriente, llamada de la limitación o autolimitación judicial, parte de una posición estructural y no interpretativista de la Constitución; esta opción usualmente es asumida por jueces conservadores, que evitan inmiscuirse en casos con alto contenido político; uno de los claros representantes de la misma ha sido el Juez Frankfurter⁵². La segunda corriente, conocida como del activismo judicial, asume una tesis funcional que le permite interpretar dinámicamente la Constitución. Esta corriente es promovida usualmente por jueces liberales que han asumido un rol judicial activo en el proceso político y social del país, mediante la protección y desarrollo de los derechos civiles y políticos, como en la era del Tribunal Warren⁵³.

-
51. David Forte (editor), *The Supreme Court in american politics, judicial activism vs. Judicial restraint*, Arcade Publishing, D.C. Heath and Cia., 1972.
 52. Felix Frankfurter y James Landis, *The business of the Supreme Court. A study of federal judicial system*, New York, MacMillan, 1928, pp. 217 ss. y 255 ss.; Max Lerner, *Nine scorpions in a bottle. Great judges and cases of the supreme court...*, op. cit., pp.161-166; asimismo, Mathew Franck, *Against the imperial judiciary. The Supreme Court vs. The sovereignty of the people*, Kansas, University Press of Kansas, 1996, pp. 29 ss.
 53. Benjamin Cardozo, *The nature of the judicial process*, (1921), New Haven-London, Yale University Press, 1991, pp. 98 ss.; John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, op. cit., pp. 105 ss. y 135 ss.; Arthur Goldberg, *Equal Justice. The Warren era of the Supreme Court*, Illinois, Northwestern University Press, 1971, pp. 33 ss.; Antony Lewis, *The Supreme Court and the idea of progress*, New Haven-London, Yale University Press, 1978, pp. 2-8; asimismo, Philip Kurland, *Politics the constitution and the Warren court*, Chicago and London, The University of Chicago, 1970, pp. 186 ss.

En cualquiera de sus variantes, el modelo incidental del control constitucional de las leyes es monolítico, debido a que las decisiones del Tribunal Supremo resuelven en última instancia los casos y controversias constitucionales de forma definitiva y vinculante, es decir, su jurisprudencia en virtud del *stare decisis* es de cumplimiento obligatorio, para todos los jueces y cortes que deban pronunciarse sobre esa norma en un proceso judicial concreto. Pero, también son sentencias que se retroalimentan con la opinión pública, ya que usualmente han logrado el consenso o legitimidad constitucional en el seno de la sociedad norteamericana⁵⁴.

En ese marco histórico y conceptual, se puede señalar que la justicia constitucional en los Estados Unidos ha logrado encontrar en el *judicial review* un instrumento fundamental, a través del cual se han dado respuestas a los nuevos desafíos de la democracia norteamericana: límites a los poderes privados, además del gubernamental. Logrando así, desde hace décadas, un importante desarrollo de la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, en particular de la libertad de opinión y derecho a la privacidad. Aunque en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo se encuentre a menudo cautivo de la opinión de los medios de comunicación, antes que de la opinión pública.

Este modelo norteamericano de control constitucional de la leyes se ha expandido universalmente, incorporándose, después de la Segunda Guerra Mundial, en la Constitución de Japón de 1947. Se experimentó en Italia entre 1948 y 1956. Tuvo también influencia en la jurisprudencia constitucional de la Ley Fundamental de Bonn en 1948. El *judicial review*, por otro lado, ha tenido eco en las ex-colonias de Inglaterra como Australia, Canadá, India y Pakistán; en los países escandinavos, y en algunos de Latinoamérica, como Argentina, Brasil o México, entre otros⁵⁵ (con resultados en estos últimos países no siempre encomiables). De ahí que esas jurisdicciones y otras observen con atención la realidad de la justicia constitucional concentrada⁵⁶.

2 EXPERIENCIA EUROPEA-CONTINENTAL

La justicia constitucional en los países europeos basados en el *Rechtstaat*, tuvo distinto desarrollo que en el mundo anglosajón. En primer

54. Michael Perry, *The constitution in the courts. Law or politics?*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 15 ss.

55. Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative constitutional law, cases and materials...*, *op. cit.*, pp. 3-23.

56. Donald Kommers, *Judicial politics in West Germany. A study of the Federal Constitutional Court*, London, Sage Publications, 1976, pp. 17 ss., 113 ss. y 255 ss.

lugar, porque la democracia-constitucional europea se forjó en la lucha por la implementación política de los principios liberales contra el *stablishment* monárquico absoluto. De ahí que sea entendible el fortalecimiento del Parlamento como primer poder del Estado frente al Poder Ejecutivo monárquico, quedando de esta manera las leyes inmunes a las decisiones judiciales. Más aún si el positivismo jurídico redujo a los jueces tan sólo a la función de fieles aplicadores de las leyes antes que del derecho, a diferencia de los jueces anglosajones⁵⁷.

Si bien en Inglaterra se presentó la misma necesidad histórica de controlar el poder de la autoridad soberana, en la Europa continental monárquica no existía una tradición judicial independiente, ni vocera del derecho natural que limitase los excesos del poder, como se concretó en los Estados Unidos. Sin embargo, es del caso mencionar que mientras en Estados Unidos la justicia constitucional se originó como un instrumento judicial de protección de la minoría y sus derechos individuales, en Europa fue creada políticamente para afirmar la democracia contra los peligros totalitarios, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, la necesidad de contar con una justicia constitucional encuentra sus propias raíces en la maduración de su proceso constitucional, a partir de la crisis de fundación y transformación del constitucionalismo del Estado liberal burgués europeo⁵⁸. Crisis que se manifiesta en el debate acerca del control y balance de poderes, la existencia de constituciones rígidas con bases descentralizadas, el influjo del *judicial review*, las disfunciones y transformaciones del Parlamento, la crisis del positivismo legalista, el tránsito de la soberanía del Parlamento a la soberanía de la Constitución, y la búsqueda de la protección eficaz de los valores constitucionales⁵⁹.

En efecto, a comienzos del siglo XVIII, en el ambiente de gestación del liberalismo francés, Montesquieu planteó el tema de la división del poder, sobre la base de que la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permitan, pero que cuando se reunían el poder legislativo y el ejecutivo en una misma persona o cuerpo, no había libertad, ni tampoco había libertad cuando el poder de juzgar no estaba separado del poder legislativo y del

57. Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 599-649; asimismo, del mismo autor, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pp. 49-88.

58. Javier Pérez Royo, *Tribunal constitucional y división de poderes...*, op. cit., pp. 34-52.

59. José Luis Cascajo, *La jurisdicción de la libertad*, REP, N° 199, Madrid, 1975, pp. 149 ss.

ejecutivo⁶⁰. Es decir, que la infalibilidad del legislador en tanto representante de la voluntad general⁶¹, dejaba abiertas las puertas a la tiranía de los poderes legislativo y ejecutivo. En la medida que la noción de Constitución como garantía de derechos individuales no se había consagrado aún sino tan sólo el respeto a las etéreas leyes fundamentales –*lex fundamentalis*–.

Sin perjuicio de ello, a mediados del siglo XVIII podría encontrarse un precedente continental europeo de la defensa de la Constitución y el de sus súbditos, en el papel del Príncipe como intérprete y guardián de la norma suprema, como propuso Vattel cuando señaló que

la Constitución y las leyes fundamentales son el plan sobre el cual la nación ha resuelto trabajar para su felicidad: la ejecución queda confiada al Príncipe. Que el debe seguir religiosamente ese plan; que el cuidar las leyes fundamentales como reglas inviolables y sagradas, y que el sabe que desde el momento que el se aparta de ellas, sus órdenes devienen en injustas, y no son más que un abuso criminal del poder que a él se la confiado. El es, en virtud de ese poder el guardián, el defensor de las leyes fundamentales: Obligado a reprimir a cualquiera que osara violarlas, podrá el mismo ponerlas a sus pies?⁶².

Pero, algunas décadas más tarde, durante la Revolución Francesa, se negó el tema del control constitucional de los actos de los poderes públicos revolucionarios, debido a que se enfrentaba a los ataques ideológicos del conservadurismo, asentado en los cuerpos judiciales, contra el recién iniciado constitucionalismo democrático⁶³. Lo que quedó consagrado en las leyes del 16-24 de agosto de 1790, la ley del 3 de setiembre de 1791, la Constitución de 1791 y en la Constitución del Año III es que los tribunales no podían inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes⁶⁴.

60. Montesquieu, *L'Esprit de Loi*, Paris, Libraire de Firmin Didot Frères, 1844, Libro XI, Capítulos III y VI.

61. Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Libro II, Capítulos VI-VII.

62. Emer de Vattel, *Les droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, tomo I, Genève, Slatkine reprints-Henry Dunant Institute, 1983, reproducción de la edición de Londres, 1758, p. 44; asimismo, cfr. Pablo Lucas Verdú, *Estado de derecho y justicia constitucional*, en *REP* (Nueva Epoca), N° 33, Mayo-Junio, Madrid, 1983, p. 33.

63. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises, première série (1787 à 1799)*, tome XVIII, fondé par M. Madival et E. Laurent, continué par l'Institut d'Histoire de la Révolution Française, Université Paris I, Paris, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1985, pp. 104 ss.

64. Pierre Laroque, *Les juges français et de la contrôle de la loi*, en *RDP*, XXXI Année, 1924, Vaduz, Topos Verlag, pp.722-736. Asimismo, Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris,

Sin embargo, Sieyès concebía que los poderes ilimitados eran una monstruosidad en política y, en consecuencia, planteó el 2 del Thermidor del año III el *jurie constitutionnaire*, encargado de cuidar y perfeccionar la Constitución y ejercer eventualmente una suerte de jurisdicción de equidad. Sin embargo este primer esbozo fue rechazado, en base al utópico argumento de que cada órgano del Estado, en el marco de sus competencias, asumiría el respeto a la Constitución, bajo la supervisión evidente de la opinión pública⁶⁵. Sólo se retomará esa vaga noción de control constitucional en la constitución napoleónica del año VIII, en la que se instituye un *Sénat conservateur* para proteger políticamente a la Constitución de las infracciones cometidas en su contra.

El conflicto entre la autoridad y la libertad no quedó resuelto con la Revolución Francesa, sino que apenas se institucionalizó en las monarquías constitucionales, a través de la representación popular. Pero las relaciones entre el gobierno y la oposición parlamentaria, y sobretudo con la oposición social de las clases trabajadoras emergentes, deshizo la conservadora idea del autocontrol de los poderes públicos. De ahí que la temprana división social e ideológica en el seno de la sociedad, pasarían durante el siglo XIX, sin mediación institucional alguna, por pírricas insurrecciones sociales.

Si bien los teóricos del liberalismo eran conscientes que “una asamblea en la cual el poder es ilimitado [...] es más peligrosa que el pueblo”⁶⁶, durante todo el siglo XIX juristas de la talla del propio Constant y Guizot en Francia o Mohl, Bluntschli, Gneist y Laband en Alemania compartieron la idea de que el Congreso era la expresión máxima de poder democrático, asentado en los principios de la separación de poderes, la soberanía de la representación y el principio de legalidad. En tal sentido, el Parlamento era el verdadero garante y protector de la libertad, dado los límites de la justicia, donde ésta podía perderlo todo y la política ganar nada⁶⁷.

Sirey, 1949, pp. 123 ss.; donde plantea que el control judicial del Parlamento, es un control a la voluntad general.

65. François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, pp. 5 ss.

66. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, tome I, Genève-Paris, Slatkine, 1982, réimpression de l'édition de Paris, 1872, p. 188.

67. Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, tomo I, Berlin und Leipzig, Walter der Gruyter & Co., 1929, pp. 154-178, en concreto, p. 178, publicado como *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931, p. 35; también está parcialmente reproducido en Peter Häberle (editor), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 108-131; asimismo, *Der Hüter der Verfassung*, en AÖR, tomo 55, Taunus, Verlag D. Auvermann, 1975, pp. 161-237. De otro lado, revisar Joseph-Barthélemy y Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel (édition de 1933)*, Paris, Collection Classiques, Série politique et constitutionnelle, Economica, 1985, p. 207.

En efecto, los casos de ejercicio arbitrario no sólo del poder legislativo, sino también del ejecutivo, en contra de las libertades civiles y políticas –*Freedom to*– de las clases trabajadoras emergentes, así como el rechazo a sus demandas por derechos económicos y sociales –*Freedom for*–⁶⁸, estaban convalidadas en el ámbito de la potestad política de la ley, sin posibilidad de control judicial⁶⁹. Ello era explicable en la medida que la democracia representativa del siglo XIX aseguraba el consenso democrático sólo entre las mayorías en el poder, debido al sufragio censitario de la democracia liberal. En efecto, el gobierno y la oposición discrepante si bien compartían los mismos supuestos legitimadores del sistema político y social demoliberal, no eran permeables a la cuestión social, sino que el consenso constitucional recién se abriría en virtud del avance de la oposición política extraparlamentaria.

Es así que desde que se plantea abiertamente la cuestión social a fines del siglo XIX, y que las clases emergentes se integran progresivamente al proceso político (a través de la extensión del sufragio a los obreros industriales, agrícolas, a las mujeres hasta llegar al sufragio universal, como también la creación de sus propios partidos y la elección de sus representantes – socialdemócratas, socialistas y comunistas– al parlamento) es que se pone en evidencia la crisis de la legitimidad constitucional del Estado liberal, dando lugar a que se sienten las bases alternativas del Estado social⁷⁰. La consecuencia de esa transformación socio-política, frente a ese abismo entre la realidad jurídica y la realidad política, no será otra que la necesidad ineludible de replantear el mismo pacto político, pero reformulándolo jurídicamente como pacto constitucional, en el constitucionalismo del periodo de la entreguerra⁷¹.

68. Harold Laski, *Introducción a la política*, Buenos Aires, 1981, p. 64.

69. Raymond Carré de Malberg, *Théorie générale de l'État*, tome premier, Paris, Sirey, 1920, pp. 288-300. Asimismo, revisar Ulrich Scheuner, *Die rechtliche der Grundrechte in Der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts*, en Ernst Böckenförde, *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, Verlagsgruppe Athenäum, Hain, Scriptor-Hanstein, 1981, pp. 319-345.

70. Ernst Forsthoff, *Concepto y esencia del Estado social de Derecho*, en *El estado social* (W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doehring, editores), Madrid, CEC, 1986, pp. 71 ss.

71. Pedro de Vega García, *En torno a la legitimidad constitucional*, México, UNAM, 1988, pp. 803-825. Asimismo, revisar, Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, pp. 232 ss. Para conocer la historia del control constitucional de las leyes anterior al siglo XX, revisar a: Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè editore, 1957, p. 266.

Es en este escenario político posterior a la primera postguerra mundial, de una profunda crisis del Estado liberal, cargado de una confrontación ideológica en sede parlamentaria y social, entre los partidos liberales y conservadores en decadencia versus los bolchevismos y fascismos insurgentes (estos últimos con representación mayoritaria), se da inicio en la praxis política a la idea de Hans Kelsen del control judicial de las leyes a través de un Tribunal Constitucional, como la máxima expresión de la racionalización y la defensa del Estado de derecho contra los peligros dictatoriales de las nuevas y transitorias mayorías parlamentarias⁷². Se incorporan así dicha institución fuera del poder judicial, tanto en la Constitución de Austria de 1919⁷³ –perfeccionada en 1929⁷⁴–, como en la Constitución Checa de 1920⁷⁵, y, posteriormente, en la Constitución de la Segunda República española de 1931⁷⁶.

En tal sentido, en la Europa continental de la primera postguerra mundial, se abre un debate jurídico-político de altas dimensiones en los medios académicos y revistas de derecho público. Al respecto, se puede identificar una línea francesa de pensamiento clásico, opuesta a la existencia de un tribunal constitucional como una corte autónoma del poder judicial, como pensaba Esmein desde un positivismo tradicional⁷⁷, lo cual no fue óbice para que desconocieran ciertas ventajas del control incidental de las leyes en sede judicial, sobretudo cuando el Consejo de Estado y la Corte de Casación habían jugado un rol muchas veces próximo a la defensa de las constituciones fran-

-
72. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en RDP, XXXV, Année 1928, Vaduz, Topos Verlag, 1982, pp. 197-257, en concreto pp. 252-253.
73. Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*, Paris, Economica y Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 161 ss.
74. Hans Kelsen, *Die verfassung Oesterreichs*, Tübingen, JÖR, Band 18, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1930, pp. 152-160; del mismo autor revisar informes anteriores sobre la situación constitucional austriaca en JÖR 15, 1927 y JÖR 11, 1922.
75. Z. Peska, *Après dix années. Le développement de la constitution Tchecoslovaque*, en RDP, XXXVII, Année 1930, Vaduz, Topos Verlag, 1982, pp. 234-237.
76. Nicolás Pérez Serrano, *La constitución española (9 de diciembre de 1931): Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, 1932, pp. 324 ss; Adolfo Posada, *Constitution de la République Espagnola*, en RDP, IL, Année 1932, , Vaduz, Topos Verlag, 1982, p. 378, asimismo, en Niceto Alcalá Zamora, *Ensayos de Derecho Procesal*, edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, revisar Cap. XI Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, pp. 503-536.
77. Adhémar Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 1909, pp. 475 y 528-538.

cesas, pero desde una perspectiva jurídica-administrativa, según expresaron Duguit⁷⁸ y Gèze⁷⁹.

Desde una perspectiva jurídica institucionalista, Hauriou planteó que la Constitución existía fundamentalmente para garantizar las libertades individuales, base de la constitución social y, que el control de constitucionalidad de las leyes, vía la excepción de inconstitucionalidad, servía para recordar al Parlamento su dependencia de la sociedad civil⁸⁰. En ese sentido, Giacometti postuló en Suiza el establecimiento de las funciones de la jurisdicción constitucional en el Tribunal Federal suizo, para proteger la Constitución material y formal mediante el amparo constitucional⁸¹.

En la gestación de la justicia constitucional europea, también se encuentra el debate germánico en torno a quién debe ser el guardián de la Constitución y en el que participaron Triepel, Jerusalem, pero lo caracterizaron Carl Schmitt⁸² y Hans Kelsen⁸³. Kelsen acepta como un dato previo e indiscutible la legitimidad del sistema democrático establecido⁸⁴, y no obstante planteó que la legitimidad constitucional viene dada por la incorporación en la ley, no sólo de la voluntad de la mayoría, sino también de la opinión de la minoría parlamentaria, postula un órgano independiente, el Tribunal Constitucional, como la medida técnica más eficiente para garantizar la eficacia de la Constitución, mediante la anulación de las leyes inconstitucionales de las transitorias mayorías parlamentarias⁸⁵. Lo que supone que “si en el primer momen-

78. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome troisième, La Théorie Générale de L'État, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cia, 1930, pp. 709 ss.

79. Gaston Gèze, *Le contrôle juridictionnel des lois*, en RDP, XXXI Année, 1924, Vaduz, Topos Verlag, pp. 401 ss.

80. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, (primeras ediciones 1910, 1923 y 1929), reimpression del CNRS, Paris, 1965, pp. 266 ss. y 611 ss.; en esa perspectiva abierta, revisar a M. Waline, *Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français*, en RDP, XXXV Année, 1928, pp. 441-462.

81. Zaccaria Giacometti, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Berschwerde)*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1933, pp. 10 ss., 46 ss. y 166 ss.

82. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, en AÖR, 55. Band, Verlag D. Auvermann, Taunus, 1975, pp. 162-237.

83. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Vefassung sein?*, en *Die Justiz*, Band VI (1930/31), Dr. Walther Rotschild, Berlin-Grunerwald, 1930/31, pp. 576-628.

84. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Aallen, Scientia Verlag, 1963, pp. 53-58 y 93-104.

85. VVDStRL, Heft 5, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, informe de Heinrich Triepel pp. 2-29 y contestación de Hans Kelsen pp. 30-88. Asimismo, F. Jerusalem, *Sie Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr, 1930.

to del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad constitucional liberal con medios políticos, lo que se va a suscitar ahora es una defensa de los valores políticos, que se admiten como evidentes, por medios y mecanismos jurídicos⁸⁶.

Desde la perspectiva de la teoría clásica de la división de poderes, propia del Estado de Derecho, Carl Schmitt, por el contrario, postula al Jefe del Estado, plebiscitado directamente por el pueblo e independiente de los partidos, como el poder supremo y neutral –del cual hablaba Benjamin Constant⁸⁷– para que pueda hacer de poder judicial de los otros poderes o guardián de la Constitución, figura que Schmitt posteriormente personalizaría en Hitler como protector del derecho –*der Führer schützt das Recht*–, según se pronunció el jurista de Plettenberg en 1934⁸⁸. Asimismo, Schmitt cuestiona que un organismo judicial, como el Tribunal Constitucional, sea competente para dictaminar sobre el contenido material de las leyes, debido a que su sujeción a la ley es una premisa de su independencia frente al poder político, de lo contrario su labor jurisdiccional quedaría estéril frente a la política. Por ello, Schmitt critica que “lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial [...] la consecuencia no sería una judicialización de la política, sino una politización de la Justicia”⁸⁹.

Pero al margen de las lúcidas conceptualizaciones mencionadas, lo cierto es que las transformaciones sociales y políticas de comienzos del siglo XX crearon la necesidad de reformar el Estado Liberal en un Estado de Bienestar. Este nuevo proceso llevó a una mayor racionalización del poder, que se expresó jurídicamente en la Constitución de Weimar de 1919, inaugurando en Europa el constitucionalismo social, que facultó la intervención del Estado en la vida económica-social e incorporó un conjunto de derechos sociales y económicos en la Constitución. Lo que llevaría a replantear el esquema clásico

86. Pedro de Vega, *Prólogo*, al libro de Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 18.

87. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, tomo I, *op. cit.*, pp. 177 ss.

88. Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 199-203.

89. Carl Schmitt, *La defensa de la constitución... op. cit.*, pp. 57; del mismo autor, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung... op. cit.*, pp. 112 ss. Como claro ejemplo de la politización de la justicia durante el régimen nazi y postnazi, se puede ver: Hans Wrobel, *Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945-1949*, Heidelberg, Decker & Müller, 1989.

de la división del poder propio del Estado del siglo XIX, por el control y cooperación entre los poderes, creando así la necesidad del *check and balance*, propio del Estado administrativo⁹⁰.

Dado el rol prominente que ocupó la noción de soberanía parlamentarias en la postrimerías de la Primera Guerra Mundial, en el debate constituyente alemán de Weimar no se llegó a concebir la figura del control constitucional de las leyes por un tribunal constitucional, sino tan sólo se creó en la Constitución de 1919 un Alto Tribunal de Conflictos de tradición prusiana, para resolver las controversias entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos territorios⁹¹. En virtud del cual Hugo Preuss –padre de la Constitución de Weimar– defendía por esa vía el control judicial de la constitucionalidad de las leyes territoriales⁹². Pero, como consecuencia inevitable de este constitucionalismo reformista, se produjo la sobrecarga legislativa del Parlamento y del Ejecutivo, como la labor jurisprudencial de los jueces y tribunales.

Sin embargo, este ideal de bienestar consagrado en las constituciones sociales, contenía un conjunto de derechos imprecisos y vagos, pero que tampoco fueron desarrollados legislativamente, dando así la pauta de la autorrestrictiva interpretación del positivismo judicial para declararlos inaplicables, renunciando así los jueces a asumir un rol tutelar de los derechos fundamentales⁹³. Es del caso señalar que las estructuras básicas del derecho público de la República de Weimar, no estaban preparadas para tan súbito cambio y se mostraron reacias a las propuestas de incorporar tanto las normas de contenido social como las de carácter liberal⁹⁴.

-
90. Klaus Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat*, Hannover, Buchdruckerei und Verlag Niedersachsen, 1980, pp. 23 ss.
 91. Heinrich Triepel, *Streitigkeit zwischen Reich und Ländern, betiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, p.118; asimismo, Wolfgang Flad, *Verfassung Gerichtsbarkeit und Reichexecution, Beiträge zur Lehre zwischen von den Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern und deren Entscheidung*, Heidelberg, Cral Winters Universitätsbuchhandlung, 1929, pp. 18-71.
 92. Helge Wedenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Göttingen, Verlag Schwartz & Co., 1984, pp. 44-58.
 93. Carl Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co, 1926; del mismo autor, *Gesetz und urteil*, München, C.H. Beck'sche Velagsbuchhandlung, 1969, pp. 71-119;.
 94. Ernst Forsthoff, *Zur Problematik der Vefassungsauslegung*, en *Res Publica* Beiträge zum öffentlichen recht (Hrg. E. Forsthoff), Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1961, p. 13.

De otro lado, a fines de los años veinte, en el debate entre Kelsen y Schmitt, se planteó también que el Tribunal Constitucional como legislador negativo podría extenderse en sus atribuciones, desvirtuando así el equilibrio de poderes con el legislativo y el ejecutivo. Pero la realidad histórica, en cambio, mostró que el positivismo judicialista de los tribunales de la República de Weimar no estaban a la altura de convertirse en magistraturas tutelares de las libertades, y menos aún de disputarles a los legisladores la definición del contenido material de los derechos fundamentales. De esta manera, quedaron aclaradas las graves dudas sobre la capacidad de la justicia ordinaria para asumir la responsabilidad del control de la constitucionalidad de las leyes, lo cual haría más imperiosa la necesidad de contar con un organismo independiente del Poder Judicial, capaz de controlar la legislación de los poderes políticos⁹⁵.

Sin embargo, durante las décadas de los veinte y treinta, a la sazón de la conciencia de la crisis en Europa⁹⁶, mientras este debate sobre la justicia constitucional se desarrolla en Italia con Mussolini y en Alemania con Hitler, se establecían gobiernos totalitarios, utilizando las propias reglas positivas del derecho burgués. Estos caudillos asumen el poder ante la crisis del Estado liberal en decadencia y gobiernan a través del terror del Estado, eliminando a la oposición política, lo que les permite implantar estados de emergencia y finalmente asumir facultades extraordinarias, y hacerse de todo el poder; subordinando la Constitución a la voluntad del caudillo y eliminando los valores básicos del Estado de Derecho, como la libertad e igualdad de las personas y la división y el control entre los poderes, llegando al holocausto, como fue revelado posteriormente⁹⁷.

Proceso similar ocurrió con el establecimiento del fascismo en España con Franco, quien derrotó militarmente a la Segunda República española con la ayuda del nazismo alemán, así como la implantación de gobiernos autoritarios en diferentes formas en los países de Europa central, promovidos por el nazifascismo. En ese sentido, los gobiernos fascistas de Austria y España anularon a los tribunales constitucionales como organismos de control al poder, porque no cabía control al poder total.

95. Robert Kuhn, *Die Vertrauenskrise der Justiz 1926-1928, der Kampf um die Republikanisierung den Rechtsplege in der Weimarer Republik*, Köln, Bundesanzeiger, 1983, pp. 207-249.

96. Karl Mannheim, *Man and Society. In age of reconstruction*, (1935), London, Routledge & Paul, 1980, pp. 79 ss. y 117 ss.; asimismo, Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism & the changing world*, *op. cit.*, pp. 200.

97. Joe Heydecker y Johannes Leeb, *El proceso de Nuremberg*, Barcelona, Bruguera, 1967, pp. 119 ss.

Por ello, con la victoria de los gobiernos demócratas aliados sobre el nazi-fascismo en la Segunda Guerra Mundial, aparece luego como inevitable que el control de la constitucionalidad de las leyes quede en manos de un Tribunal Constitucional, como planteó Kelsen y no en el poder del Jefe del Estado, como planteó Schmitt. Así, al término de la Segunda Guerra Mundial⁹⁸, casi todas los países que salían de una etapa de dictadura y totalitarismo se dieron constituciones que incorporaron tribunales constitucionales: Austria en 1945, Japón en 1947, Italia en 1948 y Alemania en 1949. En Francia se creó en 1946 un tímido Comité Constitucional y en la Constitución de 1958 el Consejo Constitucional⁹⁹.

Posteriormente en la década del sesenta, un segundo grupo de países adoptan la institución del tribunal constitucional¹⁰⁰, la misma que fue incorporada en las constituciones o reformas constitucionales de la República de Chipre en 1960, Turquía en 1960, Yugoslavia en 1963. Más adelante se crearon los tribunales constitucionales en Portugal, en la Constitución de 1977, y en España, en la Constitución de 1978, mientras que en la Constitución de Grecia de 1975 se creó un tribunal superior especial, con ciertas atribuciones en materia de justicia constitucional¹⁰¹. A ello habría que añadir los intentos de establecer tribunales constitucionales en Checoslovaquia en 1968 y en Polonia en 1982, luego de la Primavera de Praga y de las luchas del Movimiento Solidaridad, respectivamente, bajo regímenes socialistas cerrados al control del poder.

El éxito del constitucionalismo europeo de la postguerra ha dado lugar a la expansión de los tribunales constitucionales en diversas latitudes, así en un primer momento, efímeramente, en Cuba, en 1946, Guatemala en 1965 y Chile en 1971 se crearon tribunales constitucionales; pero, posteriormente, con los procesos democráticos se reinstalan en América Latina: Ecuador en 1978, Perú en 1979 y 1993, Chile en 1980, Guatemala en 1985, Colombia en 1992 y

98. Helmut Fangmann, *Justiz gegen Demokratie. Entstehungs- und Funktionsbedingungen der Verfassungsjustiz in Deutschland*, Frankfurt/ New York, Campus Verlag, 1979, pp. 216 ss.

99. François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, pp. 19 ss.; asimismo, Pierre Avril y Jean Giequel, *Le conseil constitutionnel*, Paris, Montchretien, 1995, pp. 13 ss.

100. Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Herausgeben von Hermann Mosler, Köln-Berlin, Carl Hetmans Verlag KG, 1962, pp. 1047.

101. Louis Favoreu, *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, en RDP, Paris, N° 5, 1984, pp. 40.

Bolivia en 1994¹⁰²; así como en las nuevas constituciones que vienen acompañando a los procesos de democratización de Europa Oriental, durante la década de los ochenta y noventa como en Polonia, Federación Rusa, Bulgaria, Hungría, República Checa, Eslovaquia y en particular en los nuevos países bálticos, y en los que se desintegró la ex-Yugoslavia –Eslovenia, Croacia, Macedonia y Serbia–¹⁰³. Al respecto, el principio democrático junto al de la economía de mercado, son los conceptos claves con que operan los tribunales constitucionales en la transición de regímenes cerrados a abiertos, proceso en el que el tribunal constitucional húngaro es el más activo, y el que desde su instalación en 1990 viene asentando su poder constitucional¹⁰⁴.

Este proceso de reproducción de los tribunales constitucionales ha planeado, no obstante el problema original de la justicia constitucional concentrada, el relativo a las relaciones de los tribunales constitucionales con los poderes del Estado, en particular el Parlamento; debido a que el activo desarrollo de la justicia constitucional ha desafiado al clásico principio de la división de poderes, sin haberse llegado a establecer uniformemente los alcances y límites de los tribunales constitucionales en el esquema constitucional clásico.

En este sentido, se puede señalar que la justicia constitucional en su versión europea-continental, concentrada en una Corte o Tribunal, con una activa y creadora labor judicial, en base a textos constitucionales cada vez más principistas, hacen que el *Rechtsstaat* progresivamente adopte instituciones del *Justizstaat*, convirtiendo a los jueces y tribunales en re-creadores del derecho¹⁰⁵, lo que se acerca a la tradición anglosajona del *judicial review*.

-
102. Allan Brewer Carías, *Judicial review in comparative law*, Great Britain, Cambridge University Press, 1989, pp. 156 ss., 243 ss. y 321 ss.; asimismo, AA. VV., *Una mirada a los tribunales constitucionales, las experiencias recientes*, Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1995, pp. 284.
103. Peter Häberle, *Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd-)Osteuropa und Asien (Vierte und Fünfte Folge)*, en *JÖR* 45, 1997, pp. 177 ss. y las dos primeras partes de esta recopilación de nuevas constituciones, en *JÖR* 43, 1995 y *JÖR* 44, 1996. Asimismo, Istvan Pogany, *History, human rights and constitutional convergence in Eastern Europe*, en *Contemporary Constitutional Challenges* (Landa and Faúndez editors), *op. cit.*, pp. 207-235.
104. Rainer Grote, *Das Rechtsstaatsprinzip in der mittel- und osteuropäischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en J. Frowein y T. Marauhn (editores), *Beiträge zum ausländischen öffentlichen und Völkerrecht*, tomo 130, *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Berlin-Heidelberg, MPI, Springer Verlag, 1998, pp. 15 ss.; asimismo, Georg Brunner, *Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa*, en *ZaöRV*, 53/54, Verlag W. Kohlhammer, 1993, pp. 819-839.
105. René Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, Springer Verlag, 1957, pp. 241 ss.

Pero este proceso de convergencia también es perceptible en el sistema anglosajón, donde en Inglaterra se discute la necesidad de contar con una constitución escrita¹⁰⁶ y la facultad de los jueces para hacer control difuso de las leyes por contradecir el Derecho comunitario¹⁰⁷. Así como también en los Estados Unidos el Tribunal Supremo hace tiempo que ha concentrado para sí la potestad de declarar, en última instancia, sobre la inaplicación de una ley por inconstitucional¹⁰⁸.

En efecto, la convergencia de estos sistemas se basa en la dinámica homogeneización de los sistemas constitucionales, que expresen las necesidades del moderno Estado democrático de controlar los excesos de los viejos poderes públicos y los nuevos poderes privados, mediante el examen constitucional de las normas legales y actos gubernamentales e incluso de los particulares, en aras de proteger los derechos de la oposición y de las minorías¹⁰⁹.

Este breve marco histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional, revela que el establecimiento de regímenes democráticos conlleva a la judicialización de la política. Es decir, al control de los excesos del poder democrático. En este sentido, se examina a continuación el origen y evolución de la justicia constitucional en el Perú.

106. Institut for Public Policy Research, *A written constitution for the United Kingdom*, Great Britain, Mansell, 1993.

107. Eduardo García de Enterría, *Un paso capital en el Derecho constitucional británico: El poder de los jueces de enjuiciar en abstracto y con alcance general las leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho Comunitario (Sentencia Equal Opportunities Commission de la Cámara de los Lores de marzo de 1994)*, en *RIE*, Vol. 21, 1994, N° 3, Madrid, CEC, 1994, pp. 721-743.

108. Lawrence Tribe, *Constitutional choices*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 51.

109. John Merryman, *Convergence of civil law and common law*, en *New perspectives for a common law of Europe* (M. Cappelletti editor), Italy, European University Institut, 1978, pp. 210-213; asimismo, Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 169-180.