

Primera Parte: *Evaluación de la jurisdicción constitucional*

II.	Contexto y evolución de la justicia constitucional peruana	59
1.	Constitucionalismo democrático y constitucionalismo autoritario	61
2.	Incorporación e implementación de la jurisdicción constitucional	70

CONTEXTO Y EVOLUCION DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PERUANA

La historia constitucional peruana ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el pleno ejercicio del poder con lealtad constitucional de sus gobernantes. Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social, se debe a que la expedición de las cartas políticas se fueron dando al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época: unos más estructurales, como la independencia de España y el establecimiento de la República, y otros más coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares¹¹⁰.

Este curso histórico muestra que las constituciones y la vida constitucional han dependido directamente de los acontecimientos políticos y militares de cada época y que los operadores constitucionales no han sido capaces de procesar dichos fenómenos en el marco de la Constitución. Esto se ha debido a la falta de estabilidad política, que es expresión de la carencia de un consenso mínimo o pacto social siquiera entre las elites dirigentes para asegurar un Estado de Derecho duradero. Falta de acuerdo nacional que ha creado una cultura cívica de incredulidad en la sociedad respecto del Estado y de la Constitución, debido a que las necesidades e ilusiones de la población no se han visto satisfechas por las grandes corrientes ideológicas, en cualquiera de sus constituciones: liberales -1823, 1828, 1834, 1856 y 1867-; conservadoras -1826, 1836, 1839 y 1860-; sociales -1920, 1933 y 1979¹¹¹ y esto no ha cambiado con la actual constitución "neoliberal" de 1993.

110. Lizardo Alzamora Silva, *La evolución política y constitucional del Perú independiente*, Lima, 1942; José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano y la constitución de 1979*, Lima, 1980; Domingo García Belaunde, *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, en *Derecho* N° 43-44, Lima, 1990; AA.VV., *La constitución diez años después*, ICS, Lima, 1989.

111. Toribio Rodríguez, Francisco Javier Mariátegui, José Faustino Sánchez, y otros, *Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el Proyecto de ella al Congreso Constituyente*, Lima, 1823; Toribio Pacheco, *Cuestiones constitucionales*, Lima, 1854; Benito Laso, José Gálvez, Francisco de Paula González Vigil y otros (redactores) *El Constitucio-*

Dichas constituciones, además, siempre han buscado cerrar una etapa política e inaugurar una nueva, usualmente autodenominada de revolucionaria. Por eso, con acierto De Vega ha dicho que “hasta cierto punto se podría sostener que la historia de la temática constitucional, y de los enfoques diversos en su tratamiento, no es más que el correlato y la consecuencia lógica del proceso de transformaciones en el ámbito de la ideología y de la legitimidad constitucional que le sirve de fundamento”¹¹². Sin embargo, en el Perú las quiméricas ideologías políticas liberal, conservadora y social han tenido un asidero apenas virtual en la vida social y en el quehacer jurídico, produciendo constituciones nominales que no concuerdan con los presupuestos sociales y económicos y/o constituciones semánticas en beneficio de los detentadores fácticos del poder¹¹³. Profundizando así, más la disonancia entre la norma constitucional y la normalidad constitucional¹¹⁴, así como también limitando gravemente la realización de la Constitución¹¹⁵.

En tal sentido, la carta política de 1979 cerró el periodo del régimen militar populista iniciado por el general Velasco Alvarado e inauguró en la década de los ochenta un amplio escenario democrático *ad hoc* para la reflexión jurídica y política, antes que su verificación en la realidad. Sobre todo por el establecimiento de un moderno diseño constitucional democrático y social, donde destacó la creación de la jurisdicción constitucional, la incorporación de los derechos humanos y la jurisdicción supranacional, las garantías constitucionales y el Tribunal de Garantías Constitucionales¹¹⁶. Pero, paradójicamente, en el marco de la democracia constitucional, también se dio inicio a la etapa de violencia política y crisis económica, que marcó el desarrollo de la Constitución en la década de los ochenta y el funcionamiento de la justicia constitucional.

nal, diario político y literario, Lima, 1858; Manuel Atanasio Fuentes, *Derecho constitucional filosófico*, Lima, 1873; Luis Felipe Villarán, *La Constitución peruana*, Lima, 1899; Manuel Vicente Villarán, *Exposición de motivos del anteproyecto de Constitución de 1931*, Lima, 1962.

112. Pedro de Vega García, *En torno a la legitimidad constitucional...*, *op. cit.*, pp. 803-825.
113. Karl Lowenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 152-157; hay versión castellana, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, pp. 218-222.
114. Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, 1934, pp. pp. 184-198; hay versión castellana, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 199-216.
115. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1983, pp. 26-31.
116. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, UNSA, 1996, pp. 26 ss.

1. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO

La amplia oferta constitucional de la Constitución de 1979 se vio compulsada: por una parte, a nivel interno, por fuerzas centrífugas, como el peligroso y luego pavoroso accionar terrorista de Sendero Luminoso y el correspondiente reforzamiento del poder fáctico de las Fuerzas Armadas, y la incubación gubernamental de la hiperinflación que paradójicamente fortaleció a los grupos de poder económico. Por otro lado, a nivel externo, el Perú se caracterizó por las hipotecas políticas y económicas, fundamentalmente con Estados Unidos en materia de lucha contra el narcotráfico, el manejo de la deuda externa y el respeto de los derechos humanos.

Estos factores, aunque sobre todo los internos, dieron lugar a la progresiva institucionalización de las corrosivas prácticas gubernamentales, puestas de manifiesto en el abuso de las emergencias constitucionales —económicas y político-militares—, tomando como justificación para cualquier exceso la crisis del sistema político y económico clásicos; abriéndose, así, una vez más, la brecha entre el texto constitucional y la realidad, y poniendo en evidencia la débil vida constitucional y la precaria convicción democrática de los gobernantes del país.

Muestra de ello fue que durante la década de los ochenta, la democracia, basada en los partidos políticos y en el mandato representativo del pueblo, no fue capaz de resolver o reorientar dichas acciones desestabilizadora del sistema político y económico, a través de las instituciones constitucionales; como, también, que las elites políticas demostraron una falta de ética responsable con la ciudadanía, en tanto que las expectativas del pueblo sobre la democracia no se agotaban en que fuese legítima por su origen electoral, sino además eficiente en el cumplimiento de sus promesas.

Pero es del caso precisar que los causantes del resquebrajamiento del orden jurídico-democrático no fueron los partidos políticos, ni el deficiente sistema judicial, al contrario, ellos fueron la expresión visible de la crisis de las instituciones clásicas, basadas en un sistema jurídico positivista, que falseó los valores democráticos de libertad e igualdad, y se inoculó en el orden social establecido, reduciendo la conciencia cívica ciudadana al ejercicio del sufragio¹¹⁷.

117. Pedro de Vega, *Democracia, representación y partidos políticos*, pp.11-27 y Domingo García Belaunde, *Representación, partidos políticos: el caso del Perú*, pp. 59-71, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1995.

Desde mediados de la década de los ochenta, frente al escenario de crisis económica, aparecieron críticos severos, que postulando la vuelta al liberalismo económico, plantearon refundar la legitimidad social ya no en el Estado benefactor, sino en el seno de la sociedad y del mercado¹¹⁸; en virtud de lo cual el gobierno recién electo de Fujimori en 1990, promovió la incorporación del liberalismo económico, infringiendo radicalmente sus promesas electorales y vaciando de contenido, en la mayoría de los supuestos, el claro *indirizzo social* de la Constitución de 1979.

Desde la perspectiva política, de grave conflicto interno creado por el accionar de los movimientos terroristas, las Fuerzas Armadas con el apoyo del nuevo gobierno y los grupos económicos, sostuvieron la necesidad de restaurar el orden civil y la seguridad ciudadana, en base a las concepciones y estrategias militaristas de la seguridad nacional¹¹⁹. De acuerdo con esta exclusiva voluntad, el Estado debía imponer con fuerza y eficacia su derecho frente al caos y a la fragmentación social creada por Sendero Luminoso, y en menor medida por el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Para lo cual se aseguró, mediante legislación delegada del Congreso al Poder Ejecutivo, el refuerzo del poder militar en la lucha contra el terrorismo, de lo cual se sirvió la Fuerza Armada para extender sus prebendas estamentales a su cúpula militar y al dominio militar en ámbitos propios de la sociedad civil, bajo la dirección del servicio de inteligencia nacional y su mentor¹²⁰.

Con ambos supuesto, uno de liberalización económica y otro de seguridad nacional, el Presidente se atribuyó, la titularidad originaria de proteger los intereses del Estado, con el tácito apoyo de los poderes de facto y privados, haciendo, entonces, uso y abuso de las facultades presidenciales extraordinarias para expedir decretos legislativos y emitir decretos de urgencia en casos de interés nacional, tanto en materia económica y financiera¹²¹ como

118. Hernando de Soto, *El otro sendero*, Lima, ILD, 1986.

119. Vladimiro Montesinos, *Der staatliche Nachrichtendienst und die Subversion*, en *Lateinamerika, Analysen Daten Dokumentation*, N° 29, Hamburg, Institut für Iberoamerika-Kunde, 1995, pp. 93-100.

120. Gustavo Gorriti, *Fujimori's Svengali*, Vladimiro Montesinos: *the betrayal of peruvian democracy*, *Lateinamerika, Analysen Daten Dokumentation*, N° 29..., *op. cit.*, pp 101-115; asimismo, ver Vladimiro Montesinos, en *Without Impunity*, July 1998, VII, N° 2, en <http://www.derechos.org/wi/2/america.html>.

121. Juan Carlos Ruiz, *Control Parlamentario de los decretos de urgencia en el Perú*, tesis (Lic.), Lima, PUCP, 1998; César Castillo, *Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993*, tesis (Lic.), Lima, PUCP, 1996; asimismo, Ana Velazco, *La Constitución Peruana de 1979 atribuciones legiferantes de los órganos ejecutivo y legislativo*, tesis (Br.), Lima, PUCP, 1988.

en declaración de los estados de emergencia en la mayor parte del territorio del país¹²².

El Congreso de entonces, compuesto por partidos políticos plurales ideológicamente y dos de ellos con experiencia de gobierno –Acción Popular y el Apra–, en legítima defensa de su fuero legislativo, aprobó en febrero de 1992 la Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República¹²³, que regulaba la expedición de los decretos de urgencia, decretos legislativos, decretos que establecían los estados de emergencia y los decretos de aprobación de los tratados simplificados. Por su parte, el Tribunal de Garantías Constitucionales en ese mes emitió tres resoluciones declarando inconstitucionales algunos decretos legislativos del gobierno de Fujimori, quien, entonces, se enfrentó al Congreso y al Tribunal que ejercían sus funciones de control político y jurisdiccional, tildándolos de entidades que eran un obstáculo para la modernización y el progreso del país¹²⁴.

Este embate del liberalismo económico gobernante contra el constitucionalismo social de la Carta de 1979, pronto necesitaría un ariete político, debido a que no contaba necesariamente con el respaldo de las instituciones representativas –partidos, parlamento, tribunal constitucional–. En tal sentido, el gobierno se asentó directamente en la opinión pública, a través de los medios de comunicación social, propulsores del modelo económico liberal y de una solución militar total al terrorismo, para lo cual apeló a la necesidad y urgencia, frente a la crisis del Estado de Derecho y de la democracia de los partidos tradicionales –Acción Popular y el Partido Aprista– e hizo de las normas legales un mero instrumento de la voluntad gubernamental, que la elevó al rango de derecho, en base a un positivismo decisionista, sin mayor ética jurídica¹²⁵.

Por ello, se puede señalar que a partir de la década de los noventa, la Constitución de 1979 terminó siendo válida en función de la ley, más concretamente de los decretos de urgencia y decretos legislativos, o sea a los actos de voluntad del poseedor del poder: el Presidente Fujimori. Desde entonces, al igual que en otras degradadas experiencias, “la libertad económica,

122. César Landa, Daniel Soria y Joseph Campos, *Legislación y estados de emergencia en el Perú*, Lima, PUCP-MDC, documento, 1995, p. 70.

123. César Delgado Guembes, *El debate parlamentario de la Ley N° 25397*, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1995, pp. 263-297.

124. César Landa, *Constitutional Justice in Peru*, en *JÖR*, Neue Folge/Band 44 (Herausgeben von Peter Häberle), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996, pp. 583-595.

125. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimer, la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 247 ss.

desregulada y salvaje, se ha convertido de este modo en el valor básico de la cultura del Gobierno, que hoy forma un todo con la cultura empresarial, en perfecta sintonía con la confusión de intereses públicos y privados personificada por el presidente del Gobierno¹²⁶.

En efecto, en un país como el Perú donde no existe tradición de estabilidad del Estado de Derecho, ni de instituciones democráticas sólidas, el Presidente Fujimori terminó en una relación de interdependencia con los poderes fácticos –Fuerzas Armadas y servicios de seguridad interior– y los poderes privados –gremios empresariales y medios de comunicación– en la elaboración de la agenda y el quehacer de los asuntos públicos: para contener al terrorismo y a la hiperinflación, a través de métodos jurídico-positivistas de carácter voluntarista expresados en normas legales y acciones políticas de los propios sostenedores del gobierno que trascendían el orden constitucional, pero sin legitimación popular. El Estado de Derecho, pues, se encontraba cada vez más vacío de contenido y sin la decisión gubernamental de fortalecerlo. Más aún, para el Presidente, la Constitución de 1979 era un obstáculo que impedía la realización de su programa de gobierno.

En esa situación contradictoria, desde el cuartel general del ejército, Fujimori apela a la razón de Estado para dar el autogolpe del 5 de abril de 1992. Las Fuerzas Armadas ofrecen su público apoyo, además de contar con el aval de los medios de comunicación, los gremios empresariales y la tácita anuencia de la opinión pública. En tal entendido, se clausuró el Congreso, se destituyó a los vocales de la Corte Suprema, lo que suponía que se concentraba en Fujimori y su Consejo de Ministros, la facultad legislativa y la designación de los nuevos magistrados de facto de la Corte Suprema. El Tribunal de Garantías también fue clausurado, eliminándose el control constitucional de las normas legales, dado que el inaugurado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional sometía la supremacía jurídica de la Constitución de 1979 a la de su Estatuto de Gobierno y a los decretos leyes y medidas que aprobaba el Poder Ejecutivo¹²⁷.

Establecido el régimen de facto, se instala la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal, afectando además la competencia de los poderes públicos, representantes y autoridades electas, como también los derechos y

126. Luigi Ferrajoli, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad, en Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, (Perfecto Ibañez, editor), Madrid, Editorial Trotta, 1996, p. 20.

127. Fernando Rospigliosi, *Las fuerzas armadas y el 5 de abril. La percepción de la amenaza subversiva como una motivación golpista*, Lima, IEP, Documento de Trabajo N° 73, 1996, p. 82.

libertades de los ciudadanos, en particular los de la oposición. Se invierte, pues, la relación entre el derecho y el poder, estableciéndose un Estado de la fuerza *Machtstaat*, caracterizado por que la autoridad somete a la ley –*auctoritas facit legem*– y no la ley a la autoridad –*lex facit regem*–, este último principio válido en todo Estado de Derecho¹²⁸.

El régimen de facto sintió de inmediato la presión política internacional que suspendió y cortó la ayuda económica y financiera necesaria para la implementación de su programa económico, motivo por el cual tuvo que someter a la voluntad popular un proyecto de retorno a la democracia, mediante la convocatoria a elecciones generales para un Congreso Constituyente, y elecciones para renovar a los gobiernos locales, mas no para nuevas elecciones presidenciales sino hasta 1995¹²⁹.

En este accidentado proceso de retorno a la democracia, el gobierno de facto no se replanteó reconstruir el consenso quebrado con la medida inconstitucional, sino insistir en el proyecto político y económico, con la autosuficiencia del apoyo de los poderes fácticos y privados, en particular de las Fuerzas Armadas, los medios de comunicación, los grupos empresariales y el apoyo popular obtenido en elecciones para el CCD, no siempre de transparentes resultados, quienes anteponiendo sus intereses a los de la Constitución, configuraron un retorno constitucional mediocre¹³⁰.

En esta etapa se puso en evidencia el desinterés del poder a la vida constitucional y su débil convicción en la supremacía de su propio Estatuto de Gobierno, que fue reiteradamente “violado”, convirtiendo al derecho en un instrumento sometido a la voluntad del poder. Pero, por otro lado, el gobierno obtuvo notoria legitimidad social, debido a la captura del líder máximo de Sendero Luminoso, entre otros, y al control de la hiperinflación. En base a estos logros en lo político y económico, la sociedad obtuvo una expectativa de paz civil, en virtud de la cual el gobierno hizo escarnio tanto de las instituciones democrático-representativas, en particular de los partidos políticos y del Poder Judicial, y, utilizó a este último como un instrumento de control y desviación de las demandas ciudadanas en defensa de sus derechos fundamentales y del Estado de Derecho. En tal sentido, García Belaúnde señalaría

128. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 21 ss.

129. CAJ, *Del golpe de Estado a la nueva Constitución*, en LTC N° 9, Lima, 1993, pp. 173 ss.; Eduardo Ferrero (editor), *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú*, Lima, CEPEI, 1992.

130. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, *La Constitución traicionada*, Lima, Seglusa editores, 1993, pp. 83-89.

en relación al gobierno que. “lo que diga la Constitución será válido en el momento que lo necesiten; no antes”¹³¹.

Siguiendo las huellas del inestable derrotero constitucional peruano, el Congreso Constituyente Democrático aprobó un nuevo texto constitucional que entró en vigencia el 30 de diciembre de 1993, el mismo que significó, por un lado, una respuesta política al Estado social de la Constitución de 1979, al cual el gobierno atribuyó un rol obstruccionista a las medidas de modernización en función de la economía libre de mercado, otorgando asidero a un pretendido pensamiento neoliberal, que cerró con la etapa del constitucionalismo social más nominal que real, y; por otro constituyó una salida política frente a la presión política interna y sobre todo económica internacional, producida a raíz del autogolpe de Estado de Fujimori de 1992.

En tal sentido, el esquema constitucional de 1993 expresa jurídicamente el programa político y con más relieve, el programa económico del gobierno¹³². Y sirve de carta de garantía para los inversionistas, a través de la consagración de una Constitución económica de mercado y de la eliminación de la planificación democrática o concertada, libre de los atavismos empresariales estatales y del control de precios; defensora libérrima de la propiedad privada, sin posibilidad de la expropiación por interés social; y, la exclusión del tratamiento preferencial de ciertos sectores sociales y económicos marginados. En ese sentido, uno de los mentores ha soslayado el verdadero carácter de este modelo constitucional, al decir que la “Constitución puede ser calificada como de un liberalismo social, moderno, que intenta insertarse en una economía internacional de mercado...”¹³³.

Con transparencia, se puede afirmar que la Constitución refuerza el régimen presidencialista, a través de la figura de la reelección presidencial inmediata y el debilitamiento del Congreso, convertido en unicameral y con algunas competencias reducidas¹³⁴. También extiende el poder militar para juzgar los delitos de terrorismo y condenarlos a la pena de muerte¹³⁵, y reduce los ingresos y las competencias de los gobiernos descentralizados¹³⁶.

131. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado en el Perú*, en *LTC* N° 12, Lima, 1996, p. 31.

132. Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo 1, Madrid, CEC, 1984, p. 11.

133. Carlos Torres y Torres Lara, *Alcances de la nueva Constitución del Perú*, en *Ius et Praxis* N° 25, Universidad de Lima, Lima, 1995, p. 48.

134. Raúl Ferrero Costa, *Equilibrio de poderes*, en *Ius et Praxis* N° 25, art. cit., pp. 86 ss.

135. César Azabache, *Sobre la pena de muerte*, en *LTC* N° 10, pp. 67-82.

136. César Landa, *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993*, en *LTC* N° 10, pp. 237-251.

Asimismo, el texto constitucional redimensiona nominalmente el sistema judicial existente, ampliando las competencias del Tribunal Constitucional, creando la Defensoría del Pueblo, otorgándole al Jurado Nacional de Elecciones carácter de máximo organismo en materia jurisdiccional electoral, despolitizando la elección de los vocales de la Corte Suprema de Justicia, mediante su nombramiento por un organismos técnico como el Consejo Nacional de la Magistratura¹³⁷.

Al convertirse la Constitución en un simple instrumento para la consagración de los cambiantes objetivos político y económico de los poderes fácticos y privados, su *auctoritas* ha sido devaluada. Al punto que se puede hablar de una crisis no sólo jurídica de la Constitución, porque se reduce notablemente la aspiración de generalidad y permanencia de la Constitución al puro juego de las relaciones de fuerza, sino también de una crisis política de la Constitución, porque ve afectada su aspiración de establecer un orden unitario y estable, ya que regula ideológicamente dicho orden falseando en la norma, lo que en realidad es un desorden político y social. Por ello, como señala con toda lucidez Pedro de Vega: “ni todo el derecho procede ya de la Constitución, ni, lo que es más grave todavía, el derecho emanado en consonancia con la normativa constitucional, es el considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la vida cotidiana”¹³⁸.

Por lo tanto, otro será otro el escenario gubernamental privilegiado: el de la comunicación pública del Presidente Fujimori y el pueblo, en virtud de lo cual el poder de los medios de comunicación privados adquiere un valor político concreto para el régimen, hasta el punto de llegar a una dependencia absoluta de ellos¹³⁹. En consecuencia, el gobierno reduce la importancia de los problemas de la constitucionalidad y el Derecho en el debate político—gracias a su mayoría parlamentaria e informativa en los medios de prensa—y plantea un discurso de medidas de gobierno concretas para los problemas económicos y de seguridad interior del país, convirtiendo los asuntos del Estado de Derecho en problemas de técnicos, burócratas, jueces y en todo caso de políticos obsecuentes, más no del debate, interés y opinión de la ciudadanía interesada. Por ello, puede decirse, la Constitución de Fujimori necesita de una ciudadanía apolítica, en la que incluso pudiendo participar

137. Domingo García Belaunde, *La judicatura en el proyecto constitucional*, en *Ius et Praxis*, N° 25, *op. cit.*, Lima, 1995, pp. 54 ss.; asimismo, Enrique Bernal con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: análisis comparado*, Lima, ICS editores, 1996, pp. 537-592.

138. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, *op. cit.*, p. 104.

139. Carlos Reyna y Eduardo Toche, *La ilusión del poder, la escena política de 1997*, Lima, Descó, 1997, pp.44-49.

más en la vida pública a través de elecciones, decida menos en los asuntos de Estado¹⁴⁰.

En ese sentido, se puede entender que el modelo constitucional consagrado en la Constitución de 1993, y en particular el relativo a la justicia constitucional amplíe la participación ciudadana y de las instituciones sociales en los procesos judiciales ante el Tribunal Constitucional, acercándose a ser un tribunal para los ciudadanos¹⁴¹. Sin embargo, las pretendidas aspiraciones participacionistas y de modernización de la nueva Constitución, en definitiva, sirven para que primen las decisiones fácticas del gobierno sobre el derecho, en base a apelar al estado de necesidad y urgencia de las reformas económicas y al liderazgo presidencial, abriendo así más la brecha entre la norma y la realidad, esto es, entre la legalidad y la legitimidad constitucional.

Por ello, es precisamente a partir de la praxis de la jurisdicción constitucional, no obstante la crisis que la dificulta, que se pueden vislumbrar no sólo los límites, sino también la viabilidad de los aportes al errático proceso constitucional peruano. Habida cuenta que a la jurisdicción constitucional le corresponde juridificar cada vez más los conflictos sociales y políticos en base a la Constitución, no lo podrá llevar a cabo sino cuenta para ello con una base dogmática que le permita encontrar soluciones sustentables, dada la crisis de maduración del Estado constitucional. Pero, si en ese derrotero la justicia constitucional, difusa y concentrada, no es la solución a los problemas de la democracia peruana, sí constituye un importante centro de impulsión del proceso de maduración del Estado constitucional. De allí, la responsabilidad de los magistrados constitucionales de sustentar un activismo judicial moderado, en base a las viejas y nuevas técnicas de la interpretación constitucional¹⁴²; un control del equilibrio de poderes y la defensa de los derechos fundamentales, como límites al poder. Ya que todo esto constituye la base material que contribuirá a la integración democrática del Estado constitucional peruano¹⁴³.

140. Francisco Miró Quesada Rada, *Democracia directa: un análisis comparado*, en *Ius et Praxis* N°25..., *op. cit.*, pp. 64 ss.; asimismo, Luis Huerta, *El derecho fundamental a la participación*, en *LTC* 12, Lima, 1996, pp. 59-89.

141. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1977, pp. 359-360.

142. Enrique Alonso García, *La interpretación de la constitución*, Madrid, CEC, 1984; Héctor Fix-Zamudio, *Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional*, en la Jurisdicción Constitucional, Seminario sobre Justicia Constitucional, III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional, San José, Costa Rica; asimismo, Domingo García Belaunde, *La interpretación constitucional como problema*, en *Pensamiento Constitucional*, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1994.

143. Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985, pp. 225-235.

De lo contrario, seguir concibiendo y aplicando el Derecho Constitucional a partir de un positivismo jurídico voluntarista (Jellinek), formalista (Kelsen) o sociológico (Duguit)¹⁴⁴, podría significar estar encubriendo ingenuamente, bajo el manto de la Constitución, a las antiguas y nuevas apuestas autoritarias de los poderes públicos y privados, que siempre aparecen como abanderadas de las medidas extraordinarias de la modernización constitucional. Lo que no es óbice para entender a la Constitución como la manifestación más alta del derecho positivo, y de los valores irreductibles de libertad e igualdad¹⁴⁵.

En consecuencia se puede señalar, de manera general, que en la historia constitucional del Perú se han dado procesos espasmódicos de modernización utilizando las instituciones democráticas propias del constitucionalismo clásico. A partir de la década de los noventa, el gobierno de Fujimori muestra una práctica jurídica de rasgos autocráticos, devaluando así su propia Constitución, en la que expresa su orientación neoliberal en lo económico y neoconservadora en lo político. Debido a que el Presidente no distingue entre la naturaleza de un gobierno fuerte y un gobierno autoritario, lo que finalmente crea inestabilidad constitucional en el mediano o largo plazo, con el agravante del gran costo social de su intolerancia jurídica¹⁴⁶.

Por otro lado, se puede señalar que por primera vez en la historia del derecho en el Perú, la idea de la supremacía jurídica y valorativa de la Constitución sobre la ley viene madurando, aunque con dificultades, a partir de la creación de la justicia constitucional con el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 y con el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1993. En adelante, es indiscutible que la ley queda sometida de manera concreta a una relación de adecuación con el estrato más alto del derecho: la Constitución política del Perú. Con lo cual hay que advertir que no es un simple cambio de la tradicional prevalencia en la práctica de la ley sobre la Constitución, sino por el contrario, se trata de una profunda transformación del principio de legalidad que incluso afecta a la propia noción de derecho y de política¹⁴⁷. De ahí que la quiebra de la norma suprema constitucional en 1992, a diferencia de la derogación arbitraria de

144. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo Jurídico*, op. cit., pp. 205-219.

145. Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

146. Ernesto Garzón Valdés, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, CEC, 1987, pp. 11 ss.

147. Manuel García Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de derecho*, en (J. de Belaunde, compilador), *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*, Lima Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1988, pp. 23 ss.

una ley, haya implicado la ruptura del sistema democrático contemporáneo, es decir del equilibrio y balance entre los poderes y la desprotección de los derechos fundamentales.

Por eso, en resumidas cuentas, se puede señalar que la concepción positivista del Derecho Constitucional –voluntarista, formalista, sociológica– se resiste a asumir su fracaso en el Perú, debido a que tiene auténticas dificultades para comprender la esencia del constitucionalismo: la racionalización del poder a través de la articulación política entre el gobierno y la oposición, entre la mayoría y la minoría, en aras de la defensa eficaz y no sólo nominal de los derechos fundamentales. No obstante, ello no es “menester centrar la problemática constitucional: ni en una especulación hiperformalizada ni en una relativización sociologizante”¹⁴⁸, sino en el marco jurídico-político que explica el perfil mixto (democrático-autocrático) del constitucionalismo peruano, escenario desde el cual sólo es factible analizar auténticamente el surgimiento de la jurisdicción constitucional contemporánea en el Perú.

2. INCORPORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Se puede señalar que la recepción contemporánea de la jurisdicción constitucional en el Perú, ha estado a camino entre el control difuso y el control concentrado de las leyes, pero sin lograr una identidad propia sobre el rol de control judicial de las leyes y, menos aún, una articulación del organismo encargado de dicha función en relación a los demás poderes públicos, como en el *common law* y en el *Rechtstaat*. En el fondo de estas dos corrientes de control de la leyes, se establecen frenos a la soberanía del legislador, es decir, a los representantes de la voluntad nacional. Por ello, lo más significativo de la justicia constitucional contemporánea, es la capacidad que tiene para transformar la legitimidad constitucional de origen de la ley en legítima constitucionalmente por sus resultados, cuando es sometida al control judicial, en vía incidental o concentrada. Es cierto que en regímenes de democracias nominales se pueden crear dichas instituciones para servir al poder¹⁴⁹, sin embargo, antes de la creación de la justicia constitucional

148. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo Jurídico...*, op. cit., p. 168.

149. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, IEP, 1971, pp.15-30; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, Universidad Autónoma de México, 1997, pp. 229-235.

concentrada en la Constitución de 1979, nunca hubo la convicción política y jurídica suficiente para la implementación del control de inconstitucionalidad de las leyes.

En efecto, si nos remontamos a la Constitución Bolivariana o Vitalicia de 1826, que estuvo inspirada en la Constitución Consular del Año VIII de Napoleón, vemos que se otorgó al Senado Conservador peruano funciones difusas de protección de la Constitución. En las constituciones posteriores de 1828, 1834 y 1839 se estableció que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores. Pero es con la Constitución de 1856, liberal por excelencia, donde se estableció en su artículo 10° que “es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Sin embargo, esta disposición no tuvo desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial, debido a que dicha constitución duró sólo cuatro años, y que el derecho público de entonces estaba aún inmaduro para desarrollar una institución propia de la siguiente centuria. Lo que no impidió que el Consejo de Estado jugase un rol a veces destacado en materia de defensa de la Constitución¹⁵⁰.

Sólo en el Anteproyecto de Constitución de 1931 (artículo 142°), elaborado por la Comisión Villarán, es que se plantea la posibilidad de incorporar el control judicial –*judicial review*– de las leyes al estilo norteamericano, mas no el control abstracto de las leyes, debido a los cándidos temores al exceso de demandas en contra de las normas de Congreso¹⁵¹. Sin embargo, ni una ni otra iniciativa fue recogida por los autores de la Constitución de 1933. Aún así, en esta Constitución se introdujo una suerte de control político, por cuanto el artículo 26° dispuso que “pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución” y el artículo 123° señaló que el Congreso estaba facultado para “examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”. Este sistema de control político-legislativo¹⁵² de la constitucionalidad, se vio complementado con la incorporación de la “acción popular”, como el recurso judicial a interponer contra decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo que infrinjan la Constitución o la ley.

150. Daniel Soria, *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)*, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Lima, PUCP, 1997, p. 253.

151. Manuel Vicente Villarán, *Ante-proyecto de Constitución de 1931*, op. cit., pp. 72, 157 ss.

152. Domingo García Belaunde, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 1989, p. 94. Este tipo de control político fue propio en Francia del senado consulto de la Constitución de 1852 y de su reforma de 1869, en virtud del cual se atribuía el título de guardián del pacto fundamental, revisar François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, op. cit., p. 11.

Si bien el control de las leyes del Parlamento se incorporó en la Constitución de 1993, ya antes estuvo consagrado a nivel legislativo en el Código Civil de 1936, cuando en el artículo XXII del Título Preliminar señalaba que "cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera". Sin embargo, los propios jueces fueron reacios a la aplicación de la misma, debido a que "a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) que en todo caso se trataba de un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no del derecho público (que es con frecuencia en donde más hallamos este tipo de violaciones), y c) que se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior"¹⁵³. Es recién con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 que se reglamenta, en el artículo 8°, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria, correspondiendo pronunciarse en última instancia a la Corte Suprema sobre la inaplicación de una ley por inconstitucionalidad, lo que se produjo sólo en muy contadas oportunidades y sin mayor trascendencia.

No obstante estos escarceos del control judicial de las leyes en vía incidental, lo cierto es que la idea de la supremacía constitucional sobre la ley y, en consecuencia, el control judicial de las leyes, tuvo su origen nominal en la legislación civil y judicial, pero sin una autoconciencia en la práctica de la élite judicial sobre el rol jurídico-político que implicaba controlar al poder. Apenas la doctrina constitucional peruana de entonces recogió, del derecho comparado, la experiencia de la justicia constitucional, divulgándola en cuanto a sus alcances y límites, así como también proponiendo la reforma de la Constitución de 1933 para incorporarla¹⁵⁴.

Sólo cuando la élite política tomó conciencia de la necesidad de fortalecer el Estado constitucional y la democracia, es que puso en movimiento la práctica positivista del Congreso de importar leyes e instituciones españolas por razones de idioma, cultura y tradición, y en menor medida instituciones de la legislación francesa, italiana y alemana¹⁵⁵; lo que dió lugar a la creación

153. Domingo García Belaunde, *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, op. cit., pp. 94-95.

154. Raúl Ferrero Rebagliati, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 1, Lima, 1960, pp. 87 ss; asimismo, José León Barandiarán, *El tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad*, en *Revista del Foro*, N° 1, CAL, Lima, 1969. Posteriormente, conferencias de Alfonso Benavides Correa, *Control constitucional y Domingo García Belaunde*, *Control constitucional*, en *Revista del Foro*, Nos. 2-3-4, CAL, Lima, 1979, pp. 27-40 y 41-49.

155. Jorge Basadre, *Historia del derecho peruano*, Lima, s/ed., 1937, p. 266; asimismo, sobre la influencia de la legislación extranjera en la formación del derecho penal peruano, se puede revisar a José Hurtado Pozo, *La ley importada*, Lima, Cedys, 1979.

del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero sin desvincularlo del positivismo jurídico, ni compatibilizarlo con el control difuso y en general con el régimen presidencialista, que históricamente ha llevado a la politización de la justicia¹⁵⁶.

Pero, si se considera que en los países donde se ha implementado el tribunal constitucional “ha sido establecido esencialmente para obligar al Parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones y límites, a fin de garantizar los derechos y libertades del ciudadano”¹⁵⁷, entonces, se podría decir que en el Perú la justicia constitucional no es una institución concebida racionalmente en ese sentido, sino por su valor simbólico de defensa del Estado de Derecho, reiteradamente quebrantado por los golpes de Estado. Por eso, el origen de la jurisdicción constitucional en el Perú no es un indicador necesariamente de buena salud democrática, ni de conciencia jurídica del país, sino precisamente de todo lo contrario¹⁵⁸.

En esa línea de pensamiento, en la innovadora Constitución de 1979 se establece, por primera vez en el Perú, la jurisdicción constitucional concentrada a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, tomada de la experiencia constitucional española de la Segunda República¹⁵⁹. No obstante que en el anteproyecto del título de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979, se consignaba una extensa relación de competencias y atribuciones¹⁶⁰, el pleno constituyente sólo le confirió al Tribunal de Garantías Constitucionales competencias para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y para expedir resoluciones casatorias de las sentencias denegatorias del Poder Judicial, en materia de habeas corpus y acciones de amparo¹⁶¹.

156. Enrique Bernales con la colaboración de Alberto Otárola, *La Constitución de 1993: Análisis comparado*, op. cit., pp. 718-719.

157. François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, op. cit., p. 19.

158. Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, op. cit., p. 40.

159. Domingo García Belaunde, *La influencia española en la Constitución peruana (A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)*, en *Teoría y praxis de la constitución peruana*, tomo I, Lima, Eddili, 1989, pp. 287-295; José Palomino Manchego, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española (una lección que no debemos olvidar)*, en *Ius et Praxis* Nos. 21-22, Enero-Diciembre, Lima, Universidad de Lima, 1993, pp. 223 ss.

160. *Diario de Debates de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, 1978-1979*, tomos, III y VIII; asimismo, revisar los antecedentes constituyentes y legislativos del TGC, recogidos por Javier Valle Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales, el caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Editorial Labrusa, 1986, pp. 7-84.

161. José Pareja Paz-Soldán, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, tomo I, Lima, Eddili, s/f, pp. 487 ss.; Enrique Chirinos Soto, *La nueva Constitución*, Lima, Editores Importadores S.A., 1986, pp. 351 ss., y; Alberto Ruiz-Eldredge, *La Constitución comentada*, Lima, 1979, pp. 327 ss.

La vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su implementación en 1982 hasta su clausura en 1992, por el autogolpe de Estado de Fujimori, dejó la débil convicción en la ciudadanía, y ante los poderes públicos, de que los magistrados constitucionales fuesen los voceros autorizados de la Constitución, debido a que no lograron construir legitimidad social en la opinión pública, como órgano constitucional encargado de controlar los excesos del poder. Más aún, durante su clausura entre abril de 1992 y hasta el reinicio de las funciones como Tribunal Constitucional en junio de 1996, se llegó a concebir el nuevo orden de facto y luego constitucional, sin la práctica existencia del control jurisdiccional de las leyes. Lo cual es un indicador preocupante de que la justicia constitucional pasase inadvertida para la población, siendo un órgano encargado de la defensa de los derechos ciudadanos y que se implementase en un falso ambiente político democrático, poco propicio para su desarrollo institucional.

Es que el proceso constituyente de 1993 se inicia con pie forzado, que constituye la voluntad del poder de facto militar y de las élites económicas, sostén del gobierno de Fujimori, de incorporar en el proyecto constitucional sus políticas de corto y largo plazo, centrándose en garantizar un modelo económico de libre mercado, constitucionalizar la pena de muerte para los delitos de terrorismo y asegurar la reelección presidencial. Como el gobierno obtuvo la mayoría constituyente, sometieron los temas claves de una Constitución, como los derechos fundamentales y el equilibrio y balance de poderes, a esos tres objetivos del gobierno¹⁶².

En ese marco autoritario se eligió e instaló en enero de 1993 el Congreso Constituyente Democrático (CCD), bajo críticas no siempre marginales sobre la transparencia electoral de dichos comicios. En el CCD la mayoría parlamentaria electa fue obsecuente al gobierno de facto de Fujimori; motivo por el cual, procedió a legalizar, mediante leyes denominadas como leyes constitucionales¹⁶³, los decretos leyes, medidas y demás actos del gobierno de facto dadas desde el 5 de abril hasta el 31 de diciembre de 1992.

Durante la etapa de funcionamiento del CCD, se puede decir que el régimen político de facto relativo que rigió fue el de un sistema constitucional flexible, donde no existió diferencia entre las leyes ordinarias y la Constitución¹⁶⁴, en tal sentido, el gobierno se caracterizó por la inexistencia de límites

162. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Lima, Grijley, 1994, pp. 19 y 39.

163. *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 233-250, donde se recopilan las ocho leyes constitucionales dictadas por el CCD.

164. James Bryce, *Flexible and rigid constitution*, en *Studies in history and jurisprudence*, volume 1, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, reprint of the edition Oxford 1901, pp. 163 ss.

constitucionales objetivos, sino que el principio de supremacía constitucional fue supeditado a la voluntad de la representación parlamentaria, más concretamente de la mayoría oficialista, mediante la aprobación de leyes constitucionales. Que incluso modificaron periódicamente el propio estatuto del llamado gobierno de emergencia y reconstrucción nacional.

La ley constitucional es una nomenclatura antigua que se otorgaba a las leyes de reforma o interpretación constitucional, propia de las etapas de inestabilidad jurídica y política¹⁶⁵, aunque también ha sido frecuentemente utilizadas por los regímenes dictatoriales, retomando el antiguo concepto de *lex fundamentalis*. La ley constitucional también ha servido para modificar la Constitución por vías y procedimientos no previstos en la propia Constitución, creando un orden jurídico que dependía de la voluntad del gobernante, sea un Presidente o una Asamblea, lo cual es propio del clásico constitucionalismo flexible con una sólida democracia como la inglesa, pero no de los países con tradición de un constitucionalismo rígido, donde su uso ha sido manifestación de la existencia de un gobierno autocrático. Por ello, se puede decir que la ley constitucional en el Perú es la expresión normativa de un gobierno de los hombres, no de un gobierno de la Constitución.

Con la instrumentalización y desnaturalización de estos conceptos de constitucionalismo flexible y de las leyes constitucionales, el gobierno de facto de 1992 ejerció el principio hobbesiano absolutista de que la autoridad y no la verdad hacen las leyes: *—auctoritas, non veritas facit legem—*. En mérito de lo cual el periodo de convalidación de las medidas del gobierno de facto absoluto estuvo a cargo del Congreso Constituyente, y la realizó durante todo el año de 1993¹⁶⁶. Para tal efecto, el CCD dictó ocho leyes constitucionales¹⁶⁷. El 30 de diciembre de 1993 se publicó la Constitución, y entró en vigencia el 31 de diciembre. Estas leyes constitucionales son relevantes en tanto, sirvieron de bisagra al marco de transición constitucional entre el gobierno de **facto** absoluto de 1992 y el gobierno constitucional de **iure**, a implementarse en 1994, con lo cual se debía retornar plenamente al sistema democrático, luego de que en el año de 1993 se ejerció un gobierno de facto relativo.

165. Joseph Barthélemy, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires*, en RDP, t. XXVI, Paris, 1909, pp. 5-47; asimismo, Raymond Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de L'État*, op. cit., pp. 420 y 527-528, donde se exponen las tesis de Esmein, Jellinek, Hauriou y Ducrocq.

166. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, *La Constitución traicionada*, op. cit., pp. 139-140; *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú* (Eduardo Ferrero, editor), Lima, 1992.

167. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución Peruana de 1993*, op. cit., pp. 233-250, donde se recopilan las ocho leyes constitucionales dictadas por el CCD.

En tal sentido, la primera ley constitucional del CCD fue dictada el 9 de enero, en virtud de la cual se restauró la vigencia de la Constitución Política de 1979, dejando a salvo los decretos leyes expedidos entre el 5 de abril y el 30 de diciembre de 1992 por el gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, manteniendo su vigencia en tanto no fuesen revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático. Reestablecer la vigencia de la Constitución de 1979 y a su vez legitimar los decretos leyes que la violaban, significó, primero, trasladar del órgano Ejecutivo al órgano Legislativo la capacidad de decisión sobre lo constitucional e inconstitucional, y, segundo, convalidar las decisiones políticas inconstitucionales del Presidente Fujimori y de su mayoría parlamentaria, como constitucionales¹⁶⁸.

Esta aporía constitucional se consagró en la segunda Ley Constitucional -15/01/93-, cuando el gobierno dispuso que las leyes constitucionales tenían igual rango que la Constitución Política, en tanto no entrasen en vigencia las reformas totales o parciales a la Constitución. Es en este periodo, de la autoproclamación del CCD como un poder constituyente permanente¹⁶⁹, en que se permitió la convivencia de las normas constitucionales con normas inconstitucionales. Esta situación se acentuó con una nueva intervención al Poder Judicial, mediante la cuarta Ley Constitucional -13/03/93-, que creó al Jurado de Honor de la Magistratura, como el organismo encargado de revisar todas las destituciones y nombramientos de los magistrados, jueces y fiscales del país, acaecidas en 1992¹⁷⁰.

En esta etapa, caracterizada por un constitucionalismo flexible y autoritario; el gobierno de Fujimori abandonó el principio de la supremacía constitucional, propio de cualquier sistema constitucional democrático, sea rígido como el nuestro o flexible como el modelo inglés¹⁷¹; motivo por lo cual resultaba imposible el restablecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, por más nombramiento de magistrados que hubiese podido realizar el CCD, apelando a su mayoría parlamentaria. Debido a que, primero, no existía un referente normativo constitucional -único, supremo y claro- con qué ejercer el control de constitucionalidad; y, segundo, en la medida en que lo constitucional o inconstitucional de las leyes se había transformado en una cues-

168. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome troisième, *La Théorie Générale de L'État...*, op. cit., pp. 696 ss.; asimismo, asimismo, revisar *Enciclopedia del DIRITTO*, Italia, Ed. Giuffrè, 1973, voz "Legge Costituzionale", pp. 930-938.

169. Pedro de Vega, *Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 24-38.

170. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución Peruana de 1993*, op. cit., pp. 238 ss.

171. James Bryce, *Flexible and rigid constitution*, op. cit., pp. 242 ss.

tión exclusiva de la voluntad del gobernante, sin considerar a la oposición política, se hacía inmune a cualquier control judicial, sea por parte de la justicia constitucional e inclusive por la justicia ordinaria.

En ese entonces se presentó la figura atípica de normas constitucionales inconstitucionales o mejor dicho, de decretos leyes constitucionalizados, no obstante su inconstitucionalidad, no sólo por su origen sino también en la mayoría de los casos por el fondo. Esto sólo es entendible en el proceso de legitimación del gobierno de facto, donde convivían simultáneamente y desarticuladamente el poder y el derecho. Cuestión ésta de las normas inconstitucionales constitucionales, que ciertamente ha sido tratada apenas en la doctrina comparada¹⁷².

La consecuencia lógica de este constitucionalismo flexible y autoritario, fue que la producción legislativa del gobierno de facto y luego del CCD, se convirtieron en cuestiones políticas no justiciables con carácter general, debido a la clausura del TGC, quedando tan sólo la opción del control difuso de inconstitucionalidad de las leyes o de los actos basados incluso en normas legales, en virtud de lo que disponía el art. 236º de la Constitución de 1979 y el art. 3º de la Ley Nº 23506; a cargo de un Poder Judicial intervenido y amedrentado por el gobierno de facto absoluto y relativo.

En ese marco de un constitucionalismo flexible y autoritario, se puede entender que en los improvisados documentos y anteproyectos constitucionales elaborados por la mayoría del Congreso Constituyente Democrático (CCD) en 1993¹⁷³, no se incorporó al Tribunal Constitucional sino que sólo se le reincorporó a partir del debate y la crítica de la opinión pública, que exigió al Pleno del CCD, encargado de la aprobación final del texto constitucional, no eliminar la jurisdicción constitucional concentrada de la Constitución¹⁷⁴.

No obstante la incorporación final de la jurisdicción constitucional, ese proceso puso en evidencia dos cosas: por un lado, que al gobierno no le era funcional la existencia de un Tribunal Constitucional autónomo, que se

172. Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein, Athenäum, 1979, pp. 19 ss.; asimismo, Paulo Bonavides, *O art. 45 da Constituição Federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais*, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXVI, 1995, pp. 5-34.

173. Carlos Torres y Torres Lara, *La nueva constitución del Perú 1993: antecedentes, fundamentos e historia documentada*, Lima, Desarrollo y Paz, 1993, pp. 239 ss.

174. Ernesto Blume Fortini, *El control de la constitucionalidad*, Lima, Editorial Ersa, 1996, pp. 88 ss.

encarguese del control constitucional de las leyes del poder político; y; por otro, que en todo caso fuese la Corte Suprema (siempre dócil al poder), quien asumiese una que otra competencia propia de un Consejo de Estado, pero no atribuciones propias de un Tribunal Constitucional. Si no, cabe revisar el Anteproyecto gubernamental de Constitución; el proyecto constitucional elevado al Pleno con el Dictamen de la mayoría constituyente y; el dictamen constitucional de la Comisión de Redacción ante el Pleno de la mayoría gubernamental, donde se señala que “La Sala Constitucional de la Corte es el órgano de control de la Constitución. Ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado,...”. Lo cual refleja el desconocimiento y desaprensión de la mayoría constituyente en el tratamiento del tema medular de la jurisdicción constitucional: el control constitucional de las leyes¹⁷⁵.

Sin embargo, en el debate constituyente, los sectores más conservadores y temerosos a la creación del Tribunal Constitucional¹⁷⁶ no tuvieron más remedio que sucumbir, aunque sin mayor convicción ética, sobre la necesidad del control constitucional de las leyes, tanto por la tendencia histórica contemporánea del establecimiento de la justicia constitucional concentrada en las nuevas democracias mundiales, como por la unánime opinión pública especializada en materia de derecho constitucional, que promovió la plena y mejorada restauración de la jurisdicción constitucional, a través del Tribunal Constitucional, y que contó con el apoyo de los congresistas de la mayoría: César Fernández Arce y Carlos Ferrero Costa¹⁷⁷. De este modo quedó reincorporada la justicia constitucional concentrada en el Tribunal Constitucional, en el Proyecto de Constitución de 1993.

Ese texto del proyecto de Constitución Política del Perú fue aprobado por referéndum popular en una votación de discutida transparencia¹⁷⁸. En ese

175. *Ibidem*, op. cit., p. 90.

176. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, Lima, Editorial Nerman, 1994, pp. 442 ss.

177. *Proyecto de reforma constitucional del Título V de las Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979*, que presentaron al Congreso de las República en 1991, un grupo de profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Católica, agrupados en torno al Centro de Estudios Constitucionales; se puede ver la propuesta en LTC N° 8, Lima, 1992, pp. 255 ss. De otro lado, CAL, *Proyecto de Reforma de la Administración de Justicia*, Lima, 1993.

178. Domingo García Belaunde, *Representantes y partidos políticos: el caso del Perú*, en *Pensamiento Constitucional*, 1995, p. 88, para quien “lamentablemente, al parecer y merced a los milagros de la informática, en el camino sucedieron cosas extrañas, a tal extremo que el representante del Colegio de Abogados de Lima y miembro del Jurado, Juan Chávez Molina, denunció públicamente la adulteración de resultados, que habrían dado,

sentido, la Constitución así dispuso la creación del Tribunal Constitucional, pero sin la fuerza normativa que tuvieron otras instituciones u objetivos constitucionales predilectos del gobierno de facto relativo. De ahí que la nueva versión del Tribunal Constitucional, creada a las postrimerías del debate constituyente en 1993, no fue implementada por el gobierno de Fujimori sino hasta junio de 1996, es decir, dos años y medio después, fecha en que se instaló y empezó a operar, debido al celo del gobierno, y de su obsecuente mayoría parlamentaria, hacia las tareas de control de las instituciones independientes del poder. Así, por ejemplo, sólo recién en enero de 1995 se promulga la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTG) mediante Ley N° 26435, la misma que fue modificada por primera vez por la Ley N° 26446 en abril del mismo año y así sucesivamente por las leyes Nos. 26541, 26618, 26622, 26853, 26954.

Esta tendencia a minusvalorar el rol de la jurisdicción constitucional se puede apreciar también en el propio texto de la LOTG¹⁷⁹, que se caracteriza básicamente por limitar el control de la constitucionalidad de las leyes consagrada en la Constitución. Debido a que para declarar inconstitucional una norma con rango de ley, se requiere seis votos conformes de los siete magistrados; de modo que si cinco magistrados estuvieran por la inconstitucionalidad, no obstante ser mayoría, no podrían llegar a declararla inconstitucional. Más aún, se desprende de esta ley que se considera a esta decisión mayoritaria, aunque no lo suficiente para declarar la inconstitucionalidad, como una sentencia denegatoria de inconstitucionalidad y que en consecuencia ya no cabe interponer en el futuro otra acción de inconstitucionalidad contra dicha ley. Consagrando así, la mayoría parlamentaria en la LOTG, el derecho de veto a la declaración de inconstitucionalidad con sólo dos votos de los magistrados.

De otro lado, el legislador de la LOTG no precisó si el Tribunal Constitucional podía realizar el control de constitucionalidad de los decretos leyes y las leyes constitucionales, que precisamente por ser normas legales espúrias de un gobierno de facto, debió facultar expresamente al Tribunal Constitucional para que resuelva sobre su inconstitucionalidad material. Asimismo, la mayoría parlamentaria eliminó el párrafo del artículo primero del proyecto de la LOTG, que reconocía al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución, quedando tan sólo consagrada indirectamente en los artículos 39° y 48°, así como en su Primera Disposición General. En ese

según él, un resultado adverso, esto es un voto mayoritario por el no y desventajoso para el sí. De esta suerte, habría habido manipulación que favorecía claramente al Gobierno”.

179. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional*, en LTC N° 8, art. cit., pp. 284-285.

sentido, se dejó abierta legalmente la posibilidad de que sus resoluciones puedan ser contradichas por leyes del Congreso y eventualmente por resoluciones del Poder Judicial, cuando realicen el control difuso de constitucionalidad; hechos que se han venido produciendo¹⁸⁰, (ver Parte III, Cap. III, 2 y Cap. IV, 2).

El problema de las ausencias de los magistrados, por renuncia, salud o destitución, bien pudo ser superado mediante la incorporación en la LOTC de los magistrados suplentes. Problema tampoco previsto en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales que causó en muchos casos la expedición de “pronunciamientos” y no sentencias, por la falta de opiniones colegiadas o de quórum de votación. En este último supuesto, debido a las frecuentes ausencias por enfermedad, renunciaciones o cualquier otra circunstancia. Por eso, en la LOTC, se debió garantizar que la labor del Tribunal Constitucional no se vea paralizada por la falta de quórum de asistencia y de votación de los magistrados, para hacer sentencias de inconstitucionalidad de las leyes o de protección de los derechos fundamentales.

Más aún, si se considera que las acciones de garantía que protegen los derechos fundamentales son procesos concretos y sumarios, en tanto los afectados sufren un daño a sus libertades y derechos personales, que podría quedar como irreparable, no hizo bien el legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en otorgar en la ley vacaciones para los magistrados constitucionales en el mes de febrero, sin haber previsto la suplencia de los mismos. Al parecer, el diseño básicamente político del tribunal, que ideó la mayoría parlamentaria, configuró un sistema de selección político antes que jurídico de los magistrados, que dejó fuera de competencia a candidatos independientes del poder político de la mayoría y minorías¹⁸¹.

La inoperancia del Tribunal, para realizar el control constitucional de las leyes, se puso en evidencia con el conflictivo requisito de los seis votos conformes de los siete magistrados para declarar una ley inconstitucional, el mismo que sería causante de uno de los mayores enfrentamientos al interior del Tribunal Constitucional, en el caso de la ley de la reelección presidencial. Pero este no ha sido el único escollo en la implementación de la justicia constitucional, sino también el de la nominación política de los magistrados del Tribunal Constitucional¹⁸².

180. César Landa, *Notas acerca del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *Derecho y Sociedad*, Año 5, N° 8-9, Lima, 1994, p. 27

181. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 294 ss.

182. César Landa, *Notas acerca del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 28 ss.

En ese sentido, se trasluce que la táctica gubernamental fue en todo caso implementar legislativamente a los organismos constitucionales encargados del control, como el Tribunal Constitucional, pero reduciendo o desnaturalizando sus competencias y atribuciones, en previsión a que se constituyan entidades susceptibles de alterar los objetivos programáticos del gobierno. Colocando, así, la voluntad del gobierno sobre la voluntad de la Constitución o sea, tomando arteramente la supuesta voluntad del pueblo sobre la voluntad de la ley –*vox populi, vox dei*–. Con razón Zagrebelsky ha dicho que “ello expresa un concepto totalitario de la democracia como fuerza, y como fuerza absoluta”¹⁸³.

Es así que la dación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no fue el resultado pacífico de la competición legislativa, sino que constituyó la continuación de un conflicto político no resuelto, por ello, dicha ley orgánica no es garantía absoluta de la implementación del control constitucional de la leyes que manda la Constitución, sino que es sólo un instrumento que produce inestabilidad y deslegitimación social a la jurisdicción constitucional.

Conforme a lo señalado, el Tribunal Constitucional se ha convertido en un débil aparato institucional, en donde se busca dar solución jurídica a los profundos problemas políticos irresueltos en el sistema político, éntre la mayoría y la minoría parlamentaria, o dicho más claramente entre el gobierno y la oposición. Lo que revela la ingenuidad de quienes desde un positivismo jurídico se someten a la justicia constitucional de un régimen presidencialista, que se muestra reacio a someterse al control constitucional, en la medida que su Constitución no es producto del consenso político, sino de la decisión política de realizar la modernización económica del país, incluso a costa de las instituciones democráticas e independientes. Lo cual ha quedado reflejado en el proceso de nominación de los primeros magistrados del Tribunal Constitucional.

No obstante la voluntad gubernamental ajena al control constitucional, de acuerdo con la Constitución a mediados de 1995, se inició el proceso de convocatoria para los candidatos al Tribunal Constitucional, que luego de un año de una bochornosa etapa de candidaturas y desacuerdos lamentables, entre la mayoría y la minoría parlamentaria, se logró nombrar a los siete magistrados del Tribunal Constitucional¹⁸⁴ (ver Parte II, Cap. III, 1.). De ese modo, a fines de junio de 1996 se instaló el Tribunal Constitucional, quedando

183. Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 101.

184. EL COMERCIO, *Editorial: Actitudes irresponsables en la elección del Tribunal Constitucional*, Lima, 18 de mayo de 1996, p. 2A.

cerrado el ciclo de cuatro años de clausura y no implementación –de 1992 a 1996– de la jurisdicción constitucional en el Perú. Lo cual supuso la paralización de la emisión de las resoluciones en última instancia de las garantías constitucionales de la libertad –acciones de habeas corpus y acciones de amparo–, así como de la falta de control de la constitucionalidad de las normas con rango legal, como las leyes, los decretos de urgencia, los decretos legislativos del gobierno a partir de 1994, así como de los decretos leyes y leyes constitucionales del gobierno de facto absoluto en 1992 y gobierno de facto relativo en 1993.

Por lo señalado, se puede decir que la incorporación de la justicia constitucional concentrada en la Constitución de 1993, nace sin el respaldo sincero de los poderes públicos susceptibles de control, como el Presidente de la República y el Congreso. Por eso, de vez en cuando se escuchan voces progubernamentales contrarias a la existencia de la justicia constitucional, en base a una concepción elitista y populista de la democracia¹⁸⁵. De ahí que la justicia constitucional, al gozar del poder jurisdiccional encargado de fiscalizar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos –legislativo, judicial y sobre todo del ejecutivo–, sólo podrá limitarlos cuando sea capaz de someterlos al control constitucional, en particular al reacio régimen presidencialista peruano¹⁸⁶.

Por ello, la incorporación de la justicia constitucional concentrada en la Constitución de 1993, nace no sólo con gran desconfianza por parte de los poderes públicos autoritarios susceptibles, al ver que las normas que el Parlamento y el Poder Ejecutivo emiten son objeto de control, sino también con reticencia de la Corte Suprema, que dejaba de ser la última instancia judicial en materia de las viejas y nuevas garantías constitucionales –habeas corpus, acción de amparo, habeas data y acción de cumplimiento–. Sin embargo, entendemos que ningún Tribunal Constitucional ha nacido sin enemigos en regímenes intolerantes y antipluralistas; conductas propias de sociedades cerradas, es decir, sin una cultura de la libertad¹⁸⁷.

185. Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Demokratie und Mißtrauen*. Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 40 ss.

186. Juan Linz y Arturo Valenzuela (editores), *The failure of presidential democracy. The case of Latin America*, Baltimore The Johns Hopkins University Press, 1994, dos volúmenes.

187. Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus, studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Germany, Athenäum, 1980, pp. 79-105; asimismo, Daniel Franklin y Michael Baun (editors), *Political culture and constitutionalism. A comparative approach*, London, Sharpe, 1995, pp. 119 ss.

Si los problemas que presenta la democracia en la lucha contra el autoritarismo, en principio son universales, éstos sólo son resolubles exclusivamente en la vía política a través de las instituciones democráticas o en la vía judicial a través de la jurisdicción constitucional. Esto es, “el proceso dramático a través del cual se ha conseguido transitar hacia la democracia en estos países se refleja de manera inequívoca en el sentido que se le da a la Justicia Constitucional”¹⁸⁸. Lo que supone una implementación de la jurisdicción constitucional, no exenta de conflictos de carácter sistémicos con el poder, es decir conflictos no resueltos democráticamente bajo el imperio de la Constitución, sino contrasistémicos. Por ello, frente a los intentos de control constitucional de la justicia constitucional, la respuesta del gobierno de Fujimori ha sido la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1992 y la anulación del Tribunal Constitucional en 1997, poniendo en evidencia que la Constitución en el Perú es una simple hoja de papel para el poder autoritario.

En el Perú, pues, la justicia constitucional originaria, que creó al Tribunal de Garantías Constitucionales, fue un producto de la desconfianza de los constituyentes en la administración de justicia ordinaria y de la defensa del Estado de Derecho; pero no de una mayor reflexión sobre su rol en el quehacer político, como es su implicancia en las relaciones entre el derecho y la política, es decir, el replantamiento de la teoría de la división de los poderes¹⁸⁹. Con la creación del Tribunal Constitucional no se ha actuado ingenuamente, sino que las fuerzas reaccionarias fueron derrotadas por el propio peso de la justicia constitucional, sin haber percibido que “lo definitivo y nuevo es que las sentencias del Tribunal Federal Constitucional penetran en el campo de lo político y tienen efectos y consecuencias políticas”¹⁹⁰, susceptibles de convertirse en un problema de poder.

En consecuencia, el juez constitucional ya no es solamente un fiel vigilante de la aplicación de la ley, sino que se ha convertido, al decir de Leibholz, en el “supremo guardián de la Constitución”¹⁹¹, en consecuencia, el Tribunal Constitucional es el encargado de hacer cumplir a los poderes y demás órganos constitucionales el ordenamiento formal y material de la Constitución, para lo cual tiene la función básica de controlar la constitucionalidad de las leyes que aprueben los legisladores del Congreso, las normas legales que

188. Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, op. cit., p. 40.

189. Mauro Cappelletti, *Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, en *REDC* N° 17, 1983, pp. 16 ss.

190. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, op. cit., p. 192.

191. *Ibidem*, pp. 148 ss.

dicte el Presidente de la República y las resoluciones que expida la Corte Suprema de Justicia.

No por esto se ubica jerárquicamente sobre los clásicos poderes del Estado, premunidos directa o indirectamente de una legitimidad democrática, sino que el Tribunal Constitucional participa coordinadamente en la elaboración de la voluntad estatal, mediante sus decisiones judiciales que interpretan de manera suprema el contenido de las normas constitucionales y, en consecuencia, declaran válida o inválida una norma legal o una sentencia judicial.

En este contexto histórico y conceptual, adquiere pleno sentido que se diagnostiquen no sólo las limitaciones sino también las virtudes del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Constitucional, en aras de elaborar un diagnóstico práctico y teórico necesario para la recomposición y funcionamiento mejorado del Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos legislativos y judiciales.