

# NOTA SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ: ANTECEDENTES Y DESARROLLO (1823 – 1979)

Domingo García Belaunde

I. PRECISIONES PREVIAS.- II. INTENTOS A NIVEL LEGISLATIVO.- III. LOS PRIMEROS PASOS LEGISLATIVOS.- IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1856.- V. LA CONSTITUCIÓN DE 1860.- VI. EL SIGLO XX: CONSTITUCIONES DE 1920 y 1933.- VII. ALGO DE DOCTRINA SOBRE EL TEMA.- VIII. UN BALANCE DEL SIGLO XIX.- IX. LOS INICIOS DEL SIGLO XX.- X. EL PRIMER PASO: EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL (1923).- XI. EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.- XII. VAIVENES DEL CODIGO CIVIL DE 1936.- XIII. LA CONSTITUCIÓN DE 1979.- XIV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.- XV. BIBLIOGRAFÍA

## I. PRECISIONES PREVIAS

1. En el presente trabajo intento presentar un panorama sobre los orígenes del “control de constitucionalidad” en el Perú, lo que presenta algunas dificultades, y amerita una líneas de explicación.
2. Lo primero es señalar que al utilizar aquí el concepto de “control de constitucionalidad”, me refiero básicamente al control normativo, y adicionalmente, al que se efectúa desde la Constitución y hacia la ley. Dicho en otras palabras, la salvaguarda de la Constitución frente a la ley, aprobada por el órgano legislativo, que pretende desconocerla. Hoy por hoy, y bajo el rubro de control de constitucionalidad, se entienden muchas cosas más, pero durante el siglo XIX y gran parte del XX, el control de la ley era lo más importante dentro de un Estado constitucional, y todavía lo sigue siendo.
3. Lo segundo es el plazo, que se antoja a primera vista demasiado largo, ya que en 1821 se proclama la independencia política del Perú con respecto al Imperio Español, y en 1823 se aprueba la primera Constitución, que acepta el modelo político de control constitucional. El modelo judicial de control sólo se implanta a nivel normativo en 1936, aun cuando su efectivización es más tardía.
4. En tercer lugar, el presente trabajo pretende ser tan sólo un panorama de la problemática, o sea, de su desarrollo histórico, pues no hay aquí, lamentablemente, trabajos que hayan rastreado las fuentes primarias en sentido estricto, y por tanto, me he tenido que limitar a los pocos trabajos que existen sobre la materia, y además a mis propias investigaciones, que hacen de este texto un boceto necesariamente provisional.

## II. INTENTOS A NIVEL LEGISLATIVO

5. Como lo he adelantado, el Perú proclama su independencia política de España en 1821 –al igual que México –muy tarde si se la compara con la de otras regiones del mundo hispanoamericano, como puede ser la Argentina (1810), Venezuela (1811), Chile (1816), etc.
6. El que proclama la independencia del Perú es el general argentino José de San Martín, que conduce una campaña militar exitosa que libera a la Argentina, Chile y luego el Perú, a donde llega con sus tropas en 1820.
7. Cabe tener presente varios aspectos de la campaña de San Martín. Y es que por un lado, no tuvo la capacidad suficiente, desde el punto de vista logístico, para terminar con el ejército español. Y por otro, si bien proclamó la independencia política, no fue en realidad un republicano, sino que cayó, como otros en la misma época, en la tentación monárquica (es conocida la misión ad hoc que envió a Europa para buscar un príncipe europeo para el Perú), proyecto que al final es vencido. Sin embargo, la llegada de las tropas del general Simón Bolívar, que venía exitoso desde Caracas, alteró sus planes, ya que además él solo no podía consolidar la independencia que había proclamado.
8. De hecho, tocó a Bolívar terminar en 1824, lo que había iniciado San Martín, y lo logró en los campos de Ayacucho, ciudad serrana del Perú, en donde se selló, por así decirlo, la independencia de la América española (quedaron sólo, para resolverse en 1898, las islas de Puerto Rico y Cuba, y en el Asia, Filipinas).
9. Ahora bien ¿qué pasó a nivel legislativo en esos años, que aun cuando convulsos, no dejaron de sancionarse diversas normas?
10. San Martín se declaró Protector del Perú, y bajo su protectorado hubo, como era de esperarse, cierta actividad normativa, pero de carácter provisional, mientras el Perú concluía la guerra independentista. Así se dictaron el Reglamento Provisional de 12 de febrero de 1821 y el Estatuto Provisional de 8 de octubre de 1821, ambos con disposiciones diversas durante la guerra, la validez de la normativa novohispana en tanto no guardase contradicción con los fines de la independencia, y normas generales para las zonas liberadas, mientras no se consiguiese la liberación de la totalidad del territorio. Igualmente, se dieron disposiciones para la convocatoria a un Congreso Constituyente, que en octubre de 1822 sancionó lo que se llamó las “Bases de la Constitución peruana”, breve documento aprobado por el Congreso Constituyente, que en veinticuatro puntos contenía los aspectos orgánicos, garantísticos, de derechos individuales y otros, sobre los cuales se edificaría el Perú, que sería definitivamente una república y no una monarquía, como otros querían, no sólo en el Perú sino fuera de él (de hecho, mediante un proceso *sui generis*, el Brasil se proclamó como Imperio en 1822, con la

casa real lusitana, y así permaneció hasta 1889, en que advino la República).

11. Ahora bien, ninguno de estos textos contiene nada relacionado con el control de constitucionalidad, pues no sólo el tema no fue objeto de discusión, sino que además, era algo que en ese momento, en plena guerra, no interesaba.
12. Más bien, la primera Constitución, sancionada en 1823, consagra por vez primera, bajo la influencia de la carta gaditana de 1812 (a la que habían concurrido muchos peruanos, algunos de los cuales habían participado en sus debates) el llamado “control político”, o sea, un control de constitucionalidad que sería realizado por el Senado Conservador (art. 90, inc.1) que tenía a su cargo velar por las observancia de la Constitución, lo que compartía con el Congreso (art. 186), y que tuvo mucho predicamento en Europa durante todo el siglo XIX e inicios del XX. Pero con esta Constitución de 1823 ocurrió algo curioso: murió al nacer, como señala Manuel Vicente Villarán. Aprobada solemnemente el 12 de noviembre de 1823, fue suspendida el mismo día por el Congreso Constituyente, que en paralelo daba atribuciones omnímodas a Bolívar, en tanto terminaba la guerra contra los españoles, dándosele para tales efectos, todas las facultades que la delicada situación requería.
13. La finalización de la guerra se dio en Ayacucho, en diciembre de 1824, como ya se adelantó, y tras ella, lo que hizo Bolívar, en lugar de resignar el mando y atenerse a la Constitución vigente en aquel momento, ideó otra Constitución hecha a su medida y para quedarse en el poder, inspirada en la francesa de 1799, con tres cámaras en lugar de dos, y con una presidencia vitalicia, que recaí en él mismo. Este texto, pensado y redactado por el propio Bolívar, como ahora se sabe por los proyectos que se han publicado, fue aprobado como Constitución de la nueva república de Bolivia, creada bajo su amparo y protección –si bien él no concordaba con la idea inicial –y luego se aprobó como Constitución para el Perú en 1826. El Bolívar legislador se hizo patente, entonces, tanto en el Perú como en Bolivia, y el mismo texto había sido pensado para la Gran Colombia (que englobaba, en aquel entonces, lo que hoy son Venezuela, Colombia, Panamá y Ecuador).
14. La Constitución de 1826 fue, pues, la segunda constitución peruana, y se la identificó como constitución bolivariana, boliviana o simplemente vitalicia. En ella, la Cámara de los Censores fue la encargada de velar por el cumplimiento de la Constitución por parte del Gobierno (art. 51, inc. 1) y por las infracciones a la Constitución. Pero duró muy poco: en la práctica no más de siete semanas, y formalmente, seis meses.
15. Y poco antes de que se aprobase la Constitución vitalicia por los colegios electorales, Bolívar tuvo que salir intempestivamente del Perú hacia la Gran Colombia, en donde los problemas internos y su larga ausencia le habían creado un ambiente hostil y bélico, que hacía peligrar sus propias posiciones. Bolívar no regresó nunca al Perú, y desengañado murió en

1830, en la localidad colombiana de San Marta, cuando hacía proyectos para viajar a Europa.

16. Ante la ausencia de Bolívar, y desgastado por sus proyectos autoritarios, la sociedad civil de entonces aprovechó la oportunidad, declaró terminadas las funciones del Libertador y regresó a las tropas colombianas a su país de origen.
17. Hay que tener presente que si bien la independencia formal se da en 1821, la independencia práctica se da en 1824, pero la ejecución de la capitulación de Ayacucho demoró dos años más, lo que explica que estas dos primeras Constituciones, la de 1823 y la de 1826, no tuvieran vigencia alguna.
18. La Constitución de 1826 fue algo exótica, como ya lo he adelantado. Y en cuanto al tema que nos ocupa, repitió los mismos conceptos que su predecesora, consagrando el modelo político de control, que no tuvo ninguna aplicación.

### III. LOS PRIMEROS PASOS LEGISLATIVOS

19. Libre el territorio de toda fuerza militar extranjera, amiga o enemiga, el Perú en realidad empieza a ordenarse institucionalmente en 1827, momento en el cual un nuevo Congreso Constituyente discute y aprueba la Constitución de 1828, que por su estructura, temática e influencia, será muy importante en el devenir histórico-político del Perú. Por eso Villarán la llama, con toda justicia, la madre de todas nuestras constituciones, pues ella sentó las bases de todo lo que vino después. Aun más, fijó en cinco años el período para una revisión total de la Constitución, lo que se hizo en el plazo convenido, dando paso a la posterior Constitución de 1834.
20. La Constitución de 1828 delineó, en su artículo 92, el Consejo de Estado, compuesto por diez senadores elegidos por ambas Cámaras, y que funcionaba únicamente durante el receso del Congreso. Entre sus atribuciones figuraba velar por la observancia de la Constitución (art. 94, inc. 1), con independencia a la facultad de la acusación constitucional que por los mismos motivos podían iniciar las Cámaras por separado. El Congreso, además, examinaba las infracciones a la Constitución inmediatamente después de la apertura de sus sesiones (art. 173).
21. Hay que tener presente que la observancia de la Constitución y las infracciones constitucionales, conceptos que aparecen en las primeras constituciones peruanas, y que se repetirán en las subsiguientes, vienen del modelo gaditano y están referidas a observancias y control de actos o hechos, sin referencia alguna a normas, ya que éstas, al ser expresión del órgano legislativo, gozaban de la legitimidad que venía del voto.

22. Pero si bien no existe una norma específica que lo diga, la Constitución de 1828 –así como las que le seguirán en el siglo XIX –trae implícita la idea de la jerarquía normativa, esto es, que lo primero es la Constitución, luego las leyes y reglamentos, seguidos por las demás disposiciones de diverso orden.
23. La Constitución de 1828 fue reemplazada por la de 1834, que continuó en la línea de control político a través del Consejo de Estado (art. 96), compuesto por dos consejeros de cada uno de los departamentos, elegidos por el Congreso de dentro o de fuera de su seno. Este Consejo tenía esta vez mayores atribuciones; entre ellas velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes. Sus atribuciones eran, al igual que la Carta de 1828, de carácter consultivo y así eran sus dictámenes (art. 103). El art. 165, repitiendo textos anteriores, señalaba que todo peruano puede reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo las infracciones de la Constitución, entendidas, en ambos casos, como actos o hechos, y no por normas.
24. Esta Constitución de 1834 no duró mucho, pues luego se creó la Confederación Perú-boliviana (1836-1839), una verdadera federación de dos estados que duró muy poco y que hizo necesaria, tras el colapso de la Federación, una nueva constitución, lo que se hizo en 1839. Esta Constitución, de corte autoritario, mantuvo la figura del Consejo de Estado (art. 96) pero en materia de vigilancia de la Constitución, tuvo una mayor vigencia y se volvió activa, autorizándosele a pedir cuentas y exigir responsabilidades.
25. La Constitución de 1839 fue seguida por la de 1856, que trae una primera aproximación al tema.

#### **IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1856**

26. La Constitución de 1856 consagró dos aspectos:
  - a) el artículo 10, que en su primera parte señala que “es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Agregando que “son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas”, y
  - b) eliminó el Consejo de Estado, dejando en el aire todo lo concerniente a la vigilancia del respeto a la Constitución.
27. Si bien este dispositivo era nuevo en el Perú, no lo era en la doctrina, ni menos aun en el Derecho Constitucional positivo de otras repúblicas hispanoamericanas. Así, la Constitución venezolana de 1811, a la que puede considerarse la primera constitución del recién independizado mundo hispanoamericano, contiene un dispositivo similar en su artículo 227, que señala lo siguiente:

28. “La presente Constitución, las leyes que en consecuencia se expiden para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión, será la ley suprema del Estado...
- ..... pero las leyes que se expidieran contra el tenor de ello, no tendrán ningún valor .....
- “
29. Y dispositivos similares se encuentran en otros textos constitucionales de la época.
30. Ahora bien, el hecho de declarar en forma solemne un principio tan importante, ¿es suficiente para afirmar que estamos ante la existencia, real y concreta, de un control de constitucionalidad?
31. Algunos estudiosos, entusiasmados por las declaraciones que aparecen en las constituciones latinoamericanas decimonónicas, como las que he citado, concluyen, en mi opinión apresuradamente, que la simple condena de las normas inconstitucionales, o la nulidad para las leyes que transgreden la Constitución, es muestra suficiente de que el control de constitucionalidad existe.
32. No participo de este criterio. Sabemos perfectamente que por un lado está el derecho sustantivo, que hace las declaraciones y sienta los principios. Y por otro, los instrumentos que hacen posible que aquél se haga realidad.
33. Se trata de dos caras de la misma moneda, pero que son complementarias. Una no existe sin la otra. Por no haberlo entendido así, los revolucionarios franceses del siglo XVIII se engañaron, pues creyeron que la simple declaración de los derechos era suficiente para garantizar su real y efectivo cumplimiento.
34. En realidad, los enunciados son importantes, pero no son suficientes. En sí mismos no garantizan nada. Pueden ser rotundos, pero si carecen del instrumento procesal para su cumplimiento, nada se habrá avanzado.
35. Por eso, el artículo 10 de la Constitución de 1856, siendo significativo, quedó como declaración solemne en el papel ,pues no se dio ninguna ley de desarrollo o complementaria.
36. Años antes, México en sus constituciones había declarado similares derechos y primacías constitucionales, pero sólo cuando se creó el Amparo en 1841, y se ratificó en 1847, pudo contar con las vías idóneas para reclamar este tipo de pretensiones.

## V. LA CONSTITUCIÓN DE 1860

37. La Constitución de 1860, que iba a tener larga vida(en realidad de 1860 a 1920), eliminó el Consejo de Estado que, en forma paulatina, había ido asentándose en los textos anteriores.
38. Al eliminar el Consejo de Estado, puso en su lugar a la Comisión Permanente (art. 105), que entre sus facultades tenía precisamente la de vigilar el cumplimiento de la Constitución. Fue ésta la única referencia al control de constitucionalidad, aun cuando de carácter político, que exhibió el texto en aquel entonces. Pero la Comisión Permanente duró poco: una reforma constitucional de 1874 la eliminó, y no volvió a aparecer más.
39. Sin embargo, entre las atribuciones del Congreso se indican (art. 59,inc. 4):

“examinar de preferencia las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”
40. Precepto que consagra el control político y que se repetirá en textos posteriores.

## VI. EL SIGLO XX: CONSTITUCIONES DE 1920 Y 1933

41. Las dos primeras constituciones del siglo veinte, la de 1920 y la de 1933, siguieron igual tónica. Esto es, asignaron como tarea del Congreso de la República, ocuparse de las infracciones de la Constitución, lo que no generó ningún sistema de control. Y facilitó al ciudadano común y corriente denunciar las infracciones a la Constitución.
42. Cabe no obstante señalar, que al debatirse en 1919 la Constitución que sería sancionada el año siguiente, el proyecto de la Comisión parlamentaria presidida por Javier Prado, propuso introducir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema, lo que al final no prosperó.
43. La misma propuesta existió al momento de debatirse la posterior Carta que la reemplazó, esto es, la Constitución de 1933. La Comisión *ad hoc* nombrada para redactar un anteproyecto de Constitución del Estado y presidida por Manuel Vicente Villarán, fue del mismo parecer, pero el proyecto, en este punto, tampoco llegó a aprobarse.
44. Más bien hay que recalcar que la Constitución de 1920 reintrodujo el Consejo de Estado (art. 134) que estaría compuesto por siete miembros nombrados con el voto del Consejo de Ministros y con aprobación del Senado, el cual tendría carácter consultivo, aun cuando por ley podía dársele el veto para ciertos asuntos. La ley núm. 4042 de 31 de enero de

1920, señala las atribuciones del Consejo, casi todas de carácter administrativo, y consultivo.

45. Sin embargo, el gobierno de entonces, se convirtió con el tiempo en un régimen autoritario que permaneció diez años en el poder, y el Consejo de Estado no funcionó: jamás se nombraron a sus miembros. No volvería a aparecer más en los textos constitucionales peruanos.

## VII. ALGO DE DOCTRINA SOBRE EL TEMA

46. Cuando el Perú se independiza en 1821, lo hizo en muy precaria situación, ya que la guerra continuaba y la joven república no dejó de agitarse a la sombra de caudillos durante varias décadas.
47. No obstante, hay que tener presente que funcionaba con regularidad la vieja Universidad de San Marcos, fundada en mayo de 1551, y de la que habían egresado todos los próceres y actores del período independentista, y en consecuencia, existía una tradición de estudio que venía de atrás.
48. Esto explica porque en 1826 se crea la cátedra de Derecho Público Constitucional, y se encargase su dictado al Dr. Antonio Amézaga, de quien no se sabe prácticamente nada, salvo de su parentesco con algunos prohombres de la época.
49. Y curiosamente, en el año de 1827 que la cátedra empieza a dictarse, se reprodujo en Lima, probablemente sin autorización ni conocimiento de su autor, las *Lecciones de Derecho Público Constitucional* de Ramón de Salas, catedrático de Salamanca, que habían sido impresas en 1821, en dos tomos, como presentación y comentario general de la Constitución de 1812.
50. Este libro parece ser el primer manual que fue de uso general entre los alumnos de la época, si bien no hay que descartar otras lecturas de la Ilustración que por entonces circulaban en sus idiomas originales (inglés y francés). Y además es el primer libro que en materia constitucional se imprime en el Perú independiente.
51. El libro de Salas, sin embargo, no toca el tema del control constitucional, lo cual es perfectamente explicable por la época (lo hace al paso, cuando toca el poder conservador).
52. Años después, se publica, en traducción del francés, el *Compendio de Derecho Publico Interno y Externo*, del portugués Silvestre Pinheiro Ferreira, a cargo y con extensas notas de Bartolomé Herrera, que tanta importancia estaba llamado a tener con los años, y que tuvo una influencia muy grande. La primera edición de este texto de Pinheiro es de 1848, y la segunda, prácticamente igual, no tiene fecha, pero es probable que sea de la década de 1860, a tenor por las indicaciones que se tienen.



53. Pues bien, este texto traducido, y las notas que les puso Bartolomé Herrera que eran tan extensas como el libro que se comentaba, no tiene una referencia directa al control constitucional, aun cuando asoma de forma implícita, pues ambos autores se afilian a la tesis del “poder conservador” (o moderador) que había sostenido años antes Benjamín Constant.
54. Por esa época, Felipe Masías publica en 1855 su *Breves nociones de la Ciencia Constitucional*, que tendrá una segunda edición en 1860, y en donde se presenta por vez primera un manual de la disciplina en forma orgánica y autónoma, si bien no muy extenso, y en donde su autor se pronuncia sobre el control de constitucionalidad, pero a ser llevado a cabo por el Poder Judicial, que es lo que se conoce como modelo americano.
55. Poco después, José Silva Santisteban publica su libro *Curso de Derecho Constitucional*, cuya primera edición es de 1856, y que no contiene ninguna novedad. Lo mismo sucede con la segunda edición que es de 1859 y con la tercera, muy ampliada, de 1874.
56. Importante por la vasta influencia que tuvo es el libro de Luis Felipe Villarán, que sirvió durante más de veinte años como texto universitario. Su título es *Comentarios a la Constitución peruana*, y tuvo una única edición que se llevó a cabo en 1899. Su autor se muestra cauto sobre el problema y tiene serias dudas de que el control constitucional pueda ser ejercido por el Poder Judicial. En todo caso, no se muestra entusiasta con la institución.
57. Más bien Manuel Vicente Villarán, hijo de aquél y que se dedicó igualmente a la docencia universitaria, fue un decidido partidario de la institución, como lo demuestran sus lecciones universitarias de 1915-1916, de amplia circulación en la época, aun cuando editadas póstumamente décadas después, y en el anteproyecto constitucional que presentó en 1931, como veremos más adelante.

## VIII. UN BALANCE DEL SIGLO XIX

58. De lo expuesto se desprende que durante el siglo XIX no asomó en el Perú el tema del control de constitucionalidad, entendido como control de normas, no empuje que otros países del área lo tenían (como es el caso de México desde 1841 y la Argentina desde 1868), y que se conocía ampliamente la doctrina contenida en *El federalista* y el clásico libro de Tocqueville sobre la democracia en América.
59. Aun más, la única vez que se plasmó expresamente el principio en 1856, quedó como un enunciado escueto, que exigía un desarrollo procesal o procedimental que nunca se dio. Y en consecuencia, hizo totalmente ineficaz tal principio.

60. Y aun más, el enunciado de la Carta de 1856 sirvió sólo para justificar revoluciones y levantamientos contra el poder constituido, motivo por el cual, al debatirse la Carta que la reformaría y que fue la de 1860, se legislador optó, por razones de seguridad, por eliminar el texto.
61. Igual puede decirse de la doctrina, parca en este sentido. Y en cuanto a la experiencia del Consejo de Estado, que no volverá a repetirse, fue interesante, pero no de carácter jurisdiccional. Si bien en el periodo 1839-1855, tiene una actividad interesante.

## **IX. LOS INICIOS DEL SIGLO XX**

62. Iniciado el siglo XX, se dan algunos rasgos interesantes que debemos destacar.
63. El primero es la sentencia de la Corte Suprema de agosto de 1920, en la cual el más alto tribunal, haciéndose eco del dictamen fiscal del Dr. Guillermo Seoane, sostiene no sólo que la Constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico contra la cual no pueden ir las leyes que son infraconstitucionales, sino que corresponde al Poder Judicial declarar la supremacía de la Constitución, sobre las demás normas que pretendan desconocerla.
64. Esta ejecutoria suprema es, al parecer y mientras no encontremos antecedentes más remotos, la primera vez que el Poder Judicial peruano conoció un caso inconstitucional, declarando la inaplicación de la ley que así la desconocía, si bien no muy claramente en el enunciado.
65. Este caso, que al parecer no tiene precedentes, fue importante, pero lamentablemente no tuvo seguimientos ni tampoco despertó una corriente de opinión favorable a ella, ni menos aun motivó la aparición de nuevos pronunciamientos judiciales, que no se dieron. Por el contrario, se abandonó esta tendencia por varias décadas, hasta que cambió el entorno, como veremos luego.
66. Coincidente con este fallo judicial, se encuentra el Proyecto de Reforma de la Constitución, que prepara una comisión parlamentaria en 1919, presidida por Javier Prado y a la que he mencionado, en donde propuso claramente atribuir a la Corte Suprema la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, que de esa manera hizo así su ingreso al mundo oficial. Y que dio origen a algunas posturas doctrinarias en los años posteriores.
67. Lamentablemente, el proyecto propuesto por la Comisión presidida por Prado, fue elevado al Pleno de la Asamblea Nacional, pero nunca fue discutido. De la revisión del "Diario de Debates" de la época aparece que el texto sobre el control constitucional no llegó a ser debatido en el Pleno, pues el mismo Prado, entonces Senador por Lima, lo retiró del proyecto, por motivos que se desconocen. Es probable que ello se haya debido a

compromisos o presiones políticas de la época, que serían comprensibles teniendo en cuenta que el régimen que recién se iniciaba endureció con los años su política represiva de las libertades fundamentales. El porqué Prado, hombre talentoso y con gran prestigio, aceptó retirar el proyecto, es algo que no se sabe, y ni siquiera puede adivinarse, pues a los pocos meses falleció trágicamente (en 1921).

## **X. EL PRIMER PASO. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL (1923)**

68. Lo que sí es claro es que el tema del control de la constitucionalidad de las leyes, llega a ser un tema de discusión pública, o por lo menos, en los medios académicos, desde que fue incorporado al anteproyecto de Constitución de 1919, si bien el tema, como ya se adelantó, no llegó a ser discutido.
69. Esto explica que el tópico aparezca en la Comisión Reformadora del Código Civil, nombrada por el Supremo Gobierno en 1922, y que tenía por objeto reformar el Código Civil de 1852, vigente en aquel entonces.
70. De lo que se sabe de las actas publicadas, el tema fue abordado poco después de la instalación de la Comisión, y se pensó en incorporarlo al Código Civil, en la creencia, válida en aquel momento dentro de las estructuras mentales de la época, que el Código Civil contenía los principios básicos del ordenamiento jurídico.
71. Fue así que se pensó en incorporar un dispositivo de naturaleza pública en el Título Preliminar del anteproyecto de Código en discusión. Pero para ello decidieron consultar el tema a tres personalidades, lo que hicieron mediante carta de 5 de mayo de 1923. Las tres personas escogidas fueron las siguientes:
  - a) Anselmo G. Barreto, distinguido magistrado y luego presidente de la Corte Suprema de la República,
  - b) Eledoro Romero, profesor universitario y abogado de mucho prestigio, y
  - c) Manuel Vicente Villarán, antiguo Decano del Colegio de Abogados de Lima y ex rector de la Universidad de San Marcos, y sin lugar a dudas, el mejor constitucionalista de la época.
72. De los tres consultados, sólo el primero absolvió positivamente la consulta por escrito, desconociéndose que pasó con las otras dos.
73. La propuesta de introducir el control judicial fue aprobada en el seno de la Comisión Reformadora en la sesión de 28 de febrero de 1923, y así se hizo saber poco después.

## XI. EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

74. El proyecto de nuevo Código Civil quedó terminado en 1928. El presidente de la Comisión, doctor Juan José Calle, distinguido magistrado de la Corte Suprema, falleció en 1929 y eso motivó que la Comisión entrase en receso.

75. Sin embargo, años más tarde y en 1936, es retomado y así es promulgado el Código Civil, y en él se recoge el artículo XXII de su Título Preliminar que a la letra dice:

“Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera”.

76. La doctrina saludó este aporte, y así lo podemos ver, por ejemplo, en los *Comentarios al Código Civil peruano* elaborados por José León Barandiaran (en el tomo IV aparecido en Lima en 1952), artículo al que dedicó unas cuantas páginas.

77. En la doctrina constitucional, destaca el libro *Comentarios a la Constitución nacional* que José Pareja Paz-Soldán publica en Lima y en 1939, en donde dice lo siguiente:

“El principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales constituye un complemento indispensable del Poder Judicial.... Representa un avance en la vida institucional de la República, uno de los fenómenos de la tendencia a la racionalización del Poder y una oportuna defensa de los principios y normas constitucionales” (pág. 134).

78. Por tanto, hubo una buena recepción de esta normativa, tanto por parte de civilistas, como de constitucionalistas. Sin embargo, el ambiente político de la época no dejó que tal enunciado fuese apreciado ni menos aun desarrollado por la legislación o por la jurisprudencia de los tribunales.

## XII. VAIVENES DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936

79. Sin embargo, algunos casos sobre control de constitucionalidad se plantearon en aquellos años, de los cuales hay uno que otro interesante, aun cuando aislado, que intenta aplicar el control de constitucionalidad, aun cuando la tendencia general era otra.

80. Más bien, en diferentes oportunidades (1948-1956), se alegó que el enunciado del artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil era algo muy general, que no se había desarrollado y que en todo caso, era de aplicación en el ámbito privado y no el público, ya que estaba encuadrado

en un Código Civil. Esto es, no podía con tal artículo enervarse normas sancionadas por el órgano legislativo.

81. Sin embargo, lo que más llama la atención, es que en el discurso de apertura del año judicial de 1956, el presidente de la Corte Suprema, doctor Carlos Sayán Alvarez, defendió esa postura; dijo que el enunciado contenido en el Código Civil no podía ser aplicado pues no había sido objeto de un desarrollo adecuado, y aun más, que al Poder Judicial le correspondía tan sólo aplicar las leyes y en ningún momento inaplicarlas, pues ello representaría una invasión de funciones, que nadie había autorizado al Poder Judicial. Y finalmente, invocaba al Parlamento para que sancionase la ley que permitiese a los jueces ejercitar el control difuso.
82. En contraste con esta posición, el mismo año 1956 y en el mes de julio, se inició un gobierno democrático que dejó atrás las épocas duras que había tenido el país en el periodo 1948-1956, y permitió un mejor juego de las ideas, y sobre todo, un estudio a nivel del foro nacional sobre el importante aspecto del control de constitucionalidad. Vale la pena mencionar que en este punto, la corriente mayoritaria de los abogados era partidaria de lo que se denomina control difuso o americano, esto es, el control a cargo del Poder Judicial. Y así figura en los certámenes que sobre la materia organiza el Colegio de Abogados de Lima (1960-1961).
83. Por esa época, en el discurso inaugural del año judicial (1959), el nuevo presidente de la Corte Suprema, doctor Ricardo Bustamante Cisneros, en medular discurso, sostuvo, entre otros aspectos, la necesidad de que exista un control de constitucionalidad de las leyes, y que éste se ejercitase a través del Poder Judicial.
84. Poco después, una Comisión nombrada por el Gobierno preparó un proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, que curiosamente fue sancionado por un gobierno de facto que duró un año (1962-1963), pero fue un trabajo preparado por gente de muy alto nivel. Dicha Ley Orgánica, que tiene el número 14506, incorporó el siguiente articulado:
85. Artículo 8.- “Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera”.
  - a) “Si no fueran apeladas las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema”.
  - b) “Las sentencias de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, sino se interpusiera recurso de nulidad”.

86. Así fue que se incorporó, de manera clarísima, el principio del control de constitucionalidad de las leyes en 1963, en forma por demás pormenorizada, y que tuvo aplicación durante el periodo 1963-1968.
87. En 1968 hubo un nuevo golpe de Estado, que instaló una Junta militar durante doce años, esto es, desde 1968 a 1980. No obstante esto, los militares cuando vieron que su proyecto se había agotado, concordaron con los partidos políticos un retorno a la vida democrática, y se confeccionó un cronograma para efectuar elecciones generales en 1980 (lo que efectivamente se hizo), pero a lo cual debía antecederse la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que debería aprobar una nueva constitución.
88. Lo importante de la Constitución de 1979, es que por vez primera formaliza un sistema de jurisdicción constitucional al más alto nivel, aprovechando en parte la experiencia peruana que venía desde atrás, pero al mismo tiempo, introduciendo algunos aspectos del constitucionalismo europeo contemporáneo, como lo veremos a continuación.

### **XIII. LA CONSTITUCIÓN DE 1979**

89. En 1968 se inició en el Perú un largo período de gobierno militar que duró doce años, el más largo que hemos tenido en toda nuestra historia. En él se hicieron muchas cosas, algunas bastante discutibles, y otras no tanto. Pero sobre todo, se condensaron muchas ideas que venían desde antes.
90. Y sobre todo, la élite militar tenía pensado, desde un primer momento, que el país necesitaba una nueva constitución, más acorde con los tiempos.
91. En efecto, si revisamos las constituciones peruanas del siglo XIX y las primeras del siglo XX, en especial las de 1920 y 1933, constatamos que todas ellas se parecían mucho las unas a las otras, lo cual era explicable en su momento, pero no a la altura de 1968, cuando el constitucionalismo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, era muy distinto.
92. Fue así que previo acuerdo con los partidos políticos, se convocó a una Asamblea Constituyente que fue plural y democrática, y que funcionó un año, de julio de 1978 a julio de 1979, tras lo cual se aprobó y sancionó una nueva Constitución, que es realmente nueva en relación con todo lo anterior.
93. Este texto, que no está vigente, pero que es modélico y que ha sentado las líneas maestras de lo que vino después, incluyó en él los dos sistemas de control, tanto el difuso, que venía desde antes, como el concentrado, que creó en ese momento según el modelo europeo.

94. Así, reservó al Poder Judicial (art. 234) la facultad de inaplicar las leyes inconstitucionales, en toda clase de procesos, formalizando al más alto nivel normativo el control difuso que incorporado en 1936, había funcionado con altibajos.
95. Y por otro, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano de control concentrado, independiente y separado del Poder Judicial, y que tenía pocas competencias.
96. Lo curioso es que se hizo coexistir dentro del propio ordenamiento jurídico peruano a los dos sistemas, sin mezclarse, por lo que calificarlo de mixto, como se ha hecho, no hace justicia a lo existente. Más bien, me he atrevido a pensar que es un sistema dual o paralelo, connotación que tiene más fuerza explicativa que la anterior.

#### **XIV. A MANERA DE CONCLUSIÓN**

97. Si analizamos la normativa constitucional de los países hispanoamericanos, vemos que todos ellos tuvieron la influencia norteamericana en materia de Derecho Público, y algunos países aportaron innovaciones interesantes partiendo de esa realidad (como es el caso, en el siglo XIX, de México, Brasil, Colombia, Venezuela y Argentina; y de Cuba en el siglo XX).
98. El Perú, por el contrario, demoró ostensiblemente en establecer un sistema de control, que en realidad, si bien planteado por diversos juristas, sólo se consagra a nivel positivo en 1936, en el Título Preliminar del Código Civil de ese año y dentro del llamado “modelo americano”.
99. Y a nivel constitucional, lo hace por vez primera en la Constitución de 1979, que consagra tanto el control difuso como el control concentrado, a cargo de un tribunal *ad hoc*.
100. La vigente Constitución de 1993, si bien diferente a la anterior en la parte de su capítulo económico, no difiere en el punto del control de constitucionalidad, pues repite el esquema plasmado en 1979, con algunos afinamientos (así consagra el Tribunal Constitucional con este nombre, y aumenta alguna de sus facultades). Y lo más probable es que la reforma constitucional en curso, no haga más que reiterar lo existente.
101. En cuanto a la vigencia de tales controles, han operado sobre todo en periodos democráticos, en especial durante los años 1963-1968, y nuevamente en el periodo 1980-1992. Este año, el golpe de Estado de Fujimori cambió las cosas, y empezó un régimen autoritario que sólo se desvaneció en el año 2000, cuando se inicia la recuperación democrática del país, periodo en el cual estamos todavía.

## XV. BIBLIOGRAFÍA

102. El tema del control de constitucionalidad y sus orígenes, no ha sido estudiado en el Perú de forma orgánica, y prácticamente no existen investigaciones puntuales sobre el tema, lo que obliga a tratar numerosa documentación dispersa. Como panoramas generales, podemos señalar los siguientes: Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en el Perú* en "Revista de la Universidad Católica", núm. 3 de mayo 1978; Carlos E. Becerra Palomino, *Antecedentes sobre la jurisdicción constitucional en el Perú*, en "Notarius", año II, núm. 2, 1991 y Ernesto Blume Fortíni, *El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución* en "Pensamiento constitucional", núm. 3, 1996.
103. Los textos constitucionales se encuentran en José Pareja Paz-Soldán, *Las constituciones del Perú*, Edic. Cultura Hispánica, Madrid 1954 y Domingo García Belaunde (con la colaboración de Walter Gutiérrez C.), *Las Constituciones del Perú*, Ediciones del Ministerio de Justicia, Lima 1992. Sobre la vigente Carta, cf. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Edit. Grijley, Lima 1994.
104. Sobre el Consejo de Estado, centrado en su período más activo y significativo, con numerosa documentación de la época, cf. Daniel Soria Luján, *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado: (1839-1855)*; tesis para el título de abogado presentada en la Universidad Católica el 2 de octubre de 1997; un resumen de ella se encuentra en "Pensamiento constitucional", núm. 5, 1988.
105. Los principales textos doctrinarios del siglo XIX son los siguientes: el libro de Ramón de Salas, publicado originalmente en dos tomos en Madrid en 1821, se reprodujo en Lima, y tiene la siguiente ficha: *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, Imp. Republicana de José María Concha, 2 tomos, Lima 1827, 247 páginas. Sobre la edición peruana del libro de Salas, véase el ensayo de Edgar Carpio Marcos, *El primer libro de Derecho Constitucional publicado en el Perú* incluido como apéndice al libro de Javier Tajadura Tejada, "El Derecho Constitucional y su enseñanza", Edit. Grijley, Lima 2001.
106. El libro de Silvestre Pinheiro Ferreira se publicó en 1848 y tiene la siguiente ficha: *Compendio de Derecho Público Interno y Externo*, traducido y anotado por Bartolomé Herrera para uso del Colegio de San Carlos, Imprenta del Colegio, Lima 1848. Una segunda edición, sin fecha, pero probablemente de 1860, se hizo poco después, sin alterar el texto, pero con caja y tipos distintos. Ya empezado el siglo XX, Jorge Guillermo Leguía lo reprodujo en la "Biblioteca de la República" junto con otros trabajos de Herrera, y bajo el título general de *Escritos y discursos*, Edit. Rosay, 2 tomos, Lima 1929-1934. Entre la numerosa bibliografía sobre Herrera, puede verse, por su carácter compendioso Agustín de Asís,



*Bartolomé Herrera, pensador político*, Sevilla 1954. Véase también, *Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846)*, Bibliografía y estudios críticos, Centro de Documentação do pensamento brasileiro, Bahia 1983. Pinheiro nacido en Lisboa, tuvo una vida agitada y publicó mucho en francés, entre ello el *Précis* de 1830, de donde Herrera lo traduce.

107. Felipe Masías es el que publica el primer manual, si bien pequeño, sobre materia constitucional, y lo hace en 1855, cf. *Breves nociones de la Ciencia Constitucional*, Lima 1855, que trae como apéndice una selección de Ahrens, probablemente traducido del francés por él mismo. Una segunda edición la publicó en 1860, pero sin el apéndice de Ahrens. Masías nunca enseñó el curso de Derecho Constitucional, sino el de Economía Política.
108. José Silva Santisteban publicó mucho y sobre los más diversos temas; cf. *Curso de Derecho Constitucional*, que aparece por vez primera en 1856, dedicado al joven liberal Emilio Castelar, a quien al parecer conoció en uno de sus viajes a la península. Una segunda edición es de 1859, y la tercera es de 1874 y tiene la siguiente ficha: *Curso de Derecho Constitucional*, Lib. de A. Bouret e hijo, 3ra edición, París 1874. Silva Santisteban falleció en 1889, pero sus herederos publicaron dos ediciones más en París, en 1891 y 1914, a las que han calificado como cuarta y quinta edición. En realidad, estas dos últimas no pasan de ser reimpressiones de la tercera de 1874, que por tanto debe considerarse como la definitiva.
109. Luis Felipe Villarán publicó diversos textos que al final de sus días compendió en uno que tiene el título siguiente: *La Constitución peruana comentada*, E. Moreno editor, Lima 1899, y que fue obra de consulta obligada hasta bien entrado el siglo XX. Manuel Vicente Villarán, que lo sucedió en la cátedra, tiene numerosos textos, y unas *Lecciones de Derecho Constitucional* del período 1915-1916, que circularon mucho, pero que sólo se han impreso muchos después (a mi cargo, y dentro del Fondo Editorial de la Universidad Católica en 1998).
110. Sobre la Constitución de 1856, casi no hay comentaristas, pues duró muy poco. Pero un juicio elogioso sobre ella, en lo referente al artículo 10, cf. Toribio Pacheco, *Tratado de Derecho Civil*, Imp. del Estado, tomo I, Lima 1872, (la primera edición es de 1860).
111. Los debates parlamentarios para dejar de lado el famoso artículo 10 de la Constitución de 1856, pueden verse en *Diario de los Debates del Congreso reunido en 1860*, Tip. del Comercio, Lima 1860, pp. 170 ss.
112. Sobre la Constitución de 1920, cf. Toribio Alayza y Paz Soldán, *Derecho Constitucional General y del Perú*, Imp. Cervantes, Lima 1928 y Graham H Stuart, *Governmental system of Perú*, Carnegie Institution, Washington 1925. Sobre la Constitución de 1933, cf. Toribio Alayza y Paz-Soldán, *Derecho Constitucional del Perú y leyes orgánicas de la República*, Imp Sanmartí, Lima 1934 y José Pareja Paz-Soldán, *Comentarios a la*

*Constitución nacional*, Talleres Graf. del Hosp. Víctor Larco Herrera, Lima 1939. Con diversos añadidos y actualizaciones, el mismo Pareja publicó posteriormente la misma obra con otro título, *Derecho Constitucional Peruano*, Ed. Lumen, Lima 1951, que ha tenido numerosas ediciones y ha influido enormemente en las décadas posteriores.

113. Sobre la Constitución de 1979, cf. José Pareja Paz-Soldán, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Edit. Justo Valenzuela, 3ra edición, Lima 1984, con reimpresiones.
114. Y sobre la vigente Constitución de 1993, cf. Enrique Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993*, con la colaboración de Alberto Otárola, 5ta. edición, Edit. Rao, Lima 1999, y Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Universidad Católica, 6 tomos, Lima 1999.
115. Sobre los proyectos, cf. *Proyecto de reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución*, Edición oficial, Lima 1919, y *Anteproyecto de Constitución política del Estado*, Im, Torres Aguirre, Lima 1933 (es el preparado por la Comisión *ad hoc* que presidió Villarán).
116. Sobre los antecedentes y debates del Código Civil de 1936, véase, Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, *Actas de las sesiones*, Imp. Castrillón, Lima 1928; tomo I, así como *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*, Imp. Gil, Lima 1926. Los avances aprobados por la Comisión Reformadora se encuentran en Juan José Calle, *Código Civil del Perú*, Imp Gil. Lima 1928; trae el Código Civil de 1852 vigente entonces, dando cuenta de los avances que se incorporarán en el código proyectado.
117. Sobre el movimiento legislativo de la década de 1960, véanse entre otros, Ernesto Perla Velaochaga, *La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*, en "Derecho", núm. XIX, 1963
118. Bibliografía general; cf. Helen L. Clagett, *A guide to the law and legal literature of Peru*, The Library of Congress, Washington 1947 y Domingo García Belaunde, *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano*, en "Derecho", núm. 29, Lima 1971.