

# *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el consejo de Estado (1839-1855)<sup>1</sup>*

DANIEL SORIA LUJÁN

## I. JUSTIFICACIÓN E HIPÓTESIS

La investigación ofrece un aporte inicial al conocimiento de los mecanismos de defensa de la Constitución en el Perú de la primera mitad del siglo XIX, especialmente durante la vigencia de la Constitución de 1839.

Como hipótesis de trabajo afirmamos que, no obstante que en el Perú se adoptó desde un inicio el modelo de defensa de la Constitución plasmado en Cádiz en 1812, en el cual las Cortes se constituían en el guardián de la Carta frente a las infracciones fácticas de los otros poderes del Estado —especialmente del Ejecutivo—; en la práctica el cuerpo legislativo no cumplió con este deber en el período comprendido entre 1839 y 1855; siendo por el contrario el Consejo de Estado —cuerpo que auxiliaba en la defensa constitucional al Congreso— la corporación que tomó la iniciativa en la guarda de la Constitución, utilizando al máximo sus limitadas atribuciones constitucionales.

<sup>1</sup> Tesis para optar por el título profesional de abogado, sustentada el 2 de octubre de 1997 en la Facultad de Derecho de la PUCP. Aprobada por unanimidad con mención «sobresaliente». El jurado estuvo conformado por los Dres. Domingo García Belaunde (Presidente), Valentín Paniagua Corazao y René Ortiz Caballero.

## II. DESCRIPCIÓN DEL MODELO DE DEFENSA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO DE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

El modelo peruano de defensa de la Constitución, desarrollado en los primeros treinta años de vida republicana, es tributario de la Constitución de Cádiz de 1812.

La fórmula gaditana de defensa de la Constitución estaba contenida en los artículos 372° y 373° de su texto:

«Artículo 372°: Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella».

«Artículo 373°: Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución».

De esta manera, se concede a los españoles un derecho que tiene como finalidad solicitar a las Cortes o al Rey que la Constitución sea observada, en tanto los primeros hayan advertido posibles violaciones que se cometieran contra ella. Con relación a la importancia de este derecho, en el Discurso Preliminar al Proyecto de Constitución Política de la Monarquía Española se afirmó lo siguiente:

«(...) El libre uso de este derecho es el primero de todos en un Estado libre. Sin él no puede haber patria, y los españoles llegarían bien pronto a ser propiedad de un Señor absoluto en lugar de súbditos de un Rey noble y generoso».

Frente a este derecho, las Cortes tenían la obligación de tomar en consideración las representaciones y absolverlas. Es así que los artículos citados son complementarios y formaban un «conjunto inescindible»<sup>2</sup>.

Este mecanismo defendía a la Carta gaditana frente a posibles infracciones manifestadas en actuaciones inconstitucionales de los empleados públicos. Es decir, frente a actos y no frente a normas, ya que facultad de resolución residía en las Cortes<sup>3</sup>. Estas también se adscribían al dogma de la soberanía nacional, que implicaba la supremacía del Parlamento frente a los otros poderes, lo que nos llevaba al principio de que los actos del cuerpo legislativo *per se* debían ser considerados como constitucionales.

En este procedimiento de «control de la constitucionalidad de los actos de los funcionarios públicos realizado por las Cortes», en caso de existir una infracción constitucional, se declaraba la anulación del acto considerado como inconstitucional

<sup>2</sup> Lorente Sariñena, Marta. *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 26. La descripción del modelo la hemos extraído de este excelente libro.

<sup>3</sup> La Constitución de Cádiz establecía también que las representaciones de observancia de la Constitución frente a infracciones a la misma podían ser presentadas al Rey además de las Cortes. No obstante, fueron las Cortes las destinatarias de la inmensa mayoría de representaciones. *Ibidem*, pp. 171-172 y 183.

y, por lo tanto, de sus efectos, reponiéndose las cosas al estado inmediatamente anterior a la producción del acto inconstitucional. La responsabilidad penal de los autores se ventilaba en las instancias judiciales competentes, previa denuncia hecha por las Cortes.

En receso de las Cortes, la llamada Diputación Permanente tenía la facultad de «velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que haya notado». Es decir, tenía «exclusivamente el papel de recibir y conservar las representaciones por infracciones a la Constitución hasta la reunión de las Cortes». En este cuerpo tenemos el antecedente de la comisión permanente del Congreso, que es una institución de origen exclusivamente español. Su existencia se sustentaba como cuerpo que, en ausencia del cuerpo legislativo, tutelaba la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y las leyes.

Este modelo gaditano fue adoptado por el constitucionalismo peruano inicial. Las fuentes históricas parlamentarias nos informan sobre la incorporación de este sistema. Así, en primer lugar tenemos el discurso preliminar elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente de 1822, con el cual presentó a esta corporación el proyecto de Constitución Política, en donde se afirmó que el Congreso tenía el deber de examinar las infracciones a la Constitución y que no «quede en pura teoría» la responsabilidad de los infractores, resaltando la importancia de observar las leyes fundamentales para afianzar el gobierno, y conservar y engrandecer la República. Junto a este deber del Congreso, se señala también como «obligación de todo ciudadano reclamar el cumplimiento de la carta de sus libertades». A pesar de plantearse aquí una obligación y no un derecho ciudadano (como en Cádiz), en la redacción del proyecto y luego en la Constitución de 1823 se estableció como potestad y no como obligación. De esta manera, tenemos que en el capítulo dedicado al tema de la observancia de la Constitución en la Carta de 1823, se dice a la letra en sus dos primeros artículos:

«Art. 186º: El primer cuidado del Congreso, luego después de la apertura de sus sesiones, será examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieren remediado, a fin de decretar lo necesario para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores».

«Art. 187º: Todo Peruano puede reclamar ante el Congreso, ante el poder ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que notare».

Estos artículos fueron votados y aprobados sin discusión. Como puede observarse, se adopta el sistema gaditano en su integridad.

Este binomio normativo fue reiterado, con algunas diferencias de redacción, en las constituciones de 1828, 1834 y 1839. En la Carta de Huancayo se plasmó de esta manera:

«Art. 177º: Todo peruano puede reclamar ante el Congreso o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución».

«Art. 184º: El Congreso inmediatamente después de la apertura de sus sesiones, examinará si la Constitución ha sido exactamente observada, y si sus infrac-

ciones están corregidas, proveyendo lo conveniente para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores».

Por otra parte, siendo fieles al modelo de Cádiz, los constituyentes peruanos también pretendieron diseñar un organismo análogo a la Diputación Permanente de Cortes, para que se encargue de recibir las representaciones por infracciones a la Constitución mandadas al Congreso en receso de éste, formar los respectivos expedientes y dar cuenta de ellos al cuerpo legislativo al inicio de sus sesiones para que los resolviera.

En el Perú tenemos, en primer lugar, que en la Carta de 1823 se consagró un Senado Conservador, el cual fue propuesto con anterioridad en las Bases de la Constitución de 1822 como Senado Central. Entre sus atribuciones, tenía la de velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes. La Comisión de Constitución encargada de elaborar el proyecto de la Carta del 23 nos refiere que el Senado «es como una sección del representativo, que además de su carácter conservador, llena los intervalos de las legislaturas». De esta manera, su función conservadora la debía realizar en receso del cuerpo legislativo, no teniendo una capacidad resolutoria propia.

Luego de esta primera experiencia constitucional<sup>4</sup>, el Congreso Constituyente de 1827, en la Constitución de 1828, otorgó esta facultad del Senado Conservador a lo que sería el primer antecedente constitucional de una comisión permanente del cuerpo legislativo: el Consejo de Estado, que actuaría en receso del Congreso. Estaba compuesto de diez senadores elegidos por ambas Cámaras (Senadores y Diputados) a pluralidad absoluta. Se señaló que debía velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, pero aquí se precisó que debía formar expediente sobre cualquiera infracción para dar cuenta al Congreso<sup>5</sup>.

La Carta de 1834 reguló más extensamente al Consejo de Estado. Lo convirtió en un cuerpo permanente compuesto de dos consejeros por cada departamento, los cuales eran elegidos por el Congreso de dentro o fuera de su seno. Velaba por la observancia de la Constitución y de las leyes, especificándose que debía requerirse al Poder Ejecutivo para que cumpla la Constitución ante posibles infracciones que haya cometido, y en caso de no enmendar su conducta inconstitucional, debía formar expediente para dar cuenta al Congreso. Se precisa pues que el control constitucional va dirigido a los actos inconstitucionales que realice el Poder Ejecutivo.

Finalmente, la Constitución de Huancayo de 1839 mencionaba que el Consejo de Estado estaría compuesto de quince individuos elegidos por el Congreso de dentro o fuera de su seno. También era un cuerpo permanente al igual que en el 34. Su atribución de velar por la Constitución se estipularía de la siguiente manera:

---

<sup>4</sup> En la Constitución bolivariana de 1826 no se reproduce el esquema gaditano, a pesar de la existencia de una Cámara de Censores a la que se atribuyó la vigilancia de la Constitución.

<sup>5</sup> El Consejo de Estado también ejercía otras atribuciones del Congreso en receso de éste. De otro lado, también tenía una segunda naturaleza como cuerpo consultivo del Poder Ejecutivo. Estos aspectos no serán desarrollados en el presente artículo.

«Artículo 103°: Son atribuciones del Consejo: 1° Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Ejecutivo primera y segunda representación para su cumplimiento, exigiendo la responsabilidad en la tercera, en el tiempo y forma que señala esta Constitución.

De esta forma, se establecen dos requerimientos previos al Ejecutivo para que enmiende su conducta inconstitucional. ¿Cómo se exigía la responsabilidad en la tercera representación? Al hacerse referencia al «tiempo y forma que señala esta Constitución», la mención no sería otra que al artículo constitucional que establecía la obligación del Congreso de examinar y resolver las infracciones a la Constitución (Art. 184°). Es por ello que el Consejo de Estado regulado en esta Carta finalmente siguió el mismo principio establecido desde 1828 –e incluso desde 1823 pero con un cuerpo de diferente denominación–, por el cual actuaba como comisión permanente al recibir toda representación por infracciones a la Constitución en receso del Congreso y, una vez reinstalado éste, se las hacía saber para que las resolviera.

Es en virtud de este recorrido normativo que podemos advertir que en las constituciones peruanas de la primera mitad del siglo XIX se adoptó el sistema de Cádiz, por el cual los peruanos tenían el derecho de reclamar por infracciones a la Constitución y el Congreso la obligación de resolver estas infracciones constitucionales; y en receso de éste existió una corporación encargada de recibir las representaciones y dar cuenta de ellas en la próxima legislatura.

### III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS INFRACTORES A LA CONSTITUCIÓN

Si en base al expediente formado por el Consejo de Estado o *motu proprio*, el Congreso determinaba la existencia de una infracción constitucional, se establecía la responsabilidad del infractor. La forma de establecer esta responsabilidad se realizaba a través del procedimiento de acusación constitucional, ya que el Congreso establecía la responsabilidad sólo en las esferas más altas de los poderes del Estado (el Presidente de la República y sus ministros en el caso del Poder Ejecutivo y los vocales de la Corte Suprema en el caso del Poder Judicial); las infracciones constitucionales de los subordinados las resolvían sus superiores (las cabezas de los poderes Ejecutivo y Judicial), que en esta forma también ejercían la defensa constitucional.

Sobre este punto, el Perú diseñó su procedimiento de acusación constitucional inspirándose también en el modelo gaditano. De esta manera, la Constitución de 1828 estableció que la Cámara de Diputados tenía el deber de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, a los miembros de ambas Cámaras, ministros de Estado y a los vocales de la Corte Suprema de Justicia por determinados delitos que hayan cometido, entre ellos las infracciones a la Constitución, y el Senado determinaba si había lugar a la formación de causa por dichas acusaciones, suspendiéndose en el empleo al acusado, quien era finalmente juzgado por la Corte Suprema<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Los vocales de la Corte Suprema eran juzgados por el llamado Tribunal de los Siete Jueces.

Las infracciones a la Constitución traían como consecuencia sanciones prescritas por las leyes. A este respecto, la ley de 14 de junio de 1828 señaló lo siguiente:

«El que infringiere algún artículo constitucional, a más de las penas que le correspondan por las leyes generales y existentes, según los casos y materia de la infracción, será suspenso del ejercicio de la ciudadanía y de cualquier empleo civil, político, militar o eclesiástico que obtenga, sin poder ser rehabilitado sino por el Congreso».

Estas sanciones constituían el punto final de un proceso seguido por infracciones a la Constitución durante la vigencia de la Carta del 28.

La Carta de 1834 reprodujo el diseño de su antecesora, incluyendo a los consejeros de Estado como sujetos pasibles de acusación constitucional. En este período, la ley de 17 de junio de 1834 reglamentó la acusación constitucional y estableció sanciones por algunas infracciones a la Constitución, hasta su derogación total en 1868.

Finalmente, la Constitución de Huancayo de 1839 mantuvo el mismo esquema, pero las infracciones a la Constitución ya no estaban contempladas como un supuesto de acusación constitucional. ¿Cómo se estableció entonces la responsabilidad? Para responder a esta pregunta, debemos tener presente que la infracción a la Constitución no era un acto ilícito diferente de los delitos, sino era un tipo de delito. En las normas supremas de 1828 y 1834 se estableció a la letra que la acusación se realizaba por «los delitos de traición, atentados contra la seguridad pública, concusión, infracciones a la Constitución (...)»; de la redacción puede establecerse pues que la infracción a la Constitución era un delito. Jorge Basadre pareció entenderlo así, cuando se refirió al deber de la Cámara de Diputados en la Carta del 28 «de acusar por diversos delitos, *incluyendo* el de infracciones a la Constitución». La ley de 17 de junio de 1834, por otra parte, mencionaba en su artículo primero que todo peruano tenía el derecho de acusar ante la Cámara de Diputados al Presidente de la República o el Presidente del Consejo de Estado encargado de la presidencia, y a los ministros de Estado, por infracciones a la Constitución y demás actos ilegales de su administración; el artículo segundo concedía también a todo peruano el derecho de acusar a los miembros de las Cámaras, consejeros de Estado y vocales supremos «*por los mismos delitos* (se refiere a los del artículo 1°) y por los de traición, concusión y cualquiera otro cometido en el ejercicio de sus funciones»; observamos pues que también para esta norma las infracciones constitucionales eran delitos. Esta misma norma estableció sanciones penales que castigaban las infracciones constitucionales cometidas, tales como la pena de muerte, el destierro, la pérdida de la ciudadanía, etc.

En la Carta de 1839, al igual que en las Constituciones de 1828 y 1834, el artículo relativo a la acusación constitucional de la Cámara de Diputados tenía al final el supuesto genérico de acusar por todo delito cometido en el ejercicio de las funciones de las personas pasibles de acusación. Habiendo determinado que la infracción constitucional era un delito, el hecho de no incluirse expresamente a éstas no fue obstáculo para someter a los infractores al proceso de acusación constitucional, ya que estas infracciones podían incluirse como delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Recordemos que si las infracciones constitucionales implicaban que las cabezas de los

poderes del Estado se extralimitaban en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, entonces realizaban estos actos ilícitos necesariamente al ejercer su función.

En síntesis, la responsabilidad por infracciones a la Constitución –delito cometido en ejercicio de funciones– se hacía efectiva por el Congreso contra las máximas autoridades de los poderes del Estado que hayan cometido dichas infracciones (presidente, ministros, etc.), además de los consejeros de Estado, a través del procedimiento de acusación constitucional y posterior juicio ante la Corte Suprema, la cual sancionaba a través de penas establecidas expresamente en la ley.

#### IV. EL PODER CONSERVADOR

La potestad de defender a la Constitución fue denominada por la doctrina constitucional de la época como «poder conservador». Poder porque hace referencia a una atribución o facultad; conservador porque mediante esta facultad se conserva o protege a la Constitución frente a posibles violaciones de que podía ser objeto.

El término «conservador» lo encontramos en la Francia revolucionaria, y según Carl Schmitt proviene originalmente de los cuerpos denominados «*conservators of liberty*» y «*conservators of the Charter*», planteados por influencia de James Harrington en la Inglaterra republicana del siglo XVII. Como podemos observar, este concepto se desarrolla en un contexto «republicano», donde el rey no forma parte de la división de poderes ni participa de la facultad de defensa de la Constitución.

En otro contexto, con la restauración absolutista europea a partir de 1815, el retorno del rey al poder plantea nuevamente la tensión entre el principio monárquico y el principio democrático. En este contexto, Benjamín Constant trató de conciliar estas dos posiciones contrapuestas en su famoso bosquejo de Constitución para el establecimiento de una monarquía constitucional. En esta propuesta, establece un «poder real» al lado de los poderes ejecutivo, representativo, judicial y municipal<sup>7</sup>.

Este poder real, que residía en el monarca, tenía como finalidad vigilar que los otros poderes se desarrollen armoniosamente entre sí, evitando que alguno pueda excederse en sus atribuciones en desmedro de los otros; es decir, mantener el equilibrio entre estos poderes. Por esta razón, con relación a éstos, la prerrogativa del rey constituye para Constant un «poder neutro», el cual no es un poder activo sino pasivo. Por otra parte, critica que esta facultad sea otorgada al Legislativo o al Ejecutivo, ya que degenerarían posteriormente en arbitrariedad y despotismo, respectivamente.

Vemos pues que en un espacio monárquico-constitucional, en la idea de la defensa de la separación de los poderes –que finalmente conduce a la idea de la defensa de la Constitución<sup>8</sup>– está presente la facultad conservadora bajo el nombre de poder real

<sup>7</sup> Sin embargo, Constant reconoce que el primero en formular la doctrina del poder real fue M. de Clermont Tonnerre.

<sup>8</sup> Artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución».

o neutro. También puede denominársele «poder moderador», ya que modera la actuación de los demás poderes. Por otra parte, Heinrich Ahrens, un filósofo alemán de gran influencia en el Perú decimonónico a partir de la década de 1840 –aunque fue un autor menor en su propio país–, aporta la información que en Alemania se conocía a esta facultad como «poder inspectivo».

Toda esta influencia es la que llega al Perú. Al no optarse por la monarquía constitucional luego de la independencia, la facultad conservadora será atribuida a uno o más poderes del Estado bajo el nombre de poder conservador, inspectivo, neutro o moderador. En nuestro contexto republicano, estos términos serán sinónimos.

La tardía doctrina de la época acoge la idea del poder conservador en las obras de Francisco García Calderón, Bartolomé Herrera, Manuel Atanasio Fuentes, Felipe Masías, José Silva Santisteban y Luis Felipe Villarán. Fue definido como una potestad ejercida sobre los poderes del Estado, que velaba porque éstos no se extralimitaran en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Al ser la Constitución decimonónica un documento que establecía la separación de poderes a través del establecimiento expreso de determinadas atribuciones para cada poder del Estado, se violaba la Constitución cuando un poder iba más allá de estas atribuciones. Por ello, el poder conservador tenía como finalidad la defensa de la Constitución en última instancia.

La doctrina fue mayoritaria al señalar que esta facultad conservadora no debía ser ejercida por una corporación especial. En defecto de ello, se propuso que los tres poderes compartieran el ejercicio del poder conservador, con mecanismos de control que ejercieran entre sí cuando uno de ellos quería invadir la esfera de atribuciones constitucionales de los otros. Así se entendió al sistema constitucional peruano vigente en la primera mitad del siglo XIX, en donde el Congreso tenía la manifestación más intensa del poder conservador a través de la declaración de responsabilidad en el caso de las infracciones a la Constitución.

## **V. EL CONSEJO DE ESTADO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1839 Y EL EJERCICIO DEL PODER CONSERVADOR**

El Consejo de Estado diseñado por la Carta de Huancayo fue analizado de manera especial en nuestra investigación, en tanto que fue el cuerpo ancilar del Congreso en la tarea de «conservación de la Constitución» que tuvo mayor «autonomía» que las similares corporaciones establecidas con anterioridad, además de ser el que tuvo una vigencia más prolongada.

Fue regulado en el título XIII de la Constitución de 1839. Estaba conformado por quince miembros, elegidos por el Congreso de dentro o fuera de su seno; de los elegidos, el Congreso a su vez designaba al presidente y al primer y segundo vicepresidentes. El Congreso además elegía cinco suplentes.

El cargo de presidente del Consejo duraba dos años, es decir, se elegía en cada legislatura ordinaria, ya que el Congreso ordinario se reunía con esa frecuencia. También en cada legislatura ordinaria se elegían a los vicepresidentes. Existía la posibilidad de reelección tanto en la presidencia y vicepresidencias como en el cargo de consejero.

El Consejo se renovaba también en cada legislatura (cada dos años) por mitades, saliendo por suerte la primera.

Para ser elegido consejero, se necesitaban las mismas calidades que para ser elegido senador, a saber: ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, cuarenta años de edad y tener una renta de 700 pesos procedente de bienes raíces o una entrada de 3,000 pesos al año comprobada con documentos que señalaba la ley de elecciones. En la corporación no podían ser elegidos más de tres militares y tres eclesiásticos; y estaban prohibidos de ser consejeros los generales y jefes con mando de fuerza armada y los ministros de Estado. De otro lado, si un congresista era elegido consejero de Estado, cesaba en el cargo de senador o diputado. Vemos pues que se quiso un Consejo conformado por personas con experiencia y alguna fortuna, y ajeno a la influencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo, del clero y de los militares.

Por otra parte, además de las atribuciones conservadoras y consultivas, la Constitución de 1839 establecía para el Consejo de Estado otras atribuciones:

- a) Convocar extraordinariamente al Congreso por iniciativa propia con el voto de los dos tercios de los consejeros presentes, o a propuesta del Presidente de la República;
- b) Nombrar un tribunal especial compuesto de siete vocales, que fue comúnmente conocido en la época como el «Tribunal de los Siete Jueces». Este tribunal tenía la atribución de hacer efectiva la responsabilidad de la Corte Suprema o de alguno de sus miembros, y conocer los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias que la Corte Suprema pronunciara en última instancia. Los vocales de este cuerpo debían tener las mismas calidades que los consejeros;
- c) Dar al Congreso razón detallada de sus dictámenes y resoluciones;
- d) Dar su dictamen al Presidente de la República sobre los proyectos de ley que juzgare conveniente presentar al Congreso, y sobre las observaciones que hiciere a los que éste le pase. De otro lado, los consejeros tenían el derecho de asistir a cualquiera de las Cámaras a tomar parte en la discusión de los proyectos de ley sobre los cuales el Consejo hubiera dado su dictamen; y
- e) Dirimir las competencias entre las autoridades administrativas<sup>9</sup>.

Un punto importante de nuestra investigación está en el análisis de los documentos del Consejo de Estado, que dan cuenta cómo esta corporación ejerció en la práctica sus atribuciones de defensa constitucional. Del estudio de las fuentes primarias hemos podido elaborar algunas reflexiones sobre los siguientes temas<sup>10</sup>:

<sup>9</sup> También tenía el Consejo otras atribuciones, tales como: Declarar cuando la patria estaba en peligro y otorgar al Ejecutivo las facultades extraordinarias necesarias para salvarla; presentar al Presidente de la República ternas dobles para llenar vacantes en la Corte Suprema y las cortes superiores, y para casos de suplencia de estos puestos; formar la terna para el cargo de arzobispo y obispos; recibir el juramento del encargado del Poder Ejecutivo en receso del Congreso; y examinar la cuenta de gastos del año anterior y el presupuesto del entrante para pasarlo a la Cámara de Diputados con sus observaciones.

<sup>10</sup> En aras de la síntesis y por falta de espacio, no citamos las fuentes que sustentan nuestro análisis, remitiéndonos a los apéndices de nuestra tesis en los cuales las reproducimos en su integridad.

## **1. Extralimitaciones en el ejercicio de las atribuciones constitucionales de los poderes del Estado**

Siendo la Constitución en el siglo XIX un instrumento que consagraba la separación de poderes, asignando determinadas atribuciones a los llamados poderes del Estado, la defensa de la Constitución implicaba ante todo la vigilancia de estos poderes en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, reprimiendo los actos que vayan más allá de las mismas.

El Poder Ejecutivo era el primer objeto de atención del Consejo en cuanto a la observancia de la Constitución, y ante quien se dirigían las llamadas «representaciones» cuando se infringía la Carta. Estos requerimientos se dirigían específicamente a los ministros de Estado involucrados en la infracción constitucional. Las infracciones cometidas por el personal subalterno del Ejecutivo no eran atendidas por el Consejo directamente, sino que se las hacía saber al ministro respectivo para que tomara las medidas pertinentes.

Los límites del Ejecutivo en el ejercicio de sus atribuciones fueron también determinados por el Consejo antes de que el Gobierno cometiera algún acto infractor, cuando éste consultaba antes de cualquier actuación a la corporación conservadora. Por otro lado, también el Consejo dictaminaba contrariamente a la posibilidad de que el Ejecutivo ejerciera alguna atribución propia del Legislativo.

De esta manera, en líneas generales el Consejo trataba de encaminar al Ejecutivo en el ejercicio de su conducta constitucional, tanto a nivel de las representaciones como de los votos consultivos.

La facultad conservadora del Consejo de Estado con relación a las infracciones del Poder Ejecutivo era constitucionalmente clara. También era claro de acuerdo a la Carta del 39 que ni el Consejo ni ningún poder del Estado velaba por la conducta constitucional del Congreso, al ser éste el primer poder del Estado.

No obstante este esquema, el Consejo de Estado consideró en la práctica que sí debía advertir cuándo el Congreso se extralimitaba en el ejercicio de sus atribuciones. Para ello, utilizó la facultad constitucional de dar su voto consultivo al Presidente de la República cuando éste deseaba formular observaciones a los proyectos de leyes que le eran remitidos por el Congreso, para ser promulgados como leyes. Este procedimiento de observaciones también se utilizó contra las resoluciones del Congreso sobre asuntos particulares. Y es específicamente en algunos de estos casos singulares en donde el Consejo emitió votos consultivos, señalando que el Congreso había ido más allá de lo establecido en la Constitución.

Es así que el Consejo, indirectamente, entendía que podía vigilar también al Congreso cuando éste se desviaba de la senda constitucional. Por ello el dogma de la soberanía del Parlamento, por el cual todas las actuaciones del cuerpo legislativo necesariamente estaban ajustadas a la Constitución y por lo tanto no podía ser controlado, no era absoluto en la realidad, cuando el Consejo a través de sus argumentos propiciaba un mecanismo que podríamos llamar de «observaciones del Poder Ejecutivo por infracciones a la Constitución». Sin embargo, esta forma de controlar al Congreso

no era plena, ya que según la Constitución este freno podía ser superado si el proyecto de ley cuestionado era aprobado en ambas Cámaras con mayoría absoluta de una y otra, respectivamente.

Esta prerrogativa que asumió el Consejo de advertir las extralimitaciones en el ejercicio de las atribuciones del Congreso, por intermedio de los votos consultivos otorgados en los casos de observaciones del Ejecutivo a las resoluciones del Congreso, fue realizada a nuestro entender con independencia; es decir, que el Poder Ejecutivo no tuvo injerencia en los votos del Consejo para tener argumentos con que enfrentar al Parlamento. Prueba de ello es que algunas opiniones consultivas no se adherían a las observaciones presidenciales. Incluso cuando el otorgamiento de una atribución no fue claro, el Consejo votó a favor del Congreso.

En torno a la eficacia de estas observaciones, tenemos que en los congresos ordinarios de 1847 y 1849, períodos en donde se emitieron las resoluciones estudiadas, no se sancionaron ulteriormente las mismas, con lo cual el Congreso retrocedió en los casos de las observaciones presidenciales con el dictamen del Consejo y aun en contra de la opinión de este cuerpo.

En consecuencia, podemos apreciar que el Consejo de Estado de la Carta de 1839, especialmente entre los años 1845 a 1851, sí tuvo un afán por convertirse en un cuerpo inspectivo de *todos* los poderes del Estado.

## **2. Defensa de la garantías individuales (derechos fundamentales)**

El Consejo de Estado requirió en algunos casos al Poder Ejecutivo por infracciones a la garantía individual (derecho) a la libertad y seguridad personales. Consideró que se trataba de la defensa de un derecho inherente a la naturaleza humana, y que su vulneración en un ciudadano comprometía a todos los demás. Sin embargo, las representaciones del Consejo de Estado al Poder Ejecutivo no fueron eficaces, al no aceptar éste enmendar su conducta inconstitucional, aduciendo la no vulneración de la Carta. Ante esta actitud, el Consejo envió los expedientes al Congreso, el cual no estableció en ningún caso la responsabilidad de los ministros infractores.

Por otra parte, en menor medida el Consejo representó al Poder Ejecutivo por la infracción de otras garantías individuales, tales como la propiedad y la libertad de industria, dándose aquí también una confrontación en la calificación de los actos lesivos.

## **3. Interpretación de la Constitución**

El Consejo trató de interpretar en más de una oportunidad algunos preceptos constitucionales, fijando contenidos constitucionales ante determinadas situaciones de aplicación. En unos casos, la interpretación del Consejo se enfrentaba a los puntos de vista contrapuestos por el Ejecutivo y el Legislativo. En otros, la interpretación efectuada por el Consejo era claramente contraria al precepto constitucional, lo que evidenciaba que en estos supuestos se prescindía de criterios jurídicos, quizás en favor de intereses corporativos.

#### 4. Límites en el ejercicio de las atribuciones del Consejo

El Consejo intentó en muchos casos fijar el contenido de sus atribuciones, pero en otros establecía su falta de competencia. Algunas consultas del Ejecutivo o representaciones de los particulares fueron respondidas negativamente porque el Consejo no tenía las atribuciones correspondientes para pronunciarse sobre ellas.

Tenemos entonces, por ejemplo, recursos presentados a través del respectivo ministerio, en los cuales el Consejo se abstuvo de pronunciarse, devolviendo el expediente y mandándolo a la instancia que debía resolverlo, respetando así sus propios límites. Sin embargo, el Consejo se autolimitaba no sólo porque comprendía que en algunos casos era claro que no gozaba de las atribuciones para pronunciarse, sino también porque era responsable ante el Congreso por eventuales infracciones constitucionales en el ejercicio de sus funciones.

#### 5. La idea de supremacía de la Constitución

¿Fue considerada la Constitución como una norma superior a las leyes? El constitucionalismo europeo continental que se desarrolló en Francia y España desde fines del siglo XVIII y principios del XIX respectivamente, hasta la época de la restauración absolutista (1815 en adelante), sí consideró que la Constitución era una norma suprema. Sin embargo, no todos los poderes del Estado estaban sometidos a un control constitucional, específicamente el Parlamento. El principio de la supremacía del Parlamento implicaba que por ser este cuerpo la expresión de la voluntad general, sus actos necesariamente eran constitucionales, de allí el rechazo a mecanismos de control del cuerpo legislativo.

Las fuentes investigadas sobre este punto muestran que el Perú también fue alcanzado por la idea de que la Constitución era una norma suprema y también, en teoría, no estableció mecanismos de control constitucional del Congreso. No obstante, en el desarrollo práctico del Consejo de Estado, este cuerpo consideró que el Congreso también estaba sometido a las disposiciones constitucionales y trató de impulsar algún tipo de control constitucional.

Por ejemplo, un brevísimo dictamen del Consejo de fecha 6 de diciembre de 1849 nos pone en el supuesto de un artículo de un proyecto de ley de 1849 que al parecer contradecía a la Carta de 1839. El dictamen mencionado era un voto consultivo a favor de las observaciones del Poder Ejecutivo al Art. 22º de un proyecto de ley sobre facultades de los funcionarios políticos. Aseveró el Consejo que las observaciones tenían en su apoyo un artículo de la Constitución (no mencionó cuál) que «no puede ser restringido, modificado ni alterado por una ley particular». Con esta frase, el Consejo afirmó expresamente que este precepto legal contradecía al texto constitucional, iba en contra de la Constitución, y por ser una ley particular no podía modificar a la Carta. Por lo tanto, se reconoce una supremacía del texto constitucional sobre las leyes. Debemos advertir que el Consejo realizó este «control» a través de un voto consultivo no vinculante, y vía las observaciones presidenciales a los proyectos de ley, no a las leyes.

Otro ejemplo lo tenemos en el acuerdo del Consejo de Estado de fecha 24 de diciembre de 1850, en donde esta corporación niega que un Congreso extraordinario, y menos un Congreso ordinario si no observa los trámites de reforma constitucional, pueda mediante una simple ley o un simple decreto alterar los artículos constitucionales. Nuevamente tenemos aquí la declaración de que la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria.

Finalmente, tenemos un último caso que en forma clara nos ilustra en torno al valor de la Constitución para el Consejo de Estado. Mediante un escrito de fecha 14 de marzo de 1853, el Consejo absolvió una consulta de la Corte Suprema. El Tribunal Supremo opinaba que al parecer existía una contradicción entre el artículo 118° inciso 13) de la Constitución de 1839 y el artículo 10° del título preliminar del Código Civil de 1852. El primero señalaba que, ante las dudas sobre el sentido de alguna ley, la Corte Suprema tenía la atribución de consultar al Congreso, y en su receso al Consejo de Estado. En cambio, la ley civil prescribía que dichas consultas sólo se elevaban al Congreso. El Consejo dictaminó que no existía contradicción entre las normas mencionadas, ya que el artículo del Código Civil no prohibía elevar las consultas al Consejo, lo cual permitía expresamente la Constitución. De otro lado, refiere a la Corte Suprema que en la aplicación del artículo civil, «*sabe muy bien que debe atenerse a la disposición constitucional, en cuyo único sentido debe explicarse el Código Civil*». Es decir, que una ley oscura debía interpretarse conforme a la Carta<sup>11</sup>.

Sin embargo, el Consejo se puso también en el hipotético caso de que tal contradicción sí existiera; entonces opinó que en ese supuesto «*la ley no puede en sentido alguno enervar la naturaleza y esencia del artículo constitucional, y cualquiera disposición en contrario sería irrita e insubsistente*». Como podemos apreciar, en esta frase confirmamos claramente lo que en los dos ejemplos anteriores habíamos determinado: la Constitución sí tenía un valor jurídico superior a las leyes. Por ello, no debe extrañarnos que tres años después, en la Constitución de 1856, su artículo 10° haya establecido que «*es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución*», y esta disposición se aprobó en la Convención Nacional sin mayor debate y por unanimidad.

Es así que, de acuerdo a lo analizado en este último acápite, nos encontramos ante el máximo desarrollo del Consejo de Estado: la posibilidad de declarar cuándo una ley o resolución del Congreso (el poder del Estado que no era pasible de controles constitucionales) iba en contra de la Constitución. Esta declaración era tan sólo eso, ya que el Consejo no tenía la facultad de expulsar a la ley inconstitucional del ordenamiento, aceptando que esta atribución residía en el Congreso.

---

<sup>11</sup> No obstante, el Consejo de Estado había considerado, con anterioridad al dictamen bajo estudio, como un defecto del proyecto de Código Civil «la suspensión o disminución de las facultades que concede al Consejo el Art. 118° inciso 13 de la Constitución para ser consultado en receso de las Cámaras, cuando los juzgados y tribunales duden sobre la inteligencia de alguna ley y la Corte Suprema encuentre fundada su duda y digna de aclaración» (dictamen de 15 de octubre de 1850 sobre la consulta del Ejecutivo relativa a la promulgación de los códigos civil y de procedimientos).

## VI. EL CONSEJO DE ESTADO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1839 COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

El Consejo de Estado, en lo que respecta a la defensa de la Constitución, era en teoría sólo una corporación que desarrollaba la labor de detectar infracciones constitucionales y emplazar a los infractores. De persistir el acto violatorio, no tenía finalmente una capacidad resolutoria, la cual sólo estaba reservada al Congreso. Pero la pregunta es ¿cumplió el Parlamento con su función de defensa constitucional en este aspecto? De las fuentes consultadas tenemos que, durante el período materia de la presente investigación, el Congreso no cumplió a cabalidad su función conservadora.

A diferencia de los años 30 del siglo XIX, en donde el Congreso declaró nulos algunos actos violatorios de la Constitución, bajo la vigencia de la Constitución de Huancayo el cuerpo legislativo no adoptó su papel de defensor de la Carta. Hubieron sin embargo varios intentos por superar esta actitud. Por ejemplo, en agosto de 1847, se debatió en la Cámara de Diputados un proyecto de ley elaborado por su comisión de infracciones de Constitución, en donde se declaraba la necesidad de que el Congreso se ocupara con preferencia del examen de las infracciones constitucionales, de conformidad con el Art. 184° de la Carta entonces vigente. En otra parte del proyecto, se prescribía que «se repongan las cosas al estado que tenían antes de haberse cometido las infracciones de la Constitución» y que se dieran por nulos y sin ningún valor «todo cuanto se haya practicado en contravención de cualquiera de sus artículos», mandando hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Este proyecto finalmente no fue aprobado.

En la legislatura siguiente (1849), se aprecia nuevamente la voluntad del Congreso de cumplir con el Art. 184° de la Constitución, pidiendo al Consejo de Estado la respectiva tabla de infracciones constitucionales. Igualmente en la legislatura ordinaria de 1851, donde el diputado Gómez Farfán presentó sin éxito la petición de que el Congreso de cumplimiento al Art. 184° de la Carta, nombrando una comisión especial al efecto, al no haberse cumplido esta disposición «en ninguna de las anteriores legislaturas». Con esta afirmación, este diputado nos da cuenta de la falta de preocupación por parte del Congreso en el tema de las infracciones constitucionales.

No obstante, el Parlamento resolvió algunas representaciones que le fueron enviadas directamente —no a través del Consejo de Estado—, pero las resolvió declarando que no se habían cometido infracciones constitucionales<sup>12</sup>.

Probada la inoperancia del Congreso en este punto, tenemos que el Consejo de Estado fue en la práctica el ente que ejerció la defensa constitucional a través de sus escasos medios: las representaciones, los votos consultivos y los acuerdos. En estos documentos apreciamos un interés porque el Ejecutivo —y en algunos casos el Legislativo— no se extralimite en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, dándole un determinado contenido a los artículos de la Constitución que eran infringidos<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> En líneas generales, hemos podido apreciar que son pocos los documentos referidos a infracciones constitucionales en la época estudiada, que obran en el Archivo General del Congreso de la República.

<sup>13</sup> Ciertamente que nuestra afirmación sobre que el Consejo de Estado fue un solitario defensor de la Carta se relativiza al no haber determinado, por exceder a los límites de nuestra investigación, en qué medida el

## VII. DEBATE EN LA CONVENCION NACIONAL DE 1855 EN TORNO A LA SUPERVIVENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

La revolución liberal de 1854 trajo como consecuencia la derogación de la Carta de Huancayo de 1839. La Convención Nacional del año siguiente decidió elaborar una nueva Constitución. Para ello, los constituyentes decidieron aprobar previamente unas bases constitucionales en torno a ciertos acuerdos políticos indispensables; esta tarea fue encomendada a su comisión de Constitución. Una de las bases discutidas fue la necesidad o no de continuar con un Consejo de Estado. La ponencia fue presentada en la sesión del sábado 4 de agosto de 1855.

La comisión de Constitución fue unánime al considerar la necesidad de la existencia del Consejo. Hubo sin embargo discrepancias en torno a otorgarle facultades conservadoras, opinión sustentada favorablemente por la mayoría de la comisión. Además de velar por la observancia de la Constitución y las leyes, también se quisieron mantener sus facultades consultivas, a través de sus votos consultivos y acuerdos. La sustancial variación con relación a la Constitución de 1839 radicaba en la composición de sus miembros: la comisión opinó que el Consejo debía estar conformado por diversos funcionarios estatales de alta categoría, que a la vez que desempeñaban su cargo ejercerían el cargo de consejero. Los miembros designados eran las autoridades superiores de diversos ámbitos de la administración pública, así como representantes de los comerciantes, de la universidad, del clero, del ejército, etc. Apreciamos pues que, al parecer, se quiso tener un Consejo de Estado eficiente en cuestiones consultivas, al incluir un amplio espectro de funcionarios de los estamentos civiles, militares y eclesiásticos.

La base constitucional sobre el Consejo de Estado se empezó a discutir en la sesión del jueves 6 de setiembre de 1855. Inició el debate José Simeón Tejeda, quien se preguntó cuál era el origen de esta institución en un sistema de gobierno; Tejeda se hizo esta pregunta a propósito de las atribuciones propuestas por la comisión de Constitución (idénticas al Consejo de 1839): conservadoras, votos consultivos y deliberativos. Criticó el hecho que el Consejo tendría más atribuciones que cada uno de los poderes del Estado, por lo que lo calificó como «duende político». Posteriormente, estableció lo que sería uno de los cuestionamientos de fondo hecho al Consejo de Estado: ¿quién moderaba a este moderador? Criticó también su posible independencia, al afirmar que en el pasado fue muchas veces condescendiente con el Poder Ejecutivo<sup>14</sup>. También era importante para este representante establecer en forma precisa la responsabilidad de esta corporación, no estando de acuerdo en hacerla responsable frente al Congreso. La reflexión final de Tejeda apuntaba a que la comisión de Constitución precisara el origen legítimo de esta institución y su utilidad, pero desde ya dejaba entrever su rechazo a la misma.

---

Ejecutivo ejercía el poder conservador vigilando la conducta de sus subordinados, al igual que la Corte Suprema respecto de las instancias inferiores del Poder Judicial y en el caso de los recursos de nulidad por violación de los artículos constitucionales relativos a la administración de justicia.

<sup>14</sup> Creemos que específicamente hacía referencia al gobierno de Echenique (1851-1854) y no al primer gobierno de Castilla (1845-1851).

El representante Latorre quiso responder al cuestionamiento de Tejeda al señalar que el Consejo de Estado surgía de la necesidad de que existiera un cuerpo que velara sobre la observancia de las leyes y que conservara la armonía entre los poderes públicos. Frente a esta afirmación apoyada en la doctrina, Latorre criticó la potencial sumisión de este cuerpo al Poder Ejecutivo, y el hecho de que el Consejo de la Carta de Huancayo se convirtió en un poder tan fuerte como los demás, teniendo injerencia en asuntos que no estaban dentro de sus atribuciones. En cuanto a la conformación del Consejo propuesta por la comisión, cuestionó la presencia del Presidente de la Corte Suprema, quien era la cabeza de un poder del Estado que era objeto de inspección por el Consejo. Por último, estando en contra de la existencia del Consejo, propone que sus funciones sean asumidas por una comisión del seno del Congreso que actuara en receso de éste, tal como fue el Consejo de Estado de la Constitución de 1828.

De otro lado, el representante Julio M. del Portillo afirmó que el origen del Consejo de Estado era popular, ya que era constituido por el Congreso y era un cuerpo que actuaba en receso de éste. Esta función de suplir al Congreso fue la razón principal para que el Sr. Portillo opinase por la necesidad de este cuerpo.

Para el señor Pío Benigno Mesa, el Consejo de Estado era un cuerpo consultivo de los poderes públicos, razón por la cual veía necesario su establecimiento. No obstante, señaló que la composición propuesta por la comisión de Constitución, con funcionarios públicos dependientes del Ejecutivo, y eclesiásticos y militares a quienes dominaba el espíritu de cuerpo, «no ofrecería ninguna garantía a las libertades públicas», y estaría lejos de ser el custodio de la Constitución. Consideró también que la elección de los miembros por el Congreso tendría un carácter político, proponiendo que la elección se hiciera por los departamentos.

Posteriormente, el Sr. Felipe Cortés consideró también al Consejo como un cuerpo ancilar del Legislativo para frenar los excesos del Ejecutivo, aceptando que el Consejo formado por la Constitución de Huancayo fue en varias oportunidades cómplice y no controlador del Ejecutivo. En fin, opinó favorablemente al dictamen de la comisión.

La intervención del Sr. Gervasio Alvarez resultó interesante. No relacionó al Consejo de Estado con el ejercicio del poder conservador según el sistema monárquico constitucional difundido por Constant y Ahrens, sino con la propuesta de Sieyès de un *jurie constitutionnaire*, durante la Francia revolucionaria. De otro lado, Alvarez afirmó que el Consejo de Estado interpretaba la Constitución a través de sus votos consultivos, que de ser aprobados por el Ejecutivo «*se reputaban como una declaratoria de ley por los jurisconsultos y tribunales*», es decir, se consideraban con efectos vinculantes dentro del ordenamiento jurídico. También recordó este representante que nunca cumplió el Congreso con la Constitución al revisar las infracciones constitucionales y haber hecho efectiva la responsabilidad de los infractores. Por último, sugirió que el Consejo estuviera compuesto por representantes de los departamentos.

La palabra final en este debate la volvió a tener el Sr. Tejeda, quien pidió que, si el Consejo se llegaba a establecer, tuviera la facultad no sólo de declarar la responsabilidad de un ministro —como en la Carta de Huancayo—, sino también de separarlo y someterlo al juicio correspondiente.

El debate sobre el Consejo de Estado continuó al día siguiente, en la sesión del viernes 7 de setiembre de 1855. El representante Gálvez inició las intervenciones, opinando en contra del dictamen de la comisión. Consideró importante el hecho que el Poder Ejecutivo necesitara un consejo de hombres con conocimientos especiales en los ramos de la administración pública, pero a su entender esta función la podía cumplir perfectamente un Consejo de Ministros. Y con relación a la facultad conservadora, era partidario de que ésta residiera en cada poder del Estado y no en una corporación particular, ya que con ello se convertiría en una institución tiránica.

El representante Pedro José Tordoya estuvo a favor del establecimiento de un Consejo de Estado fuerte e independiente, con atribuciones que resolvieran adecuadamente los casos de infracciones constitucionales por parte de los poderes del Estado. Su propuesta más audaz fue concederle al Consejo la atribución de suspender «*la ejecución de las leyes cuando éstas sean anticonstitucionales*», es decir, ejercer un auténtico control de la constitucionalidad de las leyes. También sugirió que el Consejo pueda suspender y someter a juicio a los ministros de Estado infractores, así como a los magistrados del Poder Judicial. Pidió además que los consejeros sean responsables en forma individual frente al Congreso.

Santiago Távara, que tuvo el discurso más extenso sobre el tema del Consejo de Estado, pero a la vez el más retórico, fue partidario de que el poder moderador residiera en el cuerpo legislativo. Los problemas del pasado –criticando el hecho de que después de la acusación de Vigil al Presidente Gamarra en 1832 no se hubiera seguido igual procedimiento ante posteriores y más graves violaciones– se resolverían sancionando las leyes de desarrollo constitucional que afiancen la potestad moderadora del Congreso, haciendo referencia expresamente a una nueva ley de responsabilidad. Y en el caso de que el Congreso sancionara una ley injusta, propuso que la Corte Suprema declarara la inconstitucionalidad de dicha ley, hasta que fuera derogada por el mismo Parlamento en la legislatura siguiente. Por último, para disipar el temor de las extralimitaciones del Ejecutivo en receso de las Cámaras, propuso la reunión anual de éstas, y si en el breve receso había alguna extralimitación, se convocaría a un Congreso extraordinario.

El Sr. Alvarez tomó la palabra finalmente y reafirmó su opinión sobre el establecimiento de un Consejo de Estado con facultades consultivas y moderadoras, estas últimas con relación al Ejecutivo y al Judicial, ya que la corporación conservadora debía funcionar para él en receso del Congreso. De otro lado, rechazó la tesis del ejercicio del poder moderador en los poderes del Estado.

La discusión sobre la base constitucional del Consejo de Estado se volvió a discutir en la sesión 41 del martes 11 de setiembre de 1855, y el dictamen de la comisión se votó en la sesión 52 del jueves 27 de setiembre de 1855; se decidió primero votar sobre la existencia del Consejo, proposición que fue desechada por 48 votos contra 19.

De esta manera, la Convención Nacional abolió la institución del Consejo de Estado<sup>15</sup>. Del debate constituyente reseñado, en primer lugar apreciamos que fue juz-

<sup>15</sup> Sus posteriores apariciones en el Estatuto Provisorio de 1879 y la Constitución de 1920, dan cuenta de cuerpos básicamente consultivos del Poder Ejecutivo.

gado el desarrollo del Consejo establecido bajo la vigencia de la Constitución de Huancayo, acusándosele de tener grandes atribuciones por encima de los demás poderes, atribuciones que incluso no estaban en la Constitución, tales como la facultad de interpretación de la misma; y en contrapartida la impotencia para ejercer efectivamente aquéllas. También se criticó el haber sido una instancia colaboradora y no controladora del Poder Ejecutivo. En realidad, juzgaban aquí dos Consejos de Estado diferentes: el que funcionó durante el primer gobierno de Castilla, que tuvo una posición abierta en contra de los actos inconstitucionales de los ministros de Estado y en algunos casos del Congreso; y la corporación desarrollada bajo el mandato de Rufino Echenique, más condescendiente con los actos de ese gobierno.

De otro lado, vemos que no se rechazó la existencia de funciones consultivas y moderadoras en el sistema constitucional de esa época, sino el hecho —para algunos— que una institución independiente del Ejecutivo y el Legislativo pueda ejercerlas. Por ello, algunos postularon la creación de un Consejo de Ministros que sea el titular de las facultades consultivas y una comisión permanente del Congreso para el ejercicio del poder conservador. Interesante es también notar cómo se introduce en el debate parlamentario el tema del control de la constitucionalidad de las leyes del Congreso, que quiso atribuirse al Consejo de Estado o en forma relativa a la Corte Suprema.

En suma, creemos que este debate constituyente es de primera importancia para la historia constitucional del país, ya que marcó las bases constitucionales de lo que sería un nuevo modelo político constitucional que empezó a desarrollarse a partir de la Constitución de 1856, en donde las facultades consultivas pasaría a ejercerlas un cuerpo dependiente del Presidente de la República —el Consejo de Ministros—, y las facultades conservadoras residirían en el Congreso únicamente (y en su receso en una comisión permanente, que tuvo vigencia de 1860 a 1874).

### VIII. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA

No sólo a nivel del debate parlamentario se empezaron a tratar estos temas; la doctrina de la época también se pronunció sobre el tema del Consejo de Estado.

Para Felipe Masías, era importante la institución del Consejo de Estado, pero sólo como un cuerpo consultivo del Poder Ejecutivo. Por ello, ubicó a esta corporación dentro de la llamada administración consultiva, siendo sus opiniones meramente ilustrativas. Su importancia sería entonces de primer orden en la marcha de la administración. Para el fin propuesto, el Consejo de Estado estaría conformado según Masías por los ministros de Estado, los jefes de las oficinas superiores de gobierno y personas calificadas con estudios teóricos y observaciones prácticas. Sugiere también este autor que los consejeros sean elegidos popularmente, pero por un período no muy corto y con la posibilidad de ser reelegidos. También propone el autor que la idea de un Consejo consultivo se reproduzca a nivel ministerial, con comisiones ministeriales que auxilien a los ministros, así como consejos consultivos departamentales y provinciales.

En torno al tema del poder conservador, Masías hace suya la crítica de José Simeón Tejada en la Convención Nacional: ¿quién controlaba al controlador?, con lo cual negó la posibilidad de que un cuerpo especial fuera titular de la facultad moderadora.

Similar crítica planteó en esta época José Silva Santisteban con relación al poder conservador. Específicamente, consideró al Consejo de Estado de la Constitución de Huancayo como un «cuerpo inútil y embarazoso». No obstante, al igual que Masías, reconoció la necesidad de un Consejo pero sólo como un cuerpo consultivo del Poder Ejecutivo, compuesto por personajes vinculados con la administración pública.

La idea del Consejo de Estado como cuerpo consultivo de la alta administración pública fue posteriormente desarrollada por la doctrina administrativista de Paul Pradier-Fodéré y Manuel Atanasio Fuentes.

## **IX LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN CON POSTERIORIDAD AL CONSEJO DE ESTADO**

Nuestra investigación culmina en 1855, donde a nivel político no se aceptó a un Consejo de Estado como defensor de la Constitución ni como consultor del Ejecutivo, y a nivel doctrinario se le quiso transformar en un ente auxiliar del Gobierno como administración consultiva. Lo ocurrido con posterioridad a la fecha de defunción del Consejo de Estado, no es materia de exhaustivo análisis al no haberse continuado el estudio histórico jurídico correspondiente. No obstante ello, quisiéramos mencionar a grandes rasgos qué sucedió después.

En la Carta de 1856, se consagró al Congreso como único defensor de la Constitución, no existiendo ningún cuerpo auxiliar que actuara en su receso. También es importante resaltar la declaración de supremacía constitucional en el artículo 10°, que prescribía que era nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se opusiera a la Constitución.

En este proceso constituyente, es importante resaltar el conocido proyecto de Constitución de Felipe Pardo y Aliaga, en donde se propuso el establecimiento de un Consejo de Estado fuertemente dependiente del Poder Ejecutivo. José Antonio de Lavalle, comentarista del proyecto, señaló que el Consejo de Estado propuesto por Pardo era un cuerpo auxiliar del Poder Ejecutivo, que ilustraría al Jefe de Estado en los asuntos administrativos. Curioso fue el hecho de que una de sus atribuciones establecía que el Consejo debía representar al Presidente de la República sobre la inconstitucionalidad de sus actos, pasando a la Cámara de Diputados copia de la representación y noticia de sus resultados; para Lavalle, esta atribución no implicaba un control del Ejecutivo como en la Carta del 39, sino –dentro de la concepción del Consejo como cuerpo auxiliar del Gobierno– una notificación de su error para que lo enmendara, siendo la representación al Congreso sólo «una prueba» de que el Consejo había cumplido con el deber que la Constitución le imponía.

Posteriormente, en medio de un clima político tenso en 1858, el Congreso reunido en esa época decidió reformar la Constitución del 56. Al efecto, se presentó un proyecto de reforma por una comisión especial elegida por el cuerpo legislativo. En el discurso preliminar al proyecto, se reconocía la necesidad de restablecer el Consejo de Estado como cuerpo moderador. De esta manera, sugirieron incorporar un nuevo título a la Constitución de 1856 que regulara a esta corporación. El Consejo de Estado propuesto estaría compuesto por el Vicepresidente de la República, quien lo presidiría, y por 14 consejeros elegidos por el Congreso de dentro o fuera de su seno, eligiéndose también

7 consejeros suplentes. Se le otorgarían facultades conservadoras más expeditivas (una sola representación al Ejecutivo) y consultivas, y la posibilidad de constituirse en un tribunal que dirimiera las competencias entre las autoridades judiciales y administrativas (que fuera también planteado por Felipe Pardo en su proyecto de Constitución). Lamentablemente, la reforma constitucional proyectada no llegó a hacerse efectiva.

Es también aquí importante mencionar que en 1858 se propuso otro conocido proyecto individual de reforma constitucional, presentado por Fernando Casós, en el cual también se quiso restablecer el Consejo de Estado con algunas atribuciones similares a las del proyecto de Pardo.

En 1860<sup>16</sup>, en la Carta de ese año se estableció la comisión permanente del cuerpo legislativo, formada por siete senadores y ocho diputados, que actuaba en receso del Congreso. Se le otorgó la facultad conservadora de representación al Ejecutivo por infracciones constitucionales. La inclusión de esta comisión permanente tuvo algunos reparos en el debate constituyente, que después se convirtieron en críticas durante la vigencia de la Constitución de 1860, lo cual trajo finalmente la abolición de la misma en 1874. Manuel Atanasio Fuentes opinó que esta comisión permanente fue un obstáculo para el Gobierno, por lo que era necesaria su derogación. De esta manera, la defensa de la Constitución terminó residiendo en el cuerpo legislativo únicamente.

Con relación a la facultad consultiva, no obstante las opiniones doctrinales en favor del establecimiento de un Consejo de Estado meramente consultivo, dicha facultad terminó residiendo en el Consejo de Ministros creado a partir de la Constitución de 1856 y desarrollado en las leyes de ministros de 1856, 1862 y 1863.

El debate doctrinario en torno al establecimiento de un defensor de la Constitución continuó en la segunda mitad del siglo XIX, orientándose la discusión hacia el Poder Judicial. Toribio Pacheco señaló en su *Tratado de Derecho Civil* que los jueces debían examinar en las leyes dos especies de legalidad: la legalidad interna, que consistía en la conformidad de la ley con la Constitución del Estado, que era la ley suprema a la que debían sujetarse todas las demás, «y por eso se ha sancionado como principio fundamental que es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución»; y la legalidad externa, que consistía en el conjunto de las formalidades que la misma Constitución prescribía para la formación de las leyes. Segundo Núñez Valdivia afirmó que con estas ideas, Pacheco sostenía que el juez debía ejercitar la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes por la forma o por el fondo. Luis Felipe Villarán, en un artículo titulado «Autoridad de la ley», de 1874, refutó a Pacheco negando que los jueces pudieran ejercer tal facultad.

Otros autores favorables al control judicial de la constitucionalidad de las leyes en la segunda mitad del siglo XIX fueron Juan E. Lama, tomando como ejemplo la experiencia norteamericana; y José María Quimper, quien propuso en realidad un control preventivo de la constitucionalidad de leyes por parte del Tribunal Supremo, donde la resolución final la tenía el Congreso en la siguiente legislatura.

<sup>16</sup> Además del debate constituyente de ese año, es menester recordar el proyecto de Constitución de Bartolomé Herrera, que incluyó un capítulo relativo al Consejo de Estado, con facultades conservadoras y consultivas.

Estas posiciones a favor del Poder Judicial como defensor de la Constitución frente a los excesos legislativos del Congreso, serán recurrentes durante el siglo XX. Baste sólo observar *La Revista del Foro* (Lima) o la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (Lima) para sustentar esta afirmación.