

GACETA constitucional

análisis multidisciplinario
de la jurisprudencia del tribunal constitucional

TOMO
37
ENERO 2011

RECTORES

orge Avendaño Valdez
orge Santistevan de Noriega
ctor García Toma

ESPECIALES

- BALANCE DE LAS NUEVAS INSTITUCIONES CREADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE EL 2010
- BALANCE POR MATERIAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EMITIDA DURANTE EL 2010
- INTERCEPTACIÓN DE CONVERSACIONES, LIBERTAD INFORMATIVA E INTIMIDAD: EL CASO QUIMPER

ANÁLISIS Y ESTUDIOS POR ESPECIALIDADES

- Recientes precisiones del TC sobre la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional
- Conversión de los procesos constitucionales y autonomía procesal del TC
- Los límites temporales de la detención preventiva
- Ne bis in idem* e incompetencia *ratione materiae* del fuero militar
- Desnaturalización de la intermediación laboral
- Derechos fundamentales del empleador e inspecciones laborales
- Competencias de los gobiernos central y provincial sobre vehículos menores
- Jurisprudencia sobre el Impuesto Temporal a los Activos Netos
- El derecho de asociación en el Tribunal Constitucional

DOCTRINA CONSTITUCIONAL

- La jurisdicción constitucional en el desarrollo de la democracia
- El derecho humano a un medio ambiente equilibrado y adecuado

PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

- El uso de la publicidad estatal y la propaganda política en periodo electoral
- Constitucionalidad de los decretos de urgencia N°s 001-2011 y 002-2011

TC

GACETA constitucional

análisis multidisciplinario
de la jurisprudencia del tribunal constitucional

TOMO
37
ENERO 2011

DIRECTORES

Jorge Avendaño Valdez
Jorge Santistevan de Noriega
Víctor García Toma

GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste N° 526 - Miraflores / Lima - Perú
Central Telefónica: 710-8900 / Telefax: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

DIRECTORES

Jorge Avendaño Valdez
Jorge Santistevan de Noriega
Víctor García Toma

COMITÉ CONSULTIVO

Alberto Borea Odria
Ricardo Beaumont Callirgos
Samuel Abad Yupanqui
Carlos Mesía Ramírez
Luis Lamas Puccio
Gerardo Eto Cruz
Jorge Toyama Miyagusuku
Edgar Carpio Marcos
Luis Castillo Córdova
Luis Sáenz Dávalos
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Ernesto Álvarez Miranda
César Abanto Revilla
Eugenia Ariano Deho
Omar Sar Suárez

COORDINADOR GENERAL

Juan Manuel Sosa Sacio

COORDINADORA EJECUTIVA

Yolanda Soledad Tito Puca

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

Catherine Sevilla Torello
Maribel Achulli Espinoza
Gabriela Jesús Oporto Patroni

COLABORADORES

PERMANENTES

Manuel Alberto Torres Carrasco
Juan Carlos Esquivel Oviedo
Percy Revilla Llaza
Miriam Mabel Tomaylla Rojas
Gustavo Urquiza Videla
Renzo Cavani Brain
Elmer N. Huamán Estrada
Kelly del Rocío Sánchez Manyari
María Chang Alvarado
Luis Cárdenas Rodríguez
Rafael Eduardo Girao Berrocal

DIRECTOR LEGAL

Manuel Muro Rojo

SUBDIRECTOR LEGAL

Federico Mesinas Montero

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Rosa Alarcon Romero
Henry Marquezado Negrini
Carlos Hidalgo De la Cruz

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Yuriko Saito Gutiérrez
Miguel Hernández Sandoval

DIRECTOR COMERCIAL Y DE MARKETING

César Zenitagoya Suárez

DIRECTOR DE PRODUCCIÓN

Boritz Boluarte Gómez

TOMO 37 ENERO 2011

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2008-02771 (T. 37)

ISSN VERSIÓN IMPRESA: 1997-8812

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL 31501221100021

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
Derechos reservados. D. Leg. N° 822

Gaceta Jurídica S.A. no se solidariza necesariamente con las opiniones
vertidas por los autores en los artículos publicados en esta edición.

La jurisdicción constitucional en el desarrollo de la democracia*

Helder DOMÍNGUEZ HARO**

RESUMEN

Tras un breve repaso del concepto y los modelos de democracia, el autor analiza su relación con la jurisdicción constitucional. Después de estudiar los dos grandes modelos de jurisdicción constitucional, esto es, el americano (o difuso) y el europeo continental (o concentrado), advierte que el modelo peruano vigente con la Constitución de 1993, denominado "dual", constituye un híbrido de estos dos.

I. EXCURSO INTRODUCTORIO

En principio, la categoría democracia es una de las palabras más usadas y es, probablemente, al gusto del pensar de cada persona (condicionada por el tiempo y el lugar), la que más definiciones ha suscitado, de todo calibre y en nada pacíficas. Independientemente de su corta duración o concreción en la realidad, la idea de democracia está presente, como ya remarca Lijphart¹, "si la noción de democracia sigue estando llena de complejidades y de paradojas, lo que es claro es que existe".

No obstante la diversidad de modelos sobre la conceptualización de la experiencia

democrática², asumimos la definición de la democracia desde una perspectiva integral, vale decir, como: a) una forma política, un sistema político, una forma de Estado, una organización jurídico-política que se materializa en un Estado Democrático de Derecho, un sistema de reglas de participación política ciudadana, para el ejercicio y control del poder político; b) Una forma de vida, un modo de vivir, plano sustantivo, en el cual la persona en su interrelación con los otros tenga incumbencia cotidiana en el escenario social, dentro de un mínimo de bienestar socioeconómico para la prosperidad del colectivo humano; y c) una forma de liberación del hombre, que es su halo humanista,

* "1° ÑIÑIN ARTICULO. Estadopas, hinallataq Ilaqtantin runupas, tukuy runakunap runa kasqanta anchata sut'inchaspa qhawari-nan. Hukkunamantapas aswanta chaytaraq chaninchanan" (PERUMANTA HATUN KAMACHINA, 1993).

** Abogado. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Director del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial y Secretario Técnico adscrito a la Presidencia del Poder Judicial ante la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

1 LIJPHART, Arend. *Las democracias contemporáneas*. Ariel, Barcelona, 1987, p. 8.

2 A manera ilustrativa, sobre este tema puede consultarse a nivel internacional el libro: HELP, David. *Modelos de Democracia*. Alianza, Madrid, 2002; y a nivel nacional: MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Del ágora ateniense al ágora electrónica*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2007.

principista y ético; en base a un plexo valorativo y en común acuerdo con una racionalidad liberadora-democrática, el ser humano en cuanto ser libre tenga la posibilidad de serlo en la realidad: el libre desenvolvimiento de cada uno sea condición del libre desenvolvimiento de todos³.

En esa línea de trabajo, en el Derecho positivo constitucional tenemos que la histórica Constitución de México (1917) es categórica al referirse a la forma democrática en relación con la educación, al prescribir en su artículo tercero que “[s]erá democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico social y cultural del pueblo”; y para que no quede duda, la Carta Democrática Interamericana (2001) señala en su artículo primero: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

Es pues una visión integradora de la democracia que responde al ser humano real, íntegro y sociable, al “hombre real, hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere” en palabras de Miguel de Unamuno; y que responde también a la idea de democracia como derecho, por cuanto asume el papel de derecho marco-rector de organización de la sociedad, del poder político y del Estado; y es un derecho marco-fundamental de la persona, en tanto sin ella no se podrá concretizar plena y eficientemente el

derecho a la dignidad y las tres generaciones o categorías de derechos.

II. ORÍGENES DE LA DEMOCRACIA DE TIPO CONSTITUCIONAL

La democracia constitucional, como puntualiza Bidart Campos⁴, no es unívoca, “tiene mucho de convencional y más de vaguedad o hasta de inexactitud”, situación que nos depara una definición en términos resolutivos; empero, no en cuanto a sus características más saltantes en la línea de la visión integral de la democracia, esta vez desde una perspectiva constitucional, fruto del fenómeno de constitucionalización de la democracia, producido con mayor intensidad en el siglo XX.

A reglón seguido, diremos que, en esencia, con la expresión “democracia constitucional” se alude a dos situaciones nítidamente diferenciadas por el sentido que se le da a la expresión “Constitución”, que avanza a la par con el desarrollo del constitucionalismo. Si bien, como recuerda el constitucionalista Copete⁵, existen numerosas teorías sobre el contenido de la Constitución (cuyo desarrollo escapa al presente artículo), nosotros vamos a utilizar los dos sentidos universalmente conocidos.

En su sentido lato, Constitución es sinónimo de organización política y jurídica que posee toda sociedad, Estado; es acción de constituir una determinada estructura estadual, un régimen o sistema político, vale decir, la “concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente” en el concepto absoluto schmittiano⁶. De lo señalado se infiere que

3 DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Grijley, Lima, 2008, pp. 145-193; y “La trilogía de la democracia”. En: *Perfiles Liberales*. N° 42. Fundación Friedrich Naumann, Bogotá, 1995, p. 59.

4 BIDART CAMPOS, Germán. *La re-creación del liberalismo. Política y Derecho Constitucional*. Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 33. Para un vistazo panorámico, vide PLANAS SILVA, Pedro. *Regímenes Políticos Contemporáneos*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1997, p. 53 y ss. En España, importantes instituciones gubernamentales y académicas han publicado, en el año 2002, el libro *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Obra de dos volúmenes que reúne la pluma de un selecto grupo de juristas e intelectuales en torno a un tema de actualidad en justo reconocimiento al profesor Francisco Rubio Llorente.

5 COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Lecner, Bogotá, 1960, p. 2. Puede verse una reciente publicación en sede nacional: BURDEAU, Georges. “Una supervivencia: la noción de Constitución”. En: *Revista de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*. Año 3, N° 4. Lima, enero-junio de 2002, pp. 91-103.

6 El constitucionalista alemán Carl Schmitt distingue un concepto absoluto y uno relativo de Constitución. Por el primero, la entiende como un todo unitario. La relativización del concepto de Constitución se fija solo en la ley constitucional concreta. La ley

“toda democracia es constitucional en el sentido de que proviene de una Constitución material que le da vigencia y funcionamiento. No hay, pues, democracia alguna que no sea materialmente constitucional”⁷. Advuértase que estamos hablando de un orden político constitucional de corte democrático, pues la otra cara de la medalla es la existencia de un orden político constitucional no democrático (piénsese en el absolutismo tradicional monárquico o el nazismo para no ir muy lejos).

En su sentido restringido, Constitución es el conjunto de leyes que están reunidas en un documento formal (*corpus* constitucional escrito) de carácter supremo, en honor al principio de fundamentalidad (súper ley) y totalizador del orden estadual. Su origen se ubica en el Constitucionalismo moderno —o llamado individualista— y la democratización del Derecho, que advienen básicamente a fines del siglo XVIII, producto de la Revolución Norteamericana que originará la Constitución estadual de Virginia de 1776 y la Constitución Federal de 1787; y la revolución francesa que originará la Constitución de 1791 (ambos sucesos corresponden a la segunda transformación democrática en la tesis dahliana)⁸. Constitucionalismo y Derecho alimentados de los ideales del Renacimiento que se configuran en una Constitución documental codificada y orgánica (aspecto formal), que regula una técnica de ejercer el poder político y el reconocimiento expreso de una gama de derechos inherentes a la dignidad

humana (aspectos de su contenido). Nace así una Constitución moderna.

La importancia de la codificación constitucional es contundente cuando se lee el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”. Articulado que explicita el vínculo democracia-Constitución; “si el principio democrático condicionaba la construcción del edificio constitucional, el principio liberal, desde que el Constitucionalismo se presenta como un sistema de garantías, condiciona a su vez la idea de democracia”⁹.

Notemos que de esta última acepción Sánchez Viamonte¹⁰ concluye que el “constitucionalismo consiste en el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forma el gobierno ordinario”. Ese es el constitucionalismo liberal y posteriormente social, que inculca en la parte dogmática de la Constitución significativos aportes en relación con los derechos socioeconómicos. Esto es el Derecho Constitucional formal ante el Derecho Constitucional consuetudinario presente en aquellas épocas¹¹. De lo dicho, la codificación constitucional es la división de dos

constitucional se fija según características externas y accesorias llamadas formales. Vide, SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza, Madrid, 1992, pp. 29-44. En la antigüedad, los griegos denominaban *politeia* a la Constitución de la ciudad-Estado, vale decir, a la estructura socio-jurídica. Aristóteles, en su *Política*, consideraba a la Constitución como la organización o el orden establecido entre los habitantes de la ciudad.

7 BIDART CAMPOS, Germán. Ob. cit., p. 33.

8 Si bien corresponde a la primera etapa del Constitucionalismo liberal, producto de la Revolución Inglesa, los instrumentos jurídicos siguientes: el *Agreement of the People* (pacto popular) de 1647 y el *Instrument of Government* de 1653; posteriormente el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos) de 1689, el *Act of Settlement* (Acta de Establecimiento) de 1701; conjuntamente con la *Petition of Rights* de 1620, la Magna Carta de 1215, entre otros documentos, constituyen una Constitución inorgánica y dispersa.

9 Afirmación de Pedro de Vega. Citado por: LANDA ARROYO, César. *Derecho Político. Del gobierno y la oposición democrática*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 85. A modo de comparar criterios, léase: GARGARELLA, Roberto. “Constitución y Democracia”. En: ALBANESE, Susana (et ál). *Derecho Constitucional*. Universidad, Buenos Aires, 2004, pp. 70-95. Antecede prólogo de Giuseppe de Vergottini.

10 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo. Sus problemas*. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 15.

11 Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tecnos, Madrid, 1973, p. 261.

periodos bien marcados en el desarrollo histórico de la democracia: antecede el movimiento constitucional dieciochesco, aquel “preconstitucionalismo” que nos recuerda el egregio jurista Sagüés¹². Bastaría mencionar a la Grecia clásica y la experiencia anglosajona del Medioevo.

Concretando la labor expositiva, la democracia constitucional ha sido equiparada básicamente con aquella democracia liberal sustentada en un texto constitucional fijo y balanceado normativamente en una “ley de leyes”, que ante su “simbolismo emotivo como garantía de seguridad y de limitación”¹³ (al quedar desvirtuada por la realidad, por la Constitución material vigente) ha dado pie a que se diga que la democracia constitucional está en crisis y marginada por su impotencia. El jurista Karl Loewenstein¹⁴ sostuvo en su momento, que la Constitución escrita ha sufrido una importante desvalorización funcional y una pérdida de prestigio. Su brillo ha sido empalidecido visiblemente. Si esto es así, ¿por qué hablar de este tema?, ¿por qué defender acaso lo indefendible?

Precisamente, esta situación será gradualmente superada en los hechos, con la materialización de la presencia de la jurisdicción constitucional y el Derecho de la Constitución, a la par con la expansión del fenómeno democrático en el siglo XX. Asimismo, la labor de los constitucionalistas sobre la vinculación y problemática de la democracia en predios constitucionales y, por ende, con la Constitución, está en la agenda presente como se ha evidenciado, por ejemplo, en certámenes internacionales: VIII Congreso Iberoamericano de

Derecho Constitucional (Sevilla, 2003) y VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional (Santiago de Chile, 2004); y más recientemente en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 2009). Concretamente en este último cónclave se desarrollaron líneas temáticas sobre la Constitución, democracia y autoritarismo, así como la jurisdicción constitucional¹⁵.

III. DEMOCRACIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Si la democracia es el respeto adecuado de los derechos humanos (fundamentales) y la ley (constitucional), del sistema o régimen político basado en un ordenamiento jurídico del más alto nivel como es el ordenamiento jurídico-constitucional, cuando se amenaza, vulnera o se contraviene ese estado de cosas (conflicto), se origina la existencia de mecanismos y controles legales y procesales que se encargarán de desaparecer o expulsar dicha amenaza, vulneración o contravención, como sucede con los dispositivos que nos proporciona la ciencia procesal constitucional a través de la jurisdicción constitucional. En consecuencia, en la medida en que estos mecanismos y controles constitucionales sean eficientes, que aseguren una eficaz protección a los derechos (control de actos) y al orden constitucional (control normativo), se estará cumpliendo con los principios democráticos, con un *mínimum* democrático necesario. En blanco y negro, el desarrollo de esta protección y control conlleva al desarrollo de la democracia (constitucional), y es su necesario fundamento¹⁶.

Bajo esa línea, los mecanismos de protección y control panorámicamente aludidos, integran

12 Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 2 y 3.

13 BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría del Estado. Los temas de la Ciencia Política*. Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 217.

14 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1979, p. 222 y ss.

15 Puede verse el libro colectivo: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomos I y II. Idemsa, Lima, 2009, pp. 125-306 y 431-846.

16 Para mayor demostración: ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constitución y la jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998. Antecede prólogo de Manuel Jiménez de Parga. Léase GOZÁINI, Oswaldo Alfredo. *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos (vinculos y autonomías)*. UNAM, México D. F., 1995. Como nota adicional, la teoría del control jurídico, desde el punto de vista del control de la Administración, ha sido desarrollado en el libro: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas, Madrid, 1997.

la llamada jurisdicción constitucional; la que, para los efectos de este vistazo democrático, debe entenderse como la potestad que tienen los jueces de impartir justicia en materia constitucional, básicamente a través de procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales (hábeas corpus y amparo) y orgánicos (inconstitucionalidad de las leyes)¹⁷; con el objeto de cautelar y proteger la Constitución (codificada o no), así como la plena vigencia de la constitucionalidad, asegurándose así su defensa, la denominada defensa de la Constitución. Lo que importa además de la función jurisdiccional constitucional, la presencia de órganos jurisdiccionales independientes y distintos al Poder Judicial, como sucede con los tribunales constitucionales¹⁸.

A la par con lo antes indicado, desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional normativa, la defensa del principio de constitucionalidad de las normas corre a cargo del denominado control constitucional y su principio esencial, el principio de supremacía¹⁹. Es decir, el control constitucional como un conjunto secuencial de pasos o fases de índole jurisdiccional²⁰ y como técnica de control de tipo interórganos que realiza un órgano o poder

del Estado (órgano-control) hacia otro (órgano-controlado)²¹, reservados a la salvaguardia y custodia de la constitucionalidad en su doble faceta orgánica: la Constitución Política y el ordenamiento jurídico-constitucional (parte normativa) y el Estado Democrático o Constitucional de Derecho (parte institucional).

A nivel del Derecho comparado existen dos modelos, bases, sectores o sistemas de jurisdicción o control constitucional o jurisdiccional predominantes: el sistema americano y el europeo. Por su importancia y vigencia, *grosso modo*, veamos estos sistemas constitucionales tipo o clásicos para la plena evolución y vigencia de la democracia:

- a. Cronológicamente, en el constitucionalismo judicial, destaca sobremanera el modelo difuso, disperso, desconcentrado, americano, *judicial review* o de contralor judicial, que surgió en la vía jurisprudencial a inicios del siglo XIX, con el célebre fallo del *Chief Justice* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, John Marshall (1755-1835), en la controversia *Marbury vs. Madison* de 1803²², el caso más representativo de este sistema al considerarse la

17 Mencionamos solo dos clases de procesos constitucionales, por cuanto son infaltables en cualquier jurisdicción constitucional. Dependerá del país en concreto, y según sus particularidades, la presencia de otros procesos constitucionales (conflicto de competencias, inconstitucionalidad de partidos políticos, etc.).

18 La bibliografía es ubérrima sobre jurisdicción constitucional. Para muestra véase: ETO CRUZ, Gerardo. *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2009.

19 Sagüés, en el tomo I de su libro *Elementos de Derecho Constitucional*, desarrolla una minuciosa clasificación de los sistemas o formas de control constitucional. La bibliografía sobre el control constitucional es enorme, a modo de introducción arbitraria hispano latinoamericana, puede verse: DOMÍNGUEZ HARO, Helder. *Derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Ob. cit., p. 239.

20 O bajo las variables sistemas judiciales y no judiciales, como enseña SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo I. Ob. cit., p. 146.

21 Décadas pasadas Loewenstein exponía, con base en el Derecho Constitucional americano, dos técnicas institucionales que limitan y controlan a los detentadores del poder, en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas: intraórganos y interórganos. Por el primero, el control opera dentro de la organización de un solo detentador del poder (v.g. dentro del Poder Legislativo, cuando existe dos cámaras); y por el segundo, el control funciona entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal (v.g. Poder Legislativo y Poder Ejecutivo o Poder Legislativo y Tribunal Constitucional). Vide: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1979.

22 El texto completo e íntegro de la sentencia en idioma castellano ha sido publicado en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. N° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, pp. 665-689; y *Revista Jurídica. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad*. N° 134, Trujillo, 1996-1999, pp. 605-631. A propósito de su bicentenario ver: LANDA ARROYO, César. "La justicia constitucional en los Estados Unidos (A propósito de los doscientos años de la sentencia del juez Marshall de 1803)". En: *Cátedra*. Año VI, N° 10. UNMSM, Lima, 2003, pp. 129-146; y "200 años de justicia constitucional". En: *Legal Express*. Año 3, N° 31. Lima, julio 2003, p. 15. Por su parte, es de singular valía la historia del Constitucionalismo en Estados Unidos de América en la obra castellana: SUTHERLAND, Arthur E. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana*. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1972; y recientemente: BARKER, Robert S. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*. Grijley, Lima, 2005.

supremacía de la Constitución de 1787 sobre la ley de la judicatura de 1789, y se sustenta principalmente en que el control jurídico destinado a la defensa de la Constitución corresponde a la jurisdicción ordinaria (en 1610 se suscitó inicialmente el caso del Dr. Thomas Bonham vs. Henry Atkins y otros, resuelto por el juez inglés Edward Coke, empero no tuvo igual magnitud y difusión que el acaecido en las ex colonias británicas²³). Vale decir, que el paradigmático sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes es realizado por todos los jueces del Poder Judicial, es de carácter declarativo, se deduce en vía incidental y el magistrado inaplica la ley cuestionada solo al caso concreto (alcance relativo). Este modelo norteamericano ha tenido eco en Japón, Australia, Canadá, India, Pakistán, Argentina, México, entre otros países²⁴.

- b. El modelo concentrado, europeo, de controlor concentrado o llamado austriaco, dentro de un constitucionalismo continental, fue concebido un siglo más tarde, a inicios del siglo XX, por el influyente jurista Hans Kelsen (1891-1973) y, a diferencia del anterior sistema de control judicialista, la labor de defensa de la constitucionalidad corre a cargo de un ente orgánico ad hoc, una corte especializada, como son los denominados tribunales constitucionales. La Constitución de Austria de 1920 da cuenta de este modelo²⁵ y en otros países como veremos más adelante. Además del carácter concentrado, subyace su carácter constitutivo, principal, abstracto y abrogatorio de las leyes materia de inconstitucionalidad (alcance general).

Como es de verse, el modelo difuso es un gran avance, pero insuficiente para la defensa de la Constitución y la democracia, por cuanto si bien una norma legal o ley inconstitucional y antidemocrática, se inaplicará en el caso concreto, seguirá vigente para los demás, para la sociedad; peor aún, cuando en un Estado exista un Parlamento que mayoritariamente considere que esa ley no tiene una vocación contraria al texto constitucional, entonces ¿de qué democracia hablamos?, ¿de qué mecanismos democráticos hablamos?

En el modelo concentrado, al permitirse que el proceso de inconstitucionalidad de las leyes sea de competencia de un órgano ad hoc, independiente y distinto al judicial, y que también se convierta en última instancia para los procesos constitucionales de la libertad, se inaugura una nueva etapa en el desarrollo del Constitucionalismo y del movimiento democrático. Si el Parlamento es históricamente el único ente competente para abrogar o derogar sus propias leyes, cualquiera sea la razón, existe otro ente de dimensión constitucional que también tiene esa trascendental función cuando la ley es incompatible con la Constitución: el tribunal o corte constitucional (legislador negativo). De tal suerte que, ante la ineficiencia o inercia del Congreso por la presencia de leyes anticonstitucionales y antidemocráticas, nace un órgano de control que tendrá la facultad de expulsar, abrogar o derogar leyes en respaldo de una democracia realmente constitucional, y en honor al principio de supremacía constitucional, que no es otra cosa que el primer fundamento del orden jurídico y del Estado, la superioridad de la Constitución sobre las normas legales y administrativas (infraconstitucionales)²⁶;

23 El Sir Edward Coke afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del rey. Sobre este caso inglés, léase CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia constitucional y proceso de amparo*. Palestra, Lima, 2004, pp. 105-122.

24 Existen numerosas publicaciones nacionales sobre el control judicial. A modo de vistazo, téngase en cuenta lo señalado por SAR, Omar. *Constitución Política del Perú*. Nomos & thesis, Lima, 2004, pp. 336-338.

25 Si bien la Constitución de Checoslovaquia de febrero de 1920, prescribía este modelo constitucional, meses antes de la Constitución austriaca de octubre del mismo año, existe unanimidad en que en este último país nace doctrinariamente el control orgánico del poder de manera concentrada.

26 Siguiendo al ex magistrado de la Corte Constitucional colombiana Naranjo Mesa, este principio tiene un doble punto de vista: supremacía material (orden jurídico del Estado depende por entero de la Constitución), y supremacía formal (nace de la autoridad

y es que “al cuestionar el principio jurídico de supremacía constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la Constitución, se está negando el principio político de la soberanía popular, es decir, el régimen democrático”²⁷.

En consecuencia, si en el siglo XVIII se empieza a esbozar una democracia constitucional con la presencia de una norma política —por su origen— llamada Constitución en un Estado de Derecho, y en el siglo XIX empieza esporádicamente a inaplicarse leyes inconstitucionales; será a partir del siglo XX que la democracia de tipo constitucional se verá vigorizada, desde el punto de vista jurídico, con la jurisdicción y el control constitucional, en tanto la Constitución es una norma jurídica vinculante (fuerza vinculante)²⁸. Se puede afirmar que su desarrollo no ha sido nada fácil, como sucede siempre cuando se trata de aspectos democráticos.

Los tribunales constitucionales a inicios del siglo XX en las Constituciones de Austria (1920), Checoslovaquia (1920) y España

(1931) desaparecieron rápidamente por la falta de conciencia constitucional (para 1938 ya se habían extinguido); sin embargo, será después de la Segunda Guerra Mundial y con la universalización de los derechos humanos (origina el Estado Democrático de Derecho), que se producirá su reinstalación como sucede con Austria (1945); y su expansión o proliferación al resto de países de Asia y Europa: Japón (1947), Italia (1948), Alemania (1949), Chipre (1960), Turquía (1960), España (1978), entre otros; y de América Latina: Guatemala (1965, 1985), Chile (1970, 1980), Perú (1979, 1993)²⁹, Colombia (1991), etc.; obviamente con sus propias características o variantes del modelo originario kelseniano. Asimismo, el sistema concentrado se observará en Europa Oriental después del proceso de democratización que se desarrolla a partir de la década del noventa, por ejemplo en las Constituciones de Macedonia, Rumania y Eslovenia (de 1991), Eslovaquia, Lituania y República Checa (de 1992) y de Rusia (1993)³⁰.

Como se puede observar, es todo un proceso de relanzamiento constitucional, de afirmación

superior que se reconoce a esta por su contenido, en consecuencia la existencia de un procedimiento especial a través del cual se elabora y reforma la Constitución). Vide, NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis, Colombia, 1990, pp. 302-304.

- 27 LANDA ARROYO, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra, Lima, 2003, p. 12. Cfr. ROTH, Joachim. “El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional”. En: COMISION ANDINA DE JURISTAS. *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios III*. Lima, 1996, pp.113-129. El profesor Ortecho Villena ha subrayado que la constitucionalidad es una categoría jurídica que refuerza a la democracia, como sucede con las categorías de legalidad, juridicidad, legitimidad y seguridad jurídica. Vide, ORTECHO VILLENA, Víctor. *Estado y ejercicio constitucional*. Marsol, Trujillo, 1999, pp. 31-44. Lucas Verdú hace un importante, breve e introductorio análisis sobre las relaciones del Tribunal Constitucional y el Estado Democrático de Derecho, desde la tesis que el Tribunal Constitucional está usurpando competencias del Parlamento, es una desviación del principio democrático-representativo hasta la tesis de su legitimación democrática. Vide, LUCAS VERDÚ Pablo. *Curso de Derecho Político*. Tomo IV. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 815-838.
- 28 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1995; BIDART CAMPOS, Germán. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar, Buenos Aires, 1995; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Derecho de la Constitución*. V-I. Juricentro, San José de Costa Rica, 1993; y recientemente AGUILÓ REGLA, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004. Asimismo, en suelo peruano se ha publicado el artículo: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica”. En: *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*. Año 4, Nº 7. Lima, julio-diciembre de 2003, pp. 11-35.
- 29 El ex parlamentario Alberto Borea ha señalado que con la Constitución de 1979 que regulaba la supremacía del texto constitucional y el Tribunal de Garantías Constitucionales, se optó por primera vez en nuestro Constitucionalismo por la noción del Estado Constitucional de Derecho. BOREA ODRÍA, Alberto. “Los procesos constitucionales en el marco de la reforma constitucional”. En: *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*. Nº 6, Lima, junio de 2002, p. 128.
- 30 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ob. cit., p. 373; y PALOMINO MANCHEGO, José F. “Situación actual de la jurisdicción constitucional en el mundo”. En: PALOMINO MANCHEGO, José F. y VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo. *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*. Grijley, Lima, 1997, pp. 153-154.

del Constitucionalismo democrático³¹, cuyo marco institucional o forma político-jurídica de la jurisdicción constitucional como aspecto instrumental y funcional importante en torno al contenido de la democracia constitucional, será el denominado Estado Constitucional de Derecho³², que simultáneamente con el Estado Democrático de Derecho originará la síntesis “Estado Constitucional Democrático” o “Estado Democrático Constitucional”. En consecuencia, la defensa de la Constitución y el movimiento constitucionalista contemporáneo será un valioso aporte para el desarrollo de la democracia.

IV. EL MODELO DEMOCRÁTICO PERUANO DENTRO DE LAS VERTIENTES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Expuesta anteriormente los dos grandes modelos o sistemas constitucionales tipo o clásicos: americano y europeo y su relación con el desarrollo del fenómeno democrático, vale señalar que el modelo democrático ha adoptado el caso peruano en la Constitución Política de 1993 vigente.

En el Derecho patrio, la Constitución Política de 1993, como la anterior de 1979, no ha asumido un modelo puro en particular, o no se

identifica —en su totalidad— con cualquiera de los modelos originarios descritos anteriormente (como se puede observar en el ordenamiento jurídico constitucional latinoamericano). La defensa de la constitucionalidad se realiza de una manera peculiar y que ha recibido el nombre técnico de sistema constitucional “dual” o “paralelo”, básicamente bajo la posición doctrinal de García Belaunde. Con mayor precisión, el término “dual” o “paralelo” o “doble” o “sistema jurisdiccional paralelo” es acuñado en 1987 por el juspublicista nacional Domingo García Belaunde en su ponencia “El Control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú”, en el evento internacional: “Primer Seminario Latinoamericano de Justicia Constitucional”, celebrado en Santiago de Chile³³.

Siguiendo el razonamiento del mencionado profesor, subsisten o coexisten ambos modelos de manera paralela: la inconstitucionalidad y derogatoria de la ley es ejercida por el Tribunal Constitucional (artículo 202, inciso 1 de la Carta Fundamental de 1993) y por otro lado, los órganos jurisdiccionales —unilaterales y colegiados— del Poder Judicial inaplican la norma y consultan su inconstitucionalidad (artículos constitucionales 51 y 138)³⁴. En la

31 El movimiento constitucionalista ha pasado por varias etapas como son: el constitucionalismo liberal (siglo XVII, XVIII y XIX), el Constitucionalismo social (mediados del siglo XIX, XX) y Constitucionalismo contemporáneo o democrático (siglo XX a la fecha). Vide, SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. cit., pp. 1-25. El español Lucas Verdú nos habla de los posconstitucionalismos que arrancan desde 1919 hasta nuestros días. Vide, LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1976, p. 404. Pedro José Frías maneja la noción de constitucionalismo en transición como tercera etapa histórica; y por otro lado se habla de un modelo constitucional posmoderno y un constitucionalismo posindustrial. Vide, BIDART CAMPOS, Germán y CARNOTA, Walter. *Derecho Constitucional Comparado*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 153-158. Por su parte, Prieto Sanchís da cuenta que desde finales del siglo XX, que entra al siglo XXI, de un neoconstitucionalismo que es en buena cuenta un constitucionalismo contemporáneo dentro de un modelo de Estado Constitucional del Derecho. Vide, Miguel CARBONELL (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003; y PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002, pp. 109-163. Sobre la relación constitucionalismo-democracia léase como referencia: LANDA ARROYO, César. “Constitucionalismo democrático y jurisdicción constitucional”. En: ABAD YUPANQUI, Samuel (et ál). *Derecho Constitucional 2*. Selección de Textos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 412-430; y ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2001.

32 Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel. “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho”. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1988, pp. 33-44.

33 Ponencia que aparece por vez primera en la Revista de Derecho. N° 1, Santiago, enero-julio de 1988; luego en la Revista *Ius et Praxis*. N° 13, Universidad de Lima, Lima, 1989. Terminología que utiliza también en su artículo “La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado”. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*. N° 1, Lima, 1991. Ambos escritos han sido recogidos en su libro de coyuntura: *La Constitución en el Péndulo*. UNSA, Arequipa, 1996, pp. 109-117 y 161-173. La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú tilda a nuestro modelo de dual de manera expresa. Vide, MINISTERIO DE JUSTICIA. “Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú”. En: *Diario El Peruano. Suplemento Especial*. Lima, 26 de julio de 2001, p. 16.

34 Asimismo, el que se origina del control normativo de los reglamentos o normas de carácter general a través del proceso popular (artículo constitucional 200, inciso 5).

jurisdicción constitucional orgánica o para garantizar la supremacía de la Constitución, no existe un punto de encuentro, a modo de fusión, con la judicatura ordinaria. Cada órgano se desenvuelve por su propia línea jurisdiccional sin interferencias, consiguientemente no es mixto o híbrido³⁵. Solo en el caso de la jurisdicción constitucional de la libertad, el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias o sentencias desestimatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, resueltas en sede judicial ordinaria, de manera independiente.

Ahora bien, esta concurrencia o dualidad coexistencial no es simultánea. Como afirma el constitucionalista y profesor sanmarquino Palomino Manchego³⁶, tal dualidad en la magistratura constitucional no representa la coexistencia simultánea de ambos modelos, debido a que su recepción constitucional y las leyes que desarrollan, han añadido matices

que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, configurándose lo que él llama “modelo dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad”.

En rigor, insistimos en que la declaración abstracta de inconstitucionalidad de las normas legales es de exclusividad del Tribunal Constitucional, y el control difuso de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Por lo tanto, así como está planteado en el ordenamiento constitucional vigente, estos roles no pueden ser variados o ser objeto de usurpación en un proceso de inconstitucionalidad o jurisdicción orgánica, como sucedió con el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26657, que interpretaba el artículo 112 de la Constitución peruana referido a la reelección presidencial. Como se recordará una de las dos sentencias del Tribunal Constitucional sobre este caso (increíblemente sentencia bicéfala o siamesa³⁷) fallaba declarando literalmente

- 35 A nivel doctrinario, la idea de un control constitucional peruano mixto, desde la década de los ochenta se resaltaba en la pluma de un grueso sector de la doctrina, entre otros, de Alberto Borea, Ernesto Blume, Carlos Cárdenas, Jorge Danós y el propio Domingo García. Cfr. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y SOUSA CALLE, Martha. “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general”. En: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Lecturas sobre temas constitucionales*. Lima, 1988, pp. 45-88. Sobre la posición inicial de García Belaunde, ver sus artículos: “La nueva Constitución Peruana”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XIV, N° 40, 1982; “Control Constitucional”. En: *El Foro*. N° 2-3-4, Lima, 1979; y “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución”. En: *Derecho*. N° 35, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980. Actualmente ocurre todo lo contrario, sin embargo, algunos autores todavía prefieren utilizar el término mixto, vide: ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Procesos constitucionales y su jurisdicción*. Rodhas, Lima, 2004, p. 60; QUIROGA LEÓN, Aníbal. “La recepción española de la judicial review americana: la cuestión de inconstitucionalidad”. En: Domingo GARCÍA BELAUNDE (coordinador). *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos)*. Grijley, Lima, 2003, pp. 233-234 y 242-243; y “El Derecho Procesal Constitucional peruano”. En: GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coordinador). *Constitucionalismo y Derechos Humanos*. Grijley, Lima, 2002, p. 175. En la quinta edición del año 1999, de la conocida obra conjunta de Carlos Blancas Bustamante, César Landa Arroyo y Marcial Rubio Correa se sostiene que el Perú ha adoptado un sistema mixto de control constitucional. *Derecho Constitucional General*. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 462; igualmente BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Constitución y Sociedad, Lima, 1996, p. 552. El ex magistrado Víctor García Toma tiene algunos reparos sobre la tesis dual belaudiana. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Palestra, Lima, 2005, p. 552. A nivel foráneo, consideran el modelo peruano como sistema mixto los juristas Allan Brewer-Carías y Ricardo Haro. BREWER-CARIÁS Allan R. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*. IDH, San José, Costa Rica, 2005, p. 210; y HARO, Ricardo. “Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, N° 24, Trujillo, julio de 2002, p. 23.
- 36 Véanse sus escritos: “Control y magistratura constitucional en el Perú”. En: Susana Ynés CASTAÑEDA OTSU (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Jurista, Lima, 2004, p. 279; y en Domingo GARCÍA BELAUNDE (coordinador). *Constitucionalismo y Derechos Humanos*. Grijley, Lima, 2002, p. 153; y *Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Universidad Privada San Pedro, Chimbote, 2003, p. 73. Por su parte, el profesor Ernesto Blume Fortini nos da cuenta de la configuración de un “sub modelo” dual o paralelo de coexistencia simultánea, pero independiente. Léase sus artículos: “El control de la constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectivas)”. En: Susana Ynés CASTAÑEDA OTSU (coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Ob. cit., p. 258; y “El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución”. En: *Derecho*. N° 50, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, p. 167. Este autor, asimismo, ha publicado la obra: *El Control de la constitucionalidad (con especial referencia a Colombia y Perú)*. ERSA, Lima, 1996. Antecede presentación de Domingo García Belaunde.
- 37 ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo. “El tortuoso camino ‘legal’ de una reelección más”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVI, N° 4, Trujillo, octubre-diciembre de 1996, pp. 38-11.

“inaplicable” la ley interpretativa N° 26657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República en el año 2000 del entonces jefe de Estado, Alberto Fujimori. Inaplicable “en ejercicio de sus atribuciones de control difuso”, como dejaba constancia en su parte resolutive. El curso y resultado del Expediente N° 002-96-AI/TC fue evidentemente una salida estrictamente política del Tribunal Constitucional del país³⁸.

En términos genéricos, el modelo peruano de jurisdicción constitucional tiene una mayúscula fisonomía democrática y, obviamente, como todo sistema, susceptible de perfeccionarse en

aras de un sólido sistema democrático constitucional. Es decir, si una democracia constitucional eficiente exige mecanismos jurídico-procesales al más alto nivel, como es el constitucional, podría modificarse la actual *Lex Suprema* en aspectos concretos como la denominada cuestión de inconstitucionalidad, el control preventivo de las leyes, la inconstitucionalidad por omisión, la legitimidad procesal activa, y sobre uno de los campos problemáticos de la jurisdicción constitucional actual –a decir del jurista Häberle³⁹–, la elección, número y sistema de votación de la magistratura constitucional⁴⁰.

38 Ver artículos, entrevistas, comunicados y sentencias del caso en el especial que dedica *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVI, N° 4, Trujillo, octubre-diciembre de 1996, pp.11-59.

39 HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Palestra, Lima, 2004, p. 129.

40 Para mayor información: DOMÍNGUEZ HARO, Helder. “El proceso de inconstitucionalidad en el Derecho patrio: bosquejando una *legis latío* de reforma constitucional o vía una constituyente”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LV, N° 62, Trujillo, mayo-junio de 2005, pp. 109-124.