

XII

CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

En homenaje a Sigifredo Orbegoso Venegas y
Víctor Julio Ortecho Villenas

DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO A LOS 25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Ernesto Blume Fortini
COORDINADOR

VOLUMEN 2

FONDO EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

**DESAFÍOS DEL
CONSTITUCIONALISMO PERUANO
A LOS 25 AÑOS DE
LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

Ponencias presentadas al
XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional

En homenaje a Sigifredo Orbegoso Venegas y
Víctor Julio Ortecho Villenas

VOLUMEN 2

2018

Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego

**DESAFIOS DEL CONSTITUCIONALISMO
PERUANO A LOS 25 AÑOS DE LA
CONSTITUCION DE 1993
Ponencias presentadas al XII Congreso Nacional
de Derecho Constitucional - Volumen 2**

Editado por:

© UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

Av. América Sur N° 3145,

Urb Monserrate Trujillo, Perú

Teléfono (51) 44 604444, anexo 2087

www.upao.edu.pe

Primera edición Fondo Editorial UPAO, octubre 2018

Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-15365

Se terminó de imprimir en octubre de 2018 en:

IMPRESA EDITORIAL GRÁFICA REAL S.A.C.

Jr. Independencia 953, Trujillo - Perú

T. (51-44) 253324

ventas@graficareal.pe

LA DEMOCRACIA EN TIEMPOS DEL CONSTITUCIONALISMO, DE LOS DERECHOS Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL (DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL POR METRO CUADRADO)

Helder Domínguez Haro¹

I

Se debe empezar reconociendo que la democracia es atractiva, seductora y pretendida por todos (con las excepciones que siempre las hay)², y no obstante la polisemia y el concepto multívoco de dicha tamaña expresión, es un tema frecuente en sentido positivo o afirmativo.

Si bien la puesta en escena de abundante literatura en torno al contenido de la democracia nos demuestra la amplia y diversa gama de teorías o modelos para explicar su identidad y rasgos característicos inherentes, y que por razones de espacio sería demasiado largo desarrollar aquí³, lo cierto es que la democracia en su evolución está equilibrando cada

1 Abogado y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo por la Universidad de Jaén (Andalucía, España). Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Colaborador del Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa (sede España). Director del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

2 Cfr.: ARANGO, Rodolfo, Democracia social. Un proyecto pendiente. México: Fontamara. 2012, p. 69.

3 Sobre las "democracias" cito algunos autores con su obra representativa traducida al castellano: BOBBIO, Norberto, El futuro de la democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1986; BURDEAU, Georges, La democracia. Barcelona: Ariel, 1970; DAHL, Robert, La democracia y sus críticos. Bs. As.: Paidós, 1991; FERRAGOLI, Luigi, Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. T-II. Madrid: Trotta, 2007; GARCÍA JURADO, Roberto, La teoría de la democracia en Estados Unidos: Almond, Lipset, Dalh, Huntington y Rawls. México: Siglo XXI Editores, 2009; HELP, David, Modelos de Democracia. Madrid: Alianza, 2002; KELSEN, Hans, Esencia y valor de la democracia. Barcelona: Guadarrama, 1934; LIJPHART, Arend, Las democracias contemporáneas. Barcelona: Ariel, 1987; MACPHERSON, Crawford Brough, La Democracia liberal y su época. Madrid: Alianza, 1982; SARTORI, Giovanni, Teoría de la democracia. El debate contemporáneo. 2 tomos. Madrid: Alianza, 1988; SCHUMPETER, Joseph, Capitalismo, socialismo y democracia. Madrid: Aguilar, 1962; y TOURAINE, Alain, ¿Qué es la democracia?. Bs. As.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

vez la balanza de libertad-igualdad desde la perspectiva jurídica o desde un argumento constitucional del fenómeno democrático. En buen romance, vivir en la aldea global con libertad e igualdad.

Ciertamente, la democracia tiene un nacimiento básicamente político y su definición política asociada al autogobierno. Es un punto de partida trascendental identificarla como un conjunto de reglas sobre el poder político, forma de gobierno o forma de estado, que exprese la voluntad o fidelidad del pueblo o de la mayoría ciudadana. Aunque dicha lectura política y formal de la democracia es una condición necesaria, de ninguna manera ha sido suficiente. Desde luego las prácticas democráticas de los antiguos y de los modernos (en menor medida en la época medieval) se constituían en las mejores credenciales contra el discurso autoritario; empero a la larga al enfatizarse sólo su dimensión política (y electoral) empezó a desquebrajar el sentido social o igualitario que debe alcanzar el proyecto democrático.

Se ha perseguido afianzar primero su lado político como sistema de gobierno o técnica de organización del poder político, el enfoque procedimental o procesal para la formación y toma de las decisiones públicas dentro de un esquema competitivo en una determinada sociedad u organización estadual; a diferencias de otras posturas que han priorizado definiciones sustantivas de democracia como estilo de vida favorable al hombre o como ideal, principio o en términos axiológicos. Comanducci los ha sintetizado en tres bloques: i) definiciones procedimentales bajo la fórmula "gobierno del pueblo", ii) definiciones sustanciales en torno al "gobierno para el pueblo", y iii) definiciones mixtas bajo la fórmula "gobierno del pueblo para el pueblo"⁴.

Con todo, y si bien arribamos contemporáneamente a una posición integral, completa e institucional de la experiencia democrática que -sin ser precipitada- reúne los tres planos consustanciales de la misma: una forma política-jurídica, una forma de vida y una forma de liberación del hombre (emancipación humana), expuestos con mayor detenimiento en su momento⁵, tocase ahora escudriñar las consideraciones normativas y constitucionales de la democracia o su valor constitucional cada vez más creciente para una reconstrucción conceptual de su contenido; en tanto y en cuanto el ser humano está "condenado" a vivir en un mundo de reglas o normas ya se de conductas, morales o más sofisticadas como las normas jurídicas (variedad y multiplicidad de normas)⁶ o las normas constitucionales (que a su vez

Siendo una de mis líneas de investigación la democracia, la gobernabilidad democrática y el estado constitucional, a modo de introducción sobre los modelos democráticos y notas bibliográficas puede revisarse los siguientes artículos de mi autoría: La fenomenología estadual en una democracia de tipo constitucional, en: Revista Jurídica del Perú. N° 52. Trujillo, 2003; La democracia dentro de un modelo societario constitucional, en: Revista Jurídica del Perú. N° 56. Trujillo, 2004; No una sino varias teorías democráticas. Reconstruyendo una tríadica modélica de democracia, en: Revista Jurídica del Perú. N° 65. Trujillo, 2005; Lectura bibliográfica sobre la democracia y la judicatura nacional como Poder del Estado, en: Revista de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, Vox Iudex. N° 3. Trujillo, 2009; La jurisdicción constitucional en el desarrollo de la democracia, en: Libro Homenaje a Néstor Pedro Sagüés. T-I. Lima, 2011; y De la teoría política a la teoría constitucional de la democracia (introducción bibliográfica), en prensa.

- 4 COMANDUCCI, Paolo, Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho. Lima: ARA Editores, 2010, p. 69.
- 5 DOMINGUEZ HARO, Helder, El derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional. Lima: Grijley, 2008, pp. 150 y ss.
- 6 Cfr.: BOBBIO, Norberto, Teoría general del derecho. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, pp. 3 y ss.

acogen principios y valores). Usando otras palabras, la estrecha relación de la democracia con el derecho y la constitución como ley fundamental, y que no importa la despolitización de la democracia. Por cuanto la democracia es "política" y también es "jurídica", y dentro de este último esquema entonces es "constitucional" a la par con la llamada constitución moderna y sobre todo después del nuevo orden producto de los sucesos dramáticos propios de la segunda guerra mundial.

El inexorable proceso de constitucionalización del derecho⁷, de los derechos y del poder marchan de cara a la reconstrucción de una teoría y práctica democrática que no es excluyente de otros órdenes; y probablemente la constitución está llamada a compartir el "punto fundamental" de la democracia para usar prestadas y agudas expresiones al estilo dworkiano⁸.

Dentro de esa ruta natural, la constitución es fuente de derecho y fuente de derechos, y dentro de ese proceso, a la par con la fisonomía contemporánea del constitucionalismo de avanzada, se puede catalogar a la democracia en sede o desde los contornos de los derechos humanos, constitucionales o fundamentales en perspectiva jurisprudencial. Es lo que se pretende glosar en este trabajo de modo conciso. Un breve inventario de las ideas democráticas.

II

La evolución de la civilización es una perpetua lucha por el reconocimiento de los derechos del hombre. Reconocer lo que ya existe inherente al ser humano para su libre accionar y desenvolvimiento. El hombre desde su aparición ha tratado de explorar la mejor forma de coexistencia humana, donde el ejercicio de los derechos se enmarque dentro de un ambiente o contexto apropiado afín con el proyecto de vida personal y comunitaria. La democracia se va gestando históricamente como ese espacio alrededor del cual el gobierno de los ciudadanos generó paulatinamente la participación activa de los mismos y la práctica de sus derechos.

El perfeccionamiento -con altas y bajas- de la forma democrática, los correctivos propios de su evolución desde épocas presocráticas antes de Cristo (o desde que el historiador Heródoto acuñara el término isonomía traducida como democracia)⁹, hacia una democracia plena y no fallida, responden a las transformaciones de la sociedad al asumir como una verdad reconocida que la democracia es la mejor alternativa plausible de convivencia en

7 Sobre el particular ver: FAVOREAU, Louis, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2000.

8 Cfr.: DWORKIN, Ronald, *La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria*, en: GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo*. Lima: Grijley, 2014, p. 199. Destaca también de Ronald Dworkin su libro: *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Barcelona: Paidós, 2007.

9 Cfr.: HERÓDOTO, *Historia*. Madrid: Alianza Editorial, 2010, pp. 124 y ss. Sobre la época antigua se puede consultar: COHEN, Robert, *Atenas, una democracia. Desde su nacimiento hasta su muerte*. Barcelona: Orbis, 1985; FINLEY, Moses I., *Vieja y nueva democracia y otros ensayos*, Barcelona: Ariel, 1980; KEANE, John, *Vida y muerte de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2018; ORLANDI, Héctor Rodolfo, *Democracia y poder. Polis griega y constitución de Atenas*. Bs.As.: Ediciones Pannedille, 1971; y RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco, *Nueva historia de la democracia. De Solón a nuestros días*. Barcelona: Ariel, 2011.

comparación con otros sistemas, acreditados como irrespetuosos de la dignidad humana. "El viento de la historia ha cambiado de dirección, y sopla en una sola: hacia la democracia"¹⁰. Si bien los filósofos Platón y Aristóteles desconfiaban de la voluntad y acierto del pueblo e incluso catalogaron a la democracia como una forma de gobierno degenerada (para Platón la democracia era la forma degradada, corrupta y real de la política; y para el estagirita era la forma impura, real y menos mala); debe tenerse en cuenta que dichas críticas responden a la época de decadencia de la democracia ateniense, a diferencia de la gloriosa época de Solón, Clístenes y Pericles.

En definitiva, las tensiones o diferencias que se identifican no son sobre la necesaria coexistencia democrática, sino versan sobre qué democracia (calidad) o modalidad sea la adecuada. Aquí entra a tallar la constitución y el constitucionalismo, y su imbricación con la democracia. En esta conjunción la democracia se institucionaliza y positiviza en el corpus constitucional. "La democracia adquiere realidad y valor sólo en la medida en que es institucionalizada, formalizada mediante un instrumento máximo que se denomina constitución" en clave garciabelaudiana¹¹.

A este respecto, es ostensible que la democracia es el punto de partida, es el principio legitimador y de validez de la constitución. La legitimidad democrática postula que el titular del poder es el pueblo soberano conectado con la constitución, y ésta al reconocer y garantizar los derechos constitucionales y fundamentales como límites al poder político (gobierno limitado por los derechos), está a su vez aportando en la construcción jurídica de la democracia como derecho y como un sistema de derechos, condición definitoria necesaria y esencial de la democracia constitucional, un paradigma de nuestro tiempo. La inclusión de la democracia, principio legitimador, en el contenido de la constitución obliga a dotar al término democracia de significado jurídico y, consecuentemente, genera sus propios límites (la constitución como límite convencional a la democracia¹²); y sí los derechos fundamentales aparecen configurados como restricciones materiales del poder del estado, resulta congruente con la juridificación de la democracia (o enderezada como forma jurídica).¹³

10 SARTORI, Giovanni, ¿Qué es la democracia? México: Taurus, 2003, p. 372. Otras obras del politólogo italiano destacan: Aspectos de la democracia. México: Limusa-Wiley, 1965; Partidos y sistemas de partidos. Madrid: Alianza, 1987; Teoría de la democracia. El debate contemporáneo. 2 tomos. Madrid: Alianza, 1988; La democracia después del comunismo. Madrid: Alianza, 1994; Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. México: Fondo de Cultura Económica, 1999; Elementos de teoría política. Madrid: Alianza, 1999; Homo videns. La sociedad teledirigida. México: Taurus, 2000; La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. México: Taurus, 2001; y La democracia en treinta lecciones. Madrid: Taurus, 2009.

11 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, ¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?, en: Anuario Jurídico. T-IX. México: UNAM, 1982, p. 466.

12 Cfr.: NINO, Carlos Santiago, Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Bs. As.: Astrea, 2002, p. 44.

13 Cfr.: ARAGON, Manuel, Constitución y democracia. Madrid: Tecnos, 1989, pp. 56 y ss. Léase también: La democracia como forma jurídica. Universidad Autónoma de Madrid, Working Paper. N° 32. Barcelona, 1991; y Constitución, democracia y control. México: UNAM, 2002.

En esa lógica, la democracia precede históricamente al constitucionalismo. El constitucionalismo, la constitución y el estado constitucional recurren a los principios y valores democráticos, y a su vez, la norma suprema, como documento que formaliza (positiviza) la experiencia democrática y portadora de principios y valores superiores, enriquece el núcleo normativo de la democracia; y recientemente en términos de derecho humano, como intentamos acentuar y desarrollar en estas líneas. Un cambio contemporáneo en la relación entre derecho y política, entre ciencia jurídica y filosofía política, y que imprime un nuevo formato o afecta en el estatuto epistemológico de la teoría de la democracia, como bien refiere Ferragoli¹⁴.

En ese horizonte de reflexión, la fórmula democracia constitucional se define en "términos de derechos"¹⁵. Un derecho constitucional de doble connotación: derecho de la persona y derecho de organización basado en la dignidad humana¹⁶. 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 (derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y derechos colectivos de la humanidad o de solidaridad). En palabras breves, la democracia es el "derecho a tener y ejercer derechos". Asimismo, la democracia es un derecho marco-rector de organización de la sociedad y del poder político, de la entidad llamada estado; y se plasma en un estado constitucional y democrático de derecho (transformación del estado de derecho). Derecho que van en cadena con la democracia como principio de legitimidad y principio constitucional (categoría jurídica además de política). La democracia, como forma de estado y de gobierno, es un principio de organización sobre la titularidad y el ejercicio del poder del estado¹⁷, y por su potencial para limitar la dominación¹⁸.

En efecto, el centro de gravedad es el ser humano y sus derechos, y no el estado, la constitución, el poder, el patrimonio o la propiedad. El foco de atención es el ciudadano y sus derechos, por una ciudadanía democrática, participativa, activa, responsable, multicultural e intercultural (o transcultural para algunos autores¹⁹). Vale decir, corresponde razonar, acentuar y potenciar el pensamiento democrático constitucional "a partir de los derechos", "desde los derechos", porque es "el tiempo de los derechos" como nos recuerda con agudeza

14 FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Op. cit., p. 36.

15 BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*. Madrid: Trotta, 2008, p. 81.

16 Sobre el hecho democrático como derecho, puede verse los libros de Asdrubal Aguiar: *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008 (antecede prólogo de Allan Brewer sobre el derecho a la democracia y el control del poder); y *La democracia del siglo XXI y el final de los estados*. Caracas: Ediciones Cyngular, 2014; y en sede nacional de Helder Domínguez Haro: *El derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional*. Lima: Grijley, 2008 (antecede prólogo de Carlos Fernández Sessarego y presentación de Alberto Borea).

17 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 53.

18 Cfr.: SHAPIRO, Ian, *La teoría de la democracia en el mundo real*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

19 Cfr.: RUBIO CARRACERO, José, *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Madrid: Trotta, 2007; y *Democracia*. Lima: Jurado Nacional de Elecciones, 2012.

el maestro Bobbio²⁰; y esto es lo que cuenta y lo que nos interesa; y sin duda alguna, para su configuración es propicio los importantes aportes de Ferrajoli²¹. Así resulta congruente hablar de derecho a la dignidad, derecho de la constitución, derecho a la tutela judicial de la supremacía constitucional, derecho a la división y equilibrio de poderes, derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, derecho a la alternancia en el poder, derecho a la distribución territorial del poder, derecho a la transparencia y previsibilidad de las decisiones públicas (y judiciales), derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, derecho a la deliberación y al pluralismo ideopolítico, derecho al trabajo y la seguridad social, derecho a la iniciativa económica, derecho a la educación, derecho a la salud, derecho a la vivienda, entre otros, que calzan dentro del derecho a la democracia²². Ahora bien, este planteamiento entraña la existencia rigurosa e imprescindible de ciertos derechos de libertad y ciertos derechos sociales como precondiciones sin las cuales la democracia no podría existir o se muere o subsiste sólo en apariencia, que de constatarse suele ser etiquetado como “democracia de plástico”²³. No cabe duda, que la eficacia de los derechos sociales representa un desafío al constitucionalismo democrático²⁴.

-
- 20 El pensador de Turín ha dicho: “Derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. Con otras palabras, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconoce algunos derechos fundamentales”. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991, p. 14.
- 21 Del jurista Luigi Ferrajoli citaremos de modo esquemático algunas publicaciones traducidas al castellano sobre el entroncamiento entre democracia, derechos y constitución. Léase: *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008; *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2009; et. al., *Derecho y democracia constitucional: una discusión sobre Principia iuris de Luigi Ferrajoli*. Lima: ARA Editores, 2011; *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 3 tomos. Madrid: Trotta, 2011; *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011; et. al., *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2012; *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014; y *Derechos fundamentales. Democracia constitucional y garantismo*, Lima: RZ Editores, 2016.
- 22 Cfr.: BREWER CARÍAS, Allan, *Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia*, en: *Revista Universitas*, N° 119. Bogotá, 2009, pp. 93-112; y DOMÍNGUEZ HARO, Helder, *Del derecho a la Constitución al derecho a la democracia como derecho constitucional y fundamental*, en: *Revista Iuris Lex Societas*. N° 12. Trujillo, 2007, pp. 112 y ss.
- 23 BOVERO, Michelangelo, *Democracia y derechos fundamentales*, en: *Isonomía*. N° 16. 2002, p. 38. Véase del mismo autor: *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta, 2002; y *Los desafíos actuales de la democracia*. México D.F.: Instituto Federal Electoral, 2012; y en coautoría con: FERRAJOLI, Luigi. *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*. México: Instituto Federal Electoral, 2001; y PAZÉ, Valentina (eds.), *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta, 2014.
- 24 Cfr.: RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *Los derechos sociales en el estado constitucional*. México: Porrúa, 2016. Sobre la conexión entre el constitucionalismo con el desarrollo, con el ámbito económico y social, y el modelo de democracia en un marco constitucional interesa el artículo GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas*, en: CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*. Lima: Adrus, 2014.

La democracia como fenómeno histórico, permanente y la mejor forma de convivencia (consensus universal), al responder a la naturaleza y existencia del hombre -eje y centro irrepentible- compatible con el humanismo y la dignidad humana (sustento ontológico). La dignidad humana es un principio-derecho de afirmación indesmayable del valor de la condición humana y de reconocimiento de todo hombre -en cualquier lugar el mundo- como ser humano y no como cosa u objeto. "Los hombres son fines en sí y no medios o instrumentos de otros hombres" nos enseña la máxima kantiana o el imperativo categórico kantiano²⁵. El ser humano, su dignidad, es el arché y thelos del estado, de la democracia y de la sociedad; siendo una premisa antropológica del estado constitucional, una garantía del status quo democrático y es un punto de no retorno en el estadio de desarrollo de la civilización humana²⁶. En buena medida, si el hombre no puede subsistir y desarrollarse sin dignidad y libertad porque le son inherentes, igualmente no puede subsistir plenamente sin democracia.

En el orden expuesto, corresponderá a la Carta Democrática Interamericana de la Organización de los Estados Americanos (2001) la recepción literal de la democracia como derecho y asumiendo una posición integral de la fenomenología democrática, en los siguientes términos: "Artículo 1º.- 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". Un hecho histórico, que se puede deducir también de las diferentes constituciones nacionales²⁷, y declaraciones supraestatales²⁸ cuando abordan a la democracia en sus diversas facetas y manifestaciones. Es sintomático también, la llamada Declaración Universal sobre la Democracia de la Unión Interparlamentaria (1997), que proclama: "Primera parte. Principios de la democracia. 1. La democracia es un ideal universalmente reconocido y un objetivo basado en valores comunes compartidos por los pueblos que componen la comunidad mundial, cualesquiera sean sus diferencias culturales, políticas, sociales y económicas. Así pues es un derecho fundamental del ciudadano, que debe ejercer en condiciones de libertad, igualdad, transparencia y responsabilidad, con el debido respeto a la pluralidad de opiniones y en interés de la comunidad (...). 7. La democracia se funda en la primacía del derecho y en el ejercicio de los derechos humanos. En un Estado democrático, nadie está por encima de la ley y todos los ciudadanos son iguales ante la ley (...)".

25 Enmanuel Kant elabora toda una concepción en relación al "reino de los fines" y se traduce en el ser humano como fin en sí mismo, un autofin que le otorga rango y dignidad. Entre sus obras tenemos: *Crítica de la razón pura* (1781), *Fundamentos de una metafísica de las costumbres* (1785), *Crítica de la razón práctica* (1788), *Crítica del juicio* (1790) y *Por la paz perpetua* (1795).

26 Cfr.: HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial UNAM-PUCP, 2003; y *La imagen del ser humano dentro del estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2001.

27 V.g. *Constituciones de: España de 1978 (artículo 10º), Colombia de 1991 (artículo 1º) y Perú de 1993 (artículo 1º)*. La Constitución Europea en su artículo II.61 regula la dignidad humana y con ella empieza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

28 V.g. *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (párrafo primero del preámbulo y artículo 1º)*, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (párrafo primero del preámbulo)*, *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963 (básicamente párrafo primero y segundo del preámbulo)*, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*, y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (básicamente párrafo primero y segundo del Preámbulo de cada una de ellas)*.

Si la democracia como derecho aborda al ser sui géneris más importante del planeta, subyace la obligación por parte de los detentadores del poder-estado no sólo de reconocer su existencia y el plexo de derechos que comprende, también de proporcionar y propiciar los mecanismos e instrumentos para su materialización y debida protección a través de un sistema de garantías. Ferrajoli escribe que “la construcción jurídica de la democracia constitucional es, ante todo, la construcción del sistema de sus garantías”²⁹. He aquí entonces la presencia -absolutamente imprescindible- de los procesos constitucionales, de la censura constitucional de la invalidez de las leyes e incluso demás actos del poder político (la política disciplinada por el derecho); o lo que es igual, estamos entrando al terreno del control y la jurisdicción constitucional.

Visto así las cosas, la profundización de la democracia significa ir asumiendo en su textura lo mejor del constitucionalismo dieciochesco y decimonónico, y ensamblarla con el constitucionalismo contemporáneo expresado en su dimensión material (derechos fundamentales garantizados) o formateado con la constitucionalización de los derechos, con el contenido igualitario del constitucionalismo, de contrapesos y controles que vincula a la autonomía política, garantía de la minoría, fuerza normativa constitucional y rigidez de la constitución, control de constitucionalidad y jurisdicción constitucional (defensa de la constitución)³⁰. Aseveración que se aparta de toda idea de pretender disminuir a la democracia frente al constitucionalismo, a la soberanía “absoluta y aplastante” del texto constitucional.

29 FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Op. cit., pp. 80 y ss.

30 Este catálogo de categorías son rasgos básicos para la textura normativa de la democracia; no obstante la variedad conceptual que puede sugerir el término constitucionalismo y los desencuentros que puedan darse. Existe vertientes sobre el constitucionalismo y a menudo se habla (o debate) de neoconstitucionalismo o constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. Cfr.: AGUILERA PORTALES, Rafael, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*. México: Porrúa, 2010; ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*. México: UNAM, 2005; BARROSO, Luis, *El neoconstitucionalismo y la stitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México: AM, 2008; BIDART CAMPOS, German J., *El derecho de la democracia y su fuerza normativa*. Bs.As.: ar, 1995; CARBONELL, Miguel, *Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos*. México: Porrúa, 4; (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta-UNAM, 2007; (ed.), *Constitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta-UNAM, 2009; CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, nardo (eds.), *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; MANDUCCI, Paolo, et. al., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio dico Europeo, 2010; FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo: conversación*. Madrid: Trotta, 2012; FERRAJOLI, Luigi, et. al., *Un debate sobre el constitucionalismo*. ríd: Marcial Pons, 2012; GARCÍA AMADO, José Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010; GARCÍA FIGUEROA, nso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009; POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra, 2011; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003; y *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

La calidad de la democracia o el déficit democrático de los países dependerán de la verificación en la realidad de los parámetros antes enunciados o de que se cumplan con mayor intensidad ³¹ o, dicho de otra manera, si los elementos de la democraticidad permanecen en alguna medida en todo sistema político particular³².

De este modo, el afianzamiento de la estructura del derecho constitucional a la democracia se nutre con los aportes y técnicas del constitucionalismo contemporáneo, y evidentemente su praxis impone el uso de la interpretación y argumentación constitucional de la generación de derechos. En efecto, la democracia constitucional no sólo implica un conjunto de reglas de procedimientos y argumentos sobre "quién decide" y "cómo debe hacerlo", también sobre "qué se debe o no se debe decidir"; decidir conforme a la constitución y sobre la base de los derechos que regula explícitamente y de los que se deriven de la dignidad humana. Estamos hablando, como señalan algunos autores³³, de que el respeto de los derechos fundamentales integra la "esfera de lo indecible" o la "esfera de lo no decidable" como límite del ejercicio de la autonomía política, o "coto vedado" o del llamado contenido esencial de los derechos fundamentales desde la jurisprudencia constitucional.

En esa óptica, el empleo de la argumentación constitucional, y sobre todo de la labor jurisprudencial en diferentes tópicos, permite suministrar válidos argumentos que justifiquen de manera razonable y racional, por un lado, el radio de acción específico o la materia específica de los derechos, su contenido, alcance y "concretización" por el ciudadano de carne y hueso en su ámbito de relaciones intersubjetivas y consigo mismo; y por otro lado, el ejercicio de los poderes públicos (razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad) y en general, con los poderes que se presentan en una comunidad, como ocurre con los poderes económicos y los poderes privados.

Es pertinente anotar, que la formación de la democracia constitucional como consecuencia de la articulación entre democracia procedimental y sustancial, entre constitucionalismo y democracia no son procesos sencillos y pacíficos en clave correlacional. El proceso decisorio no está exento de diferencias, resistencias o disonancias. Para citar un par de ejemplos, Salazar Ugarte ha dado cuenta de las siguientes tensiones entre constitucionalismo y democracia: a) la tensión entre el conjunto de los derechos fundamentales individuales y el ideal de la autonomía política; b) la tensión entre el contenido de las decisiones y la forma en la que son adoptadas, c) la tensión entre los principios de la supremacía y la rigidez constitucionales, por un lado, y los poderes legislativos y de reforma constitucionales, por el otro; d) la tensión entre los jueces (cortes o tribunales) constitucionales y los órganos representativos democráticos³⁴. En este último supuesto, se pone en el tapete nuevamente la legitimidad democrática del quehacer judicial o el carácter contramayoritario arrogado a las cortes constitucionales y judiciales, y la idea estadística de la democracia circunscrito al voto mayoritario del parlamento en la dación de las leyes (constitucionalismo legal versus constitucionalismo político)³⁵. Conviene puntualizar que las virtudes de un sistema

31 Cfr.: SARTORI, Giovanni, Elementos de teoría política. Madrid: Alianza, 1999, p. 69.

32 Cfr.: DÍAZ REVORIO, Francisco J., Estado, constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar. Lima: Palestra, 2017, p. 24.

33 Ver el conjunto de publicaciones del jurista Luigi Ferrajoli que va en la nota 20.

34 SALAZAR UGARTE, Pedro, La democracia constitucional. Una radiografía teórica. México: Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006, pp. 184 y 185.

35 Cfr.: BELLAMY, Richard, Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Madrid: Marcial Pons, 2010.

de democracia constitucional de derechos centrado en argumentos -buenos argumentos- posibilitarán superar el conflicto (debate) entre los juicios normativos propios del órgano jurisdiccional y los juicios de legislador democrático³⁶.

Lo dicho, por lo demás, despierta el tema de los "límites del juez constitucional" en el ejercicio de sus funciones y el cual debe estar presente de modo indefectible en una democracia constitucional. La legitimidad democrática de la justicia debe entenderse que el rol del juez constitucional (cortes constitucionales y cortes supremas o poderes judiciales) en sus respuestas plasmadas en decisiones razonables y predecibles, debe reflejar ser un auténtico agente de integración social y promotor del diálogo público y participativo³⁷, y así desterrar el peligro de la tiranía de los valores por una casta de jueces o aristocracia togada. A guisa de ejemplo, las audiencias públicas participativas, la presencia de amigos de la justicia o actores institucionales en la deliberación de los casos, y la necesaria e irremplazable etapa de debate y discusión parlamentaria dentro de una comprensividad temporal suficiente para que el proceso de aprobación de las leyes sea válido, es también materia de examen o control judicial y constitucional por parte de los jueces. Se concluye que el giro deliberativo en la teoría de la democracia, puede dotar de elementos significativos a las cortes constitucionales y cortes supremas o poderes judiciales, para que se coloquen al servicio de la discusión ciudadana o del diálogo democrático, a través de parámetros estructurales de argumentación, inclusión, libertad e igualdad de los participantes (aspectos de mayor resonancia de la versión deliberativa)³⁸.

36 Desde que el profesor estadounidense Alexander Bickel acuñara en la década de los 60 la expresión "dificultad contramayoritaria" de la judicial review, esta institución ha merecido un interesante horizonte de reflexión -no necesariamente lineal- y divulgación. Léase: AHUMADA RUIZ, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Civitas, 2005; AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998; ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984; FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996; RUIZ VALERIO, José F., *¿Democracia o constitución? El debate actual sobre el estado de derecho*. México: Fontamara-EGAP, 2009; SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons, 2007; y WALDRON, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

37 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Diferencias entre el activismo judicial, a secas, y el activismo judicial dialógico, y algunas necesarias precisiones al respecto*, en: *Gaceta Constitucional*. T-123. Lima, 2018, p. 54.

38 Es nutrida la literatura sobre el modelo democrático deliberativo y en cuanto a sus cultores y cuestiones más importantes de su contenido, puede verse: DWORKIN, Ronald, et. al., *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004; ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001; FISHKIN, James, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*. Barcelona: Ariel, 1995; GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Bs. As.: Siglo XXI Editores, 2014; GREPPI, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, 2006; HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald C. (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004; LINARES, Sebastián, *Democracia participativa epistémica*. Madrid: Marcial Pons, 2017; MARTI José Lúies, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006; y NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. Mención especial merece la idea habermasiana a través de sus libros: (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. 2 tomos. Madrid: Taurus, 1987; y *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

Visto el panorama, la plenitud de la ecuación democracia-constitucional, la conjugación, estabilidad y equilibrio entre constitucionalismo y democracia dependerá de ir buscando superar, integrar o minimizar determinadas tensiones, colisiones o desencuentros como las señaladas hasta el momento; o “explorar las notas que reúnen ambas ideas, antes que aquellas que la diferencian”³⁹.

Hasta aquí, expuesto sumariamente el discurso democrático-constitucional, veamos el peso que tal dupla tiene a nivel de los fallos del máximo órgano de impartición de justicia constitucional.

III

Han pasado tres décadas de jurisdicción constitucional desde la creación de un órgano constitucional ad hoc en terreno nacional y, particularmente, será en el siglo XXI que la aplicación de la teoría de la democracia en la jurisprudencia –en una primera aproximación– es auspiciosa y formativa para la ciudadanía; no obstante los cuestionamientos sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional en determinados momentos.

El custodio e intérprete supremo de la norma fundamental asume como premisa pétrea e inmutable para la convivencia social y para el ordenamiento jurídico constitucionalizado, la necesaria e impostergable presencia de la democracia, y ciertamente, no puede ser utilizada como una patente de corso, como escudo, para actuar de manera arbitraria⁴⁰. Queda en evidencia que la mencionada categoría forma parte de los ámbitos intransgredibles de la constitución, pese a la resistencia que puede haber del pensamiento antidemocrático (y autoritario) en plena era de la globalización o en tiempos de constelación posnacional.

El Tribunal Constitucional peruano en sus fallos despliega líneas de reflexión hermenéutica y argumentativa que van decantando una arquitectura jurídica sobre la democracia constitucional contemporánea; De acuerdo con el caso abordado y la institución jurídica analizada o los institutos materia de estudio, va asumiendo determinados componentes o notas distintivas del discurso democrático. Aunque el derecho humano a la democracia o el derecho ciudadano a la democracia no se emplea literalmente en las resoluciones del órgano colegiado nacional –hasta donde se ha logrado investigar–, se puede evidenciar, rastrear y ubicar sistemáticamente del conjunto de principios, valores, normas, categorías y derechos que emanan de la constitución y su interpretación; y cuyo contenido es producto de su desenvolvimiento jurisprudencial y doctrinario (métodos de concreción del contenido de los derechos fundamentales por ejemplo). Distinta situación acontece en otras latitudes al revisar resoluciones o fallos que califican a la democracia de forma textual y exacta como derecho, muestra de ello tenemos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹ y a la

39 GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*. V-1. Bs. As.: Abeledo-Perrot, 2008, p. 32.

40 PALOMINO MANCHEGO, José F. *La Democracia: concepto, historia y vigencia*, en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad*. N° 134. Trujillo 1996-1999, p. 723.

41 Sentencia de fecha 23 de junio de 2005, párrafo 7, caso *Yatama Vs. Nicaragua* (C127/2005) y sentencia de fecha 24 de noviembre de 2008, párrafo 222, caso *García Prieto y otros Vs. El Salvador* (C182/2008). Vid.: AGUIAR, Asdrúbal. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia 1987-2012*. Bs. As., Caracas: Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica⁴².

Veamos la democracia a nivel de casos. Sobre los rieles de la jurisprudencia constitucional, además de las referencias a las raíces etimológicas de la democracia, el Tribunal Constitucional ha optado por el componente jurídico de la praxis democrática a través de la constitución como juridificación de la democracia⁴³, y recuerda expresa y permanentemente su naturaleza de principio jurídico fundamental, principio constitucional, principio político democrático o principio democrático. Ha establecido en sus sentencias, con buen criterio, un marco institucional producto de dos términos indisociables: democracia y constitución, y que justifica a la democracia como forma jurídica o forma jurídica-constitucional. Además de eso, un principio articulador como sucede con el principio democrático identificado con la soberanía popular, el reconocimiento y la protección de los derechos que se asientan ontológicamente en la dignidad humana, la supremacía constitucional y su fuerza normativa⁴⁴, la separación de poderes (limitación, distribución, alternancia, racionalización y control del poder)⁴⁵ y, evidentemente, sus vasos comunicantes expresado en el estado social y democrático de derecho o estado constitucional (estado constitucional y democrático de derecho, estado democrático constitucional, estado democrático de derecho o estado constitucional y social de derecho) y la forma republicana de gobierno⁴⁶.

Al respecto, bastaría mostrar algunos elementos propios de la democracia en su versión constitucional, señalando la parte pertinente de las resoluciones que siguen. Apelando a la opinión de uno de los juristas que más ha estudiado a la democracia y su singular condición normativa, como es el constitucionalista Manuel Aragón, la STC N° 0030-2005-PI de fecha 2 de febrero de 2006, demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 28617 (Ley que establece la Barrera Electoral), en su fundamento 19 precisa:

42 Sentencia 9197-06. Ver: Poder Judicial de la República de Costa Rica. Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia/Escuela Judicial. San José, 2014, p. 31.

43 Cfr.: ETOCRUZ, Gerardo, Contribuciones del Tribunal Constitucional al fortalecimiento de la democracia en el Perú: una mirada panorámica a 30 años de su existencia, en: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. T-I, Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2014, pp. 22 y ss.

44 Cfr.: STC Exp. N°0050-2004-AI, STC Exp. N°0051-2004-AI, STC Exp. N°0004-2005-AI, STC Exp. N°0007-2005-AI, STC Exp. N°0009-2005-AI (acumulados), STC Exp. N°3330-2004-AA, STC Exp. N°0009-2008-PI, y STC Exp. N° 5961-2009-PA.

45 Cfr.: STC Exp. N°0005-2007-PI.

46 Cfr.: STC Exp. N° 0008-2003-PI, STC Exp. N° 3149-2004-PC, STC Exp. N°2002-2006-PC, STC Exp. N° 3343-2007-PA y STC Exp. N° 3610-2008-PA.

"2.2 El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho

19. artículo 43° establece que la República del Perú "es democrática". La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el "gobierno del pueblo", mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, Norma Constitucional y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la Constitución bien podría ser definida como la juridificación de la democracia (ARAGÓN REYES, Manuel. "Estado y democracia". En: AA. VV. El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana. Madrid: Civitas, 1997, pp. 31-45). En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un totus social en el que subyace la igualdad"⁴⁷.

En esa perspectiva, la STC Exp. N° 4677-2004-PA del 25 de diciembre de 2005, caso Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), sobre el ejercicio de derecho de reunión y en cuyo argumento 12 señala como presupuestos para la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática lo siguiente:

"12. En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha destacado que, tal como se desprende del artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho.

El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa "en la vida política, económica, social y cultural de la Nación", según reconoce y exige el artículo 2° 17 de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, 17° y 30° a 35°, los derechos a las libertades

47 Cfr.: STC N° 0003-2006-PI y STC N° 0013-2009-PI.

de información, opinión e información (artículo 2° 4), de acceso a la información pública (artículo 2° 5), de asociación (artículo 2° 13) y de reunión, previsto en el artículo 2° 12° de la Carta Fundamental.

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra "herida de muerte"

Se pueda apreciar que la dignidad forja la estructura teórica de la democracia y es el basamento sólido a partir del cual se cimienta el estado constitucional y los derechos de los ciudadanos. La STC Exp. N°0050-2004-AI del 3 de junio de 2005, caso proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389 (de reforma constitucional de régimen pensionario) y contra la Ley N° 28449 (de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530), es un fallo emblemático en la historia de la jurisprudencia constitucional, al delinear la dimensión de derecho al principio constitucional de dignidad⁴⁸. Su fundamento 46 es como sigue:

"46. El principio-derecho de la dignidad humana respecto a la pensión

El artículo 1 de la Constitución establece que la "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

La dignidad humana, tal como se ha precisado supra, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. La persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general.

Siendo así, la persona humana es el soporte del orden político y la paz social, de ahí que "(...) requiere una especial tutela por parte del Ordenamiento jurídico, tendente a garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y (...) su efectiva vigencia" (ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional. León, Universidad de León, 1996, p.134).

El Tribunal Constitucional, como parte del fundamento 161 de la Sentencia del Expediente N° 0010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva, sobre los Decretos Leyes de Terrorismo, ha señalado que la dignidad humana se configura como "(...) un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover".

La seguridad social y el derecho a la pensión son elementos esenciales que configuran el mínimo existencial necesario para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, para garantizar una vida digna.

Por tal razón, una pensión constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana. De tal forma, pues, se infiere la existencia de un derecho a la dignidad pensionaria".

48 Como es conocido el Tribunal Constitucional peruano consideraba primero a la dignidad como principio o valor supremo o superior, para luego asignarle la calidad de principio-derecho. Cfr.: STC Exp. N° 4635-2004-PA, STC Exp. N° 1417-2005-AA, STC Exp. N° 2273-2005-PH, STC Exp. N° 2005-2009-PA y STC Exp. N°4749-2009-PA.

En consonancia con lo formulado líneas arriba, el supremo colegiado ha apostado por la democracia constitucional como *nomen iuris* en su labor de ir armando las piezas nucleares que deban encajar en un intento de juridificar la democracia. Invocamos dos resoluciones. Nuevamente la STC N° 0030-2005-PI, fundamento 20:

"20. (...) De este modo, la voluntad política que da origen al Estado social y democrático de derecho se proyecta en éste, no ya como un poder supremo, sino como el contenido material del constitucionalismo concretizado en la necesidad de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales de cada persona. El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para convertirse en un poder constituido. La democracia episódica, fáctica, no reglada y desenvuelta en las afueras del Derecho, da lugar a una democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución; da lugar, en otros términos, a la democracia constitucional.

Tales límites, por vía directa o indirecta, se reconducen a asegurar el respeto, promoción y plena vigencia de los derechos fundamentales (...)"

En idéntico sentido, la STC N° 0007-2012-PI del 26 de octubre de 2012, con el añadido de pasar por la tesis que considera a la democracia constitucional como un oxímoron a decir de Holmes⁴⁹, para concluir que los dos conceptos convergen o tienen un punto de confluencia jurídicamente válido. Dicho fallo en su parte pertinente, valiéndose del jusfilósofo Laporta, dice lo siguiente:

"13. Es por ello que el conflicto entre las tesis extremas de la democracia y del constitucionalismo llevan a considerar a la noción de "democracia constitucional" como un oxímoron, ya que "si un sistema político es democrático entonces no admite la limitación constitucional, y si es constitucional no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes" (cfr. Laporta, Francisco, "El ámbito de la Constitución", en Doxa, N.º 24, p. 10).

14. En todo caso, a juicio de este Tribunal, no parece necesario romper la cuerda por ninguno de los dos extremos: ni asuntos sobre los que la deliberación democrática no tenga nada que decir, ni libérrima voluntad popular.

(...)

15. Por ello, no es inadecuado hablar de "democracia constitucional". La Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente (...).

17. Ahora bien, es evidente que tal "democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución", debe continuar desarrollándose dentro de los linderos del sistema jurídico (...)"

Se desprende también de las resoluciones, abierta e indubitablemente, supuestos democráticos de tinte deliberativo o de la teoría de democracia deliberativa, e igualmente

49 HOLMES, Stephen, El precompromiso y la paradoja de la democracia, en: ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (eds.), Constitucionalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 219.

el carácter contramayoritario de la jurisdicción constitucional en su relación con el quehacer legislativo. El Tribunal Constitucional participa del debate sobre las tensiones entre constitucionalismo y democracia -como ya hemos advertido anteriormente- y examina la posibilidad de la intervención de los jueces como controladores del proceso democrático, incluso cuando está de por medio la intervención de las gentes a través de mecanismos directos de participación como sucede con el referéndum. Citando a dos referentes filósofos del pensamiento jurídico contemporáneo, el neozelandés J. Waldron y el argentino C.S. Nino, la parte seleccionada de la STC 0007-2012-PI, en sus fundamentos 11 y 12 remarca:

"§3. Constitucionalismo y democracia: sobre la posibilidad de controlar leyes aprobadas por referéndum.

(...)

11. Sostener que una ley aprobada por referéndum se encuentra exenta de control constitucional, implicaría asumir que la voluntad en él manifestada emana de un poder absoluto, carente de límites jurídicos. Sin embargo, como se sustentará a continuación, dicha tesis no resulta conforme con la Constitución.

12. Los elementos de la democracia y del constitucionalismo, conceptualmente, se encuentran en tensión. En efecto, un valor fundamental de la democracia es la adopción de decisiones siguiendo el principio mayoritario bajo el presupuesto de que todos los sujetos con capacidad política son iguales en dignidad. Por ello, para algunos, la igualdad política participativa, como valor subyacente a la democracia, es "el derecho de los derechos" (cfr. Waldron, Jeremey "Capítulo XI: La participación: el derecho de los derechos", en *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, p. 277 y ss.). Con dicha frase pretende trasmitirse la idea de que el derecho a la igualdad política y la decisión democrática están en el origen, incluso, del reconocimiento de los propios derechos fundamentales en la Constitución, es decir, pretende enfatizar la idea de que el momento constituyente se rige por el principio mayoritario. Desde luego, esta tesis, llevada al extremo, permitiría sostener que toda decisión adoptada bajo mecanismos democráticos, sin importar su contenido, resulta jurídicamente válida.

En contrapartida, el constitucionalismo postula la tesis de que existen límites materiales a toda decisión democrática. Tales límites se encuentran representados, por antonomasia, por los derechos fundamentales, y gozan, cuando menos, de dos mecanismos "contramayoritarios" (por llamarlos de alguna manera) que permiten garantizarlos: uno es la rigidez constitucional y el otro es la jurisdicción constitucional como suprema intérprete de la Constitución. La idea es que para ejercer el derecho de participación democrática válidamente, algunas necesidades básicas para ejercer la autonomía moral y proteger la dignidad del ser humano deben estar previamente garantizadas, lo cual demostraría que el derecho de participación democrática no da origen a los derechos fundamentales, sino que éstos son presupuestos necesarios para el válido ejercicio de la participación (cfr. Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 258 y s.).

(...)"

Son ejemplificadores los argumentos de las decisiones correspondientes a la STC Exp. N° 0001-2018-PI del 10 de julio de 2018, sobre la llamada "Ley Antitransfugismo", que prohíbe a los congresistas la conformación de nuevos grupos parlamentarios o integrar

una bancada diferente; y de la STC Exp. N° 0006-2017-PI del 29 de agosto de 2017, relativa a la conformación de nuevos grupos parlamentarios por parlamentarios disidentes. La primera sentencia en su fundamento 27 precisa:

27. La democracia, bien entendida, implica que los que participan en el proceso deliberativo sean parte de un compromiso según el cual no deben existir preferencias inmutables fijadas de antemano, sino que, en el desarrollo del debate público, ellos puedan ratificar o modificar sus respectivos planteamientos iniciales. Sin embargo, también es cierto que la deliberación debe realizarse en el marco de ciertas condiciones favorables que favorezcan el intercambio, siendo un elemento primordial el plazo de debate, sobre todo cuando este se realiza en el seno del Parlamento. En efecto, es preciso recordar que "toda toma de decisiones implica una resolución y por eso es necesario establecer un límite en el tiempo que ponga fin a la deliberación y permita dar el paso a la realización práctica" [Sancho, Carmen. Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de L. Cohen y J. Habermas. En: Revista de Estudios Políticos. Número 122, 2003, pág. 223]. En todo caso, este Tribunal advierte que todo proceso o llega a un punto culminante luego del cual empieza la fase de estación de los acuerdos adoptados, pero ello no supone que ella deba ser excesivamente corta o extensa, ya que en ambos extremos quienes se ven perjudicados son los mismos ciudadanos. En el primer caso, porque un debate ligero y superficial de los asuntos públicos no permite identificar y afrontar, en su verdadera dimensión, los problemas y dificultades que la realidad presenta; y, en el segundo, esencialmente por tratarse de una respuesta tardía frente a una necesidad basada en el bienestar general".

De este rápido repaso y haciendo un balance provisional, se puede deducir que existe un conjunto de elementos que jurisprudencialmente dan lugar a un patrón de desarrollo decisional sobre la democracia, unos estándares constitucionales sobre la idea democrática que bien pueden afianzar su realización, sobre todo en medio de las carencias o serios problemas que la sociedad peruana enfrenta. Desde el marco constitucional de la democracia se puede encontrar contribuciones que sumen y no resten, como ha acontecido desde la filosofía, la politología y la sociología.

No obstante que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no asemeja a la democracia como derecho humano y derecho ciudadano de manera explícita y expresamente, y tampoco se ubica en una norma directamente estatuida en nuestra constitución, es sólo cuestión de tiempo su plena configuración en la jurisprudencia sin necesidad de ninguna modificación constitucional. En suma, será el resultado de un proceso de maduración de ideas a la luz de la jurisprudencia supranacional, el constitucionalismo contemporáneo y el carácter normativo de la democracia. Sea como fuere, lo cierto es que seguirá el mismo futuro del principio dignidad humana, hoy por hoy un principio-derecho inobjetable.

IV APOSTILLA FINAL

Con el asentamiento del estado constitucional y el acrecentamiento de la jurisdicción constitucional, el juez a través de sus decisiones finales y definitivas, se ha vuelto un actor vertebral para aportar en la construcción de los presupuestos nucleares de la democracia, al tratar de esclarecer -en medio de las convergencias y divergencias- su contenido. En dicho esfuerzo, no menos importante, nos encontramos con un quehacer investigativo y teórico de autores nativos sobre las posibilidades, límites y modelos de democracia desde su dimensión política, social, jurídica, constitucional, deliberativa y valorativa; que bien podríamos enumerar de manera ilustrativa en pro de avivar el debate - incluido el jurisprudencial- y tratar de eliminar distorsiones que puedan pulverizar a la democracia.

Si bien se ha dicho y comentado época tras época sobre la experiencia democrática, los numerosos trabajos en casa han sido de tipo divulgador y de descripción de un problema en concreto o el análisis -panorámico o riguroso- sobre un determinado aspecto de la realidad nacional (o dentro del escenario latinoamericano⁵⁰), y es en ese sentido que brota su especial significado; sin embargo, existen algunos libros que abordan los enfoques o las teorías de la democracia. Desde esta última perspectiva, distingamos como una suerte de apartado bibliográfico los siguientes libros de corte nacional: Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina (1994) de César Landa Arroyo; La difícil democracia en América Latina: desafíos y perspectivas (1994) de Alberto Borea Odría; Acerca del modo de pensar la democracia en América Latina (1998) de Carlos Franco Cortez; Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa (2000) de Eduardo Hernando Nieto; Del ágora ateniense al ágora electrónica. El futuro de la democracia (2007) de Francisco Miro Quesada⁵¹; Derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional (2008) de Helder Domínguez Haro; y El argumento democrático sobre América Latina. La excepcionalidad peruana en perspectiva comparada (2009) de Nicolás Lynch.

50 Un ejemplo reciente puede ser: VERGARA, Alberto, Olas y tornados: apuntes sobre el uso de la historia en el estudio de la democratización en América Latina, en: TANAKA, Martín y DARGENT, Eduardo, ¿Qué implica hacer ciencia política desde el sur y desde el norte?. Lima: Escuela de Gobierno y Políticas Públicas-PUCP, 2015, pp. 165-178.

51 Existe una segunda edición correspondiente al año 2016, y se adiciona en esta entrega dos capítulos nuevos: Jürgen Habermas, política deliberativa y democracia; y la democracia integral de Mario Bunge.