

# INTRODUCCION

El origen de la situación crítica del constitucionalismo de fines del siglo XX en el Perú, está en el fracaso del positivismo jurídico, ya que éste ha pretendido ser una ciencia jurídica a-valorativa y sometida a la legalidad formal, excluyendo de lado los valores democráticos que le dieron origen y legitimidad. En ese sentido, sobre la base del principio de legalidad, el positivismo jurídico ha servido tanto a los gobiernos democráticos como a las dictaduras, pero, sin lograr establecer la estabilidad jurídica ni la justicia democrática que la sociedad demanda. Frente a este estado de cosas, las respuestas no se han hecho esperar y, desde el Estado o la propia sociedad civil, se ha intentado la reforma del Estado: unos a través de los golpes de Estado (militares y civiles), otros mediante movimientos sociales que degeneraron en la violencia de la década de los ochenta, y aquellos que en forma menos ruidosa han dado lugar al establecimiento del Estado informal.

En efecto, los distintos ensayos realizados desde el Estado para resolver este problema no han tenido éxito, porque no se ha reconocido que la implementación del Estado constitucional tiene una emergente demanda social, y que se expresa en la necesidad de contar con un sistema de protección de los derechos fundamentales para todos; de permitir el control y la descentralización del poder; de crear las condiciones mínimas de bienestar socio-económico y de asegurar un sistema de justicia legítimo y eficiente para todos los ciudadanos. En un esquema democrático, por el contrario, ello supondría que las iniciativas de participación de la ciudadanía sean aceptadas por el gobernante y los actos del gobierno sean materia de control; sin embargo, los estados de emergencia, la seguridad nacional o la economía de mercado han operado como conceptos arbitrarios, detrás de los cuales se ha ocultado siempre la vocación autocrática del poder. Olvidando que en una democracia le corresponde al pueblo como soberano decidir, en última instancia, acerca de dichos conceptos discrecionales. En ese sentido, el positivismo jurídico ha sido de instrumento ideológico para el ejercicio autocrático del poder, en la medida que no ha sometido al gobernante a la norma, sino la norma al gobernante de turno.

Sin embargo, la solución no pasa por la reforma al modelo normativo del Estado, (basada en el voluntarismo estatal o en la autosuficiencia individual de la sociedad civil, por lo demás, ajenas a las tradiciones culturales comunitaristas de la sociedad peruana); sino que, la reforma del Estado debe suprimir de los canales del proceso democrático todo rasgo autoritario de la clase gobernante, e eliminarla incluso de la propia sociedad civil, mediante la institucionalización de la acción política y jurídica de la sociedad, que permita llegar a acuerdos fundamentales sobre la forma de resolver y procesar

los conflictos sociales existentes, así como crear al mismo tiempo elementales condiciones para el ejercicio por todos de la libertad.

Para ello, se deben buscar nuevos presupuestos de legitimidad y de eficacia de la vida democrático-constitucional, teniendo a la teoría constitucional como principio esencial en la reconstrucción de las bases sociales de la convivencia social. Pero no de cualquier teoría, sino de la teoría constitucional institucional que postulamos, como el pensamiento jurídico ético, que se encuentra asentado en una realidad histórica integrada detrás de la defensa de los intereses generales de la sociedad, interesados en una regeneración ética y política. El pensamiento constitucional institucional se mantiene siempre abierto a nuevas ideas, su exigencia ética no es la verdad o justicia absolutas, sino entre todas que se oriente mejor hacia los intereses generales. Por ello, el Estado constitucional se convierte tanto en un fin simultáneamente como en un medio.

En ese sentido, la democracia es un sistema perfectible, lo que supone un proceso lleno de aciertos y yerros como toda obra humana personal y colectiva. Desde esta perspectiva ética de la democracia, se trata de recuperar la realidad de la cultura política del pueblo *que es* y no la que quisiéramos, o la que debería ser. El secreto de la democracia está en esa íntima y verdadera parte de la opinión pública oculta a la realidad, en ese fondo oscuro y privado del alma popular que no se siente vinculado, a las ideas de la democracia formal que discurren en la colectividad. Es sobre la base de ese subconciencia popular de libertad y de justicia que se debe buscar afirmar el Estado constitucional, sin pretender tener la razón de manera absoluta, ya que éste es el camino directo para caer en las promesas de los caudillos iluminados, lo que siempre ha terminado en grandes tragedias para la humanidad.

Aquí entra el rol de la justicia constitucional, como un instrumento de control del poder, ante el fracaso de la democracia representativa. Este proceso no es otro que el de la judicialización del derecho constitucional sin despolitizar el Estado, es decir, judicializar al poder. Tensión que debe tener garantías de éxito, mediante las nuevas técnicas de la jurisdicción constitucional, de lo contrario cualquier Tribunal Constitucional se convertiría en una burla para la sociedad y en un instrumento para mantener el *statu quo*.

La justicia constitucional moderna es una institución propia de los Estados democráticos contemporáneos; sobre todo, de aquellos países que han salido de una etapa de dictadura política. Por eso, cuando cae el nazifascismo, y cuando se desmorona el socialismo-soviético con la caída del Muro de Berlín y se abren las vías políticas para construir sociedades abiertas, con economías sociales de mercado y Estados limitados por los derechos fundamentales, se recrea y expande la justicia constitucional mediante los

tribunales o cortes constitucionales. En ese mismo sentido, cuando en América Latina se reinstaura la democracia representativa a finales de la década de los setenta, se inicia un claro proceso de incorporación de la jurisdicción constitucional, en la forma de Tribunales Constitucionales.

Ello pone en evidencia la relación de dependencia que existe entre la justicia constitucional y la democracia. Por ello, los regímenes cerrados o dictatoriales son enemigos o estrangulan no sólo la democracia, sino también a los tribunales constitucionales. En ese sentido, si la concepción positiva de democracia de comienzos del siglo XX permitió el surgimiento y desarrollo de partidos y movimientos totalitarios, que llegaron al poder en el marco del Estado de Derecho, para luego desmontarlo y destruirlo, entonces, se debe tener presente que no basta que un líder, un movimiento o partido político haya ganado las elecciones. Sino que la práctica de su gobierno se corresponda con los principios del pluralismo político y la tolerancia social, que no es otra cosa que el control del poder. Lo cual se expresa en la idea según la cual la democracia no se define unilateralmente por la autoridad gobernante, sino por el respeto que tenga a nivel real de la oposición política y de las minorías sociales.

La justicia constitucional, que supone juridificar el proceso político, racionalizando a los poderes público y privado, requiere replantear el pacto social si no quiere convertirse en un falso instrumento del Estado democrático y constitucional. Es decir, se requiere un nuevo contrato social que asuma un compromiso ético con los valores civiles emergentes de la solidaridad social y de la autonomía personal, base sobre la cual se asiente el constitucionalismo democrático y la jurisdicción constitucional como garante de la Constitución.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, como defensor de la Constitución, se convierte en la práctica en el tutor y reserva moral del sistema democrático que jurídicamente ha consagrado la Constitución. De ahí la gran responsabilidad de los magistrados constitucionales en cuidar las fronteras muchas veces porosas de las actividades judicial y política, por cuanto, transgredir su función jurisdiccional, supondría transformar al Tribunal Constitucional de un órgano constituido en un órgano constituyente y a los jueces en señores y no servidores de la Constitución. Proceso que no se agota en la jurisdicción nacional, sino que en esta nueva etapa de la globalización, se extiende hacia la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

Sobre la base de dichos presupuestos, la presente obra se divide en tres partes. La Primera Parte aborda, la jurisdicción constitucional comparada y peruana, desde una perspectiva histórica y analítica. La Segunda Parte plantea los desafíos teóricos de la jurisdicción constitucional, a partir de la teoría institucional, y; en una Parte Tercera, se analiza la posición del Tribunal

Constitucional en el sistema de división de poderes, para finalmente extender sus alcances en su progresiva relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De esta manera se trata de revisar la posición teórica y práctica del Tribunal Constitucional con miras al fortalecimiento del Estado Constitucional.

Para esta investigación he tenido la oportunidad de consultar diversas bibliotecas: entre ellas quiero destacar, cronológicamente, la colaboración de la Biblioteca del Congreso y de la American University, en Estados Unidos; las bibliotecas del Centro de Estudios Político Constitucionales, de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad Santiago de Compostela, en España; la biblioteca de la Universidad de Warwick, en Inglaterra, y, las bibliotecas de la Universidad de Bayreuth y sobre todo del Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg, en Alemania; en las cuales, por más de dos años me han permitido culminar esta investigación postdoctoral.

Por otro lado, deseo señalar que el presente trabajo ha sido posible gracias al creativo impulso intelectual del Prof. Dr. Dr. hc Peter Häberle, Jefe del Departamento de Derecho Público y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth, así como al apoyo brindado por el Prof. Dr. Dr. hc Jochen Abr. Frowein, Director del Instituto Max Planck para Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg. Mis estancias académicas en Bayreuth y en Heidelberg no hubieran sido posibles sin el concurso de la beca postdoctoral para investigadores de la Fundación Alexander von Humboldt, a quien agradezco en la persona de su Director Dr. Reimar Lust y de la Dra. Gisela Janetzka.

También deseo expresar mi especial reconocimiento al Dr. Salomón Lerner, Rector de la Pontificia Universidad Católica, por su política de promoción docente, lo cual me permitió asumir mis compromisos académicos y familiares sin mayores contratiempos. Finalmente, extendiendo también mi agradecimiento a mis ex-asistentes en la enseñanza del Derecho Constitucional: Joseph Campos, Luis Huerta y Daniel Soria, por su colaboración y, a los doctores Domingo García Belaunde, Eduardo Hernando Nieto y César Delgado Guembes por su comunicación permanente, lo cual me permitió estar al tanto del accidentado proceso constitucional peruano.

Heidelberg, noviembre de 1998