

SEGUNDA PARTE

DESAFIOS Y POSIBILIDADES DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

La revaloración de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, requiere no sólo reflexionar críticamente sobre diversos temas y problemas constitucionales, sino también proponer algunas posibles soluciones. Para tal efecto, la doctrina iuspositivista ha demostrado su inoperancia para comprender el rol que le toca jugar al Tribunal Constitucional en el fortalecimiento del proceso democrático. Por cuanto el control y el equilibrio de los poderes y la tutela de los derechos fundamentales, resulta ser una tarea estéril cuando no se les vincula con una determinada forma y modo del quehacer político, económico y cultural del país, por eso, «no cabe hablar de justicia democrática y libre en sociedades que, previamente, ni son democráticas ni son libres»¹. Lo cual supone superar el clásico enfrentamiento entre el ser y el deber ser, es decir entre la sociedad y el Estado; a partir de internalizar al Derecho Constitucional los valores fundamentales del Estado constitucional y democrático que aniden en la sociedad, como un corrector u orientador de las decisiones legislativas, gubernamentales y jurisdiccionales.

De modo que afirmar la autonomía e independencia de un renovado Tribunal Constitucional, respecto de los poderes público y privado, requiere descartar el análisis dogmático de la Constitución de manera exclusiva, y buscar más bien interpretar la Constitución desde las condiciones de vida de la sociedad. A partir de la incidencia directa o indirecta de factores privados y estatales en el proceso social, se produce una síntesis institucional temprana o tardíamente, para la protección de la persona humana y la limitación al poder de la autoridad, que se materializa en torno al Tribunal Constitucional. Vincular directamente el quehacer del Tribunal Constitucional a las necesidades e ilusiones de la sociedad, supone intentar superar el divorcio entre los derechos de la persona y el poder de la autoridad, en tanto la posición de la persona humana devendrá en real, cuando el concepto de individuo sea el correlato de los conceptos de comunidad, Derecho y Estado².

-
1. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 118.
 2. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, op. cit., pp. 166 ss.

En la síntesis del derecho subjetivo y objetivo, se asienta el principio constitucional y democrático, en virtud del cual no existen poderes políticos y económicos absolutos, ni derechos fundamentales absolutos, no obstante el origen electoral de la representación y la autonomía de la voluntad de las personas. Porque identificar al gobernante con el poder mismo o a la persona humana con el derecho mismo, por más situación límite en que se encuentre, supondría eliminar los mecanismos de control propios de las sociedades pluralistas y abiertas, dejando paso al Estado totalitario³ y a su otra cara: la sociedad corporativa⁴.

Ante los peligros que se vislumbran en el presente, la jurisdicción constitucional más que un sistema que institucionalice la competencia de los grupos sociales o sus élites, requiere de un horizonte conceptual que la fundamente y justifique en la forja del hombre libre como ser social. De ahí que el Tribunal Constitucional tenga un rol fundamental en la democracia como forma de gobierno, sino también como forma de vida ciudadana⁵, es decir que la sociedad sea la fuente de la que dinamiza la jurisdicción constitucional. En tanto que, modernamente, la identidad democrática del poder no puede sustentarse en sí misma, sino más bien desde la existencia y eficacia a nivel real del control constitucional que realice el Tribunal Constitucional.

Tal planteamiento requiere que el poder acepte someterse a las decisiones del organismo constitucional encargado de tutelar los derechos fundamentales, y de asegurar el equilibrio de poderes, como que la justicia constitucional actúe firme pero prudentemente en la defensa de la Constitución. Sin embargo, el presidencialismo de Fujimori, como forma de gobierno política y de dominación social, ha demostrado que sólo se sujeta a las reglas del Estado constitucional y democrático hasta cuando ellas sean útiles a sus objetivos de poder. Es por eso, que el presidencialismo en el Perú constituye un factor que obstaculiza el control del poder, no sólo del Tribunal Constitucional, sino también del Congreso. Ello debido a que "quien se cree portador de la verdad siempre estará tentado a erigir un despotismo ilustrado y obligarnos a la felicidad"⁶. Por ello, la plausible solución de la autolimitación del

-
3. Erich Voegelin, *Der autoritäre Staat, ein versuch über das österreichische Staatsproblem*, Wien, Verlag von Julius Springer, 1936, p. 37.
 4. Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1991, pp. 85 ss.; Klaus von Beyme, *Die Entwicklung von Organisationen der Wirtschaft seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs*, en *Wirtschaftsverbände Partner der Politik oder Pressure Groups?*, BDI, 1989, pp. 33 ss.; asimismo, Pedro de Vega, *Neoliberalismo y Estado...*, op. cit., p. 34.
 5. Carl Friedrich, *La democracia como forma política y forma de vida*, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 22 ss.
 6. Norbert Lechner, *El consenso como estrategia y como utopía*, en *Zona Abierta* 29, Madrid, 1984, p. 5.

poder, sólo tiene sentido en el largo plazo y siempre que se cumplan ciertas condiciones económicas y socio-políticas para el consenso democrático⁷.

Pero, replantear el control constitucional supone también reforzar al Tribunal Constitucional, como organismo constitucional encargado de la fiscalización constitucional, mediante reformas constitucionales consensuadas, orientadas a legitimar la supremacía de la defensa constitucional y actualizar al Tribunal para controlar a las antiguas y nuevas apuestas autoritarias de la sociedad y del Estado, y que aparecen como abanderadas de la modernización económica neoliberal y de las emergencias político-constitucionales, dejando a la persona humana y su dignidad al servicio de la autoridad, la seguridad nacional o el mercado⁸.

Ante este panorama, las alternativas de la mejor comprensión y funcionamiento del Tribunal Constitucional, se ubican en la transición de una concepción individualista, que busca el mejoramiento del tribunal exclusivamente en la excelencia profesional de sus magistrados y su trayectoria democrática —presupuestos fundamentales por cierto—, a una concepción institucional que haga del Tribunal Constitucional una entidad que exprese pluralistamente el consenso social y oriente legítimamente el proceso de la unidad democrática del Estado y la sociedad. Perspectiva que demanda la reforma del Estado, a fin de revalorizar no sólo la jurisdicción constitucional, sino el propio quehacer del Derecho, la política y el Estado.

Para lo cual es importante delinear las bases, tanto de la nueva legitimidad constitucional como de la remozada legalidad constitucional, que permita al Tribunal Constitucional contribuir al afianzamiento de la estabilidad política y jurídica del Estado constitucional y democrático. Ello supone que los magistrados del Tribunal Constitucional sean concientes del rol institucional y no personal que le corresponde jugar a este organismo jurisdiccional en el proceso jurídico y político democrático, aunque sea una tarea que tenga visos de complejidad.

La proyección teórica de un nuevo Tribunal Constitucional, en el marco de nuevas disposiciones constitucionales y legislativas, debe buscar que su tarea jurisprudencial se conciba como un instrumento reparador de las de-

7. Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries*, London, Yale University Press, pp. 21-36.

8. Peter Häberle, *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*, y; Eduardo Hernando, *¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional?*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, Número 4...., *op. cit.*, pp. 13-29 y 37-54, respectivamente.

mandas constitucionales de los ciudadanos e instituciones así como un instrumento de transformación de la realidad social y económica que no obstaculice la realización de los fines de la Constitución. Estas nuevas exigencias, requieren de nuevos soportes teórico-metodológicos de la jurisdicción constitucional, que deben permitir desarrollar la fuerza normativa constitucional, tarea que requiere de una intensa voluntad de Constitución –*Wille zur Verfassung*–, para coadyuvar a la realización de los contenidos de la Constitución⁹.

Si bien, en principio, el modelo constitucional y legislativo de la jurisdicción constitucional peruana se ha basado en el Derecho Constitucional español, se debe precisar que la experiencia constitucional hispánica a su vez se ha nutrido de la dogmática y la jurisprudencia constitucional alemana¹⁰ e italiana¹¹. En efecto, la comparación jurídica transfronteriza, siempre con beneficio de inventario, conduce a una internacionalización de los sistemas constitucionales y democráticos, entre sistemas constitucionales en desarrollo, como el peruano en plena búsqueda de horizontes de estabilidad jurídica y transformación social, siempre atento al desarrollo de los sistemas constitucionales consolidados como el alemán, español e italiano; abiertos a resolver democráticamente los nuevos desafíos de las democracias avanzadas.

Pero la observación comparada también hay que hacerla con la joven y enriquecedora experiencia de la Corte Constitucional Colombiana¹², la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica¹³, y la riquísima jurisprudencia del longevo Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en materia de protección de los derechos civiles y políticos. Lo cual como ha señalado Häberle, abre la perspectiva de utilizar el Derecho comparado, como el quinto método de interpretación constitucional –después de los cuatro métodos clásicos de

-
9. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 26-31.
 10. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional...*, op. cit., pp. XXII-XL, donde Antonio López Pina, hace un recuento de la incidencia contemporánea de la dogmática alemana en el derecho público español.
 11. Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la constitución como ciencia cultural...*, op. cit., pp. 35 ss.; asimismo, del mismo autor, el prólogo a la traducción del libro de Giuseppe de Vergottini, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983.
 12. Eduardo Cifuentes, *La jurisdicción constitucional en Colombia*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores)..., op. cit., pp. 473-497.
 13. Rubén Hernández Valle, *La jurisdicción constitucional en Costa Rica*, en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (D. García Belaunde y F. Fernández Segado, coordinadores)..., op. cit., pp. 499-531.

interpretación de von Savigny-, sobretodo entre países con contextos culturales homologables¹⁴.

Ahora, en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se requiere de manera concreta establecer fuentes teóricas y metodológicas democráticas y eficientes. En tal sentido, la teoría institucional que se postula, podría constituir un instrumento del Tribunal Constitucional que le ayude a afirmar el proceso democrático, pero sólo desde la crítica al orden vigente. De la crítica constitucional, y sobre todo política, ya se ha escrito bastante, pero de la utopía constitucional, entendida como un espacio de transformación de la tradicional concepción del Tribunal Constitucional, se ha dicho poco. Por eso, se diría que la teoría institucional que se plantea no puede evitar ciertas dosis de osadía, ya que la jurisdicción constitucional no se desarrollaría sin una dosis de utopía¹⁵.

Más aún, cuando el Estado constitucional en el Perú sigue siendo una aspiración aún no realizada; por su vinculación con el tradicional positivismo jurídico que ha falseado los supuestos reales de la vida constitucional, no tiene sentido postular un sistema constitucional basado en la omnipotencia del legislador como creador del Derecho, sino en la coparticipación de la jurisdicción constitucional en la creación de un Derecho judicial¹⁶. Pero ello no ha sido así, de ahí que, la accidentada implementación del Tribunal Constitucional haya sido tributaria tanto del divorcio positivista entre la norma y la realidad constitucional, como también del estado de conciencia del poder providencial de la autoridad (que niega la descentralización del poder), que no es otra cosa que soslayar la función de control del poder.

Ahora bien, ello no significa que la teoría institucional deba ser asumida excluyentemente de otras teorías, sino más bien complementada con la teoría de los valores y la teoría social en las tareas de control constitucional de las leyes, así como, también, incorporar el modelo funcional-estructural, la teoría

-
14. Peter Häberle, *Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtvergleichenden Verfassungslehre in "weltbürgerlich Absicht" -die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang*, en *JÖR* 45 (1997), pp. 561 ss.; asimismo, del mismo autor, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat -Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode*, en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 36 ss.
 15. Karl Mannheim, *Ideología y utopía*, Madrid, Aguilar, 1958, pp. 107 ss.; asimismo, Peter Häberle, *Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates*, en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, *op. cit.*, pp. 672-684.
 16. Angel Fernández Sepúlveda, *Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema...*, *op. cit.*, pp. 39 ss. y 191 ss.

de la integración, la teoría democrático-funcional, el análisis funcional o el multifuncional equilibrador, en la defensa de los derechos fundamentales¹⁷.

Claro está que las nuevas fuentes teórico-metodológicas demandan una perspectiva constitucional integradora, que pondere sus aportes en función del mejor ejercicio de los derechos ciudadanos y del control del poder; de igual manera, así como, la sustitución de la excepcionalidad y su constitucionalismo de la emergencia¹⁸, por la normalidad constitucional y la eficacia democrática en la atención del interés general y concreto. Lo cual pone en cuestión los tipos y problemas de las mentalidades jurídicas típicas, con que actúan los legisladores y en particular los magistrados de la jurisdicción constitucional, que consciente o inconscientemente adoptan un concepto de Derecho (como regla, como decisión o como orden concreto)¹⁹, o el pensamiento de la necesidad –típico de las concepciones instrumentales del Derecho–, el pensamiento de la realidad o concreción de la realidad existente o el pensamiento pluralista de las alternativas²⁰.

Sobre la base de estas consideraciones generales, en primer lugar se va a abordar desde una perspectiva histórica el origen del positivismo jurídico en dialéctica con el iusnaturalismo, así como, la aparición del constitucionalismo –positivista– contemporáneo²¹, que busca dar respuestas a los desafíos sociales, a través del neoconstitucionalismo de la jurisdicción constitucional²². Sin embargo, la dimensión de los problemas estructurales en los

-
17. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 47-66; Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 295-310, Teresa Freixes Sanjuán, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 64-76 y desde una perspectiva histórica, Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, 1996, pp. 25-53.
 18. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, en *La Ley*, Buenos Aires, 1990, pp. 1036 ss., en particular pp. 1050 ss.
 19. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, *op. cit.*, pp. 11-40.
 20. Peter Häberle, *Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens*, en *AÖR* 102 (1977), pp. 27-68; también en las obras del autor: *Die Verfassung des Pluralismus...*, *op. cit.*, pp. 1-43, y; *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1978, pp. 17 ss.
 21. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993; Ernst-Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatslehre bis zu Höhe des Staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981; Werner Maihofer (editor), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1981, y; Henri Batiffol, *Problèmes de base de Philosophie du Droit*, Paris, LGDJ, 1979.
 22. Louis Favoreu, *Propos d'un "neoconstitutionnaliste"*, en Jean-Louis Seurin (editor), *Introduction, a Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, pp. 23-27;

países de América Latina, y los desafíos de cara al futuro que se presentan en los países constitucionalmente desarrollados, no logran ser resueltos con los paradigmas positivistas de las clásicas instituciones del Derecho constitucional, más aún, en países como el Perú, han sido instrumento de su constitucionalismo nominal y semántico. Por ello, se hace necesario replantear algunos principios y teorías que se adecúen a las necesidades del hombre y del Estado²³, necesarios para una justicia constitucional eficiente y democrática, de cara a la dignidad humana²⁴.

asimismo, Francisco Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho...*, op. cit., pp. 9 ss.

23. Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offene Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, tercera edición, 1998; Pablo Lucas Verdú, *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)...*, op. cit. pp. 114 ss.
24. Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee/Kirchhof (editores), *Handbuch des Staats Rechts*, tomo I: *Grundlagen von Staat und Verfassung*, C.F. Müller, 1987, pp. 815-861.