

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Cuaderno de Trabajo N° 20

César Landa Arroyo
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

Marzo, 2011

Vigésimo Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“Derecho Procesal Constitucional”

© César Landa Arroyo

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Primera Edición
Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2011-03435
ISBN: 978-612-4057-33-5

Impreso en los talleres de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Marzo, 2011

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

I. Premisas

1. Institucionalización del Derecho Procesal Constitucional

- 1.1. Orígenes de la justicia constitucional en el Perú
- 1.2. La evolución de la justicia constitucional

2. El concepto abierto de Constitución

- 2.1. Racional normativo
- 2.2. Histórico tradicional
- 2.3. Sociológico

3. La naturaleza del Derecho Procesal Constitucional

- 3.1. Valorativa
- 3.2. Cultural
- 3.3. Ordenadora
- 3.4. Transformadora

4. Límites del Derecho Procesal Constitucional

- 4.1. Límites democráticos
- 4.2. Límites interpretativos

II. Funciones del Derecho Procesal Constitucional

1. Control de la supremacía jurídica de la Constitución

- 1.1. Contenido de la jerarquía constitucional
- 1.2. Estructura de las normas constitucionales

2. Protección de los derechos fundamentales

- 2.1. Frente al Estado
- 2.2. Entre particulares

III. Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN

César Landa Arroyo ()*

El Perú transita desde hace tres décadas por gobiernos que han emergido de las urnas, con la excepción del período correspondiente al autogolpe de Estado de Fujimori del año 1992. Dichos gobiernos se han caracterizado por respetar, unos más escrupulosamente que otros, la Constitución en un sentido formal y material. Este escenario político democrático ha sido propicio para que el Derecho Constitucional empiece a asentarse en las estructuras institucionales del Estado de Derecho; particularmente, en los clásicos poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sin tensiones y controversias sobre los alcances de la fuerza normativa constitucional; así como también, para que la Constitución haya irradiado las relaciones económicas entre los particulares, como también con las Administraciones Públicas del Estado.

Dado que la razón de ser y consecuentemente, los límites de las organizaciones públicas y privadas en una democracia constitucional se fundamentan en la protección de los derechos fundamentales, corresponde al Estado Constitucional proveer las normas sustantivas y procedimentales que permitan la protección de dichos derechos y, además, garantizar los límites de los poderes a través de la defensa de la supremacía jurídica de la Constitución.

Dentro del esquema institucional de la defensa de la Constitución se han creado instituciones como el Tribunal Constitucional o institutos procesales como el Código Procesal Constitucional, que han surgido con independencia y autonomía de los clásicos poderes Legislativo y Judicial. Ello es así en la medida que, ante la falta de legitimidad y el fracaso de dichos poderes, no había lugar a introducir más reformas, sino a crear nuevas instituciones, para lo cual se requería una nueva dogmática constitucional, distinta a la que representa a los tradicionales poderes que están al servicio de minorías privilegiadas.

En efecto, se demanda de una doctrina y una dogmática ajenas al positivismo jurídico, que llevó al fracaso a instituciones tan representativas como el Poder Legislativo, al convertir a la ley en un instrumento normativo temporal, particular y concreto, incluso con nombre propio en ocasiones, antes que garantizar la generalidad y el carácter abstracto e intemporal al servicio del interés general. Pero, el positivismo jurídico formalista también ha llevado al Poder Judicial a que los jueces supra formalicen el derecho, desustancializándolo de los fines de la justicia, alejando la sentencia de la realidad y de los más necesitados.

De modo que el Derecho Procesal para una Constitución democrática no puede surgir de los escombros del Derecho Procesal que se ha forjado de espaldas a la realidad social. Por ello, resulta importante replantear desde nuevas bases el Derecho Procesal Constitucional, ad-hoc a los fines y a las necesidades del Derecho Constitucional. Por ello, es que desde nuevas premisas y una revisión histórica de su aparición, que se podrá explicar con claridad y transparencia la noción de Constitución y Proceso, así como sus límites. Pero, quizás son las funciones del Derecho Procesal Constitucional las que mejor explican el sentido teórico y práctico de la tutela de los derechos fundamentales, la misma que se realiza a través de la protección de la supremacía jurídica de la Constitución y la irradiación de su fuerza normativa frente a las arbitrariedades de los poderes públicos y privados.

()Profesor ordinario principal a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Cuenta con un Post Doctorado en Derecho. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.*

I. Premisas del Derecho Procesal Constitucional

El Derecho Constitucional Procesal es el producto del proceso histórico político democrático y de la transformación jurídica de la justicia constitucional en una disciplina científica autónoma. Es así como el Estado de Derecho, en particular el Estado Constitucional, ha incorporado las lentas y progresivas transformaciones políticas, sociales y económicas de la comunidad en el quehacer de la jurisdicción constitucional.

Por ello, el Derecho Procesal Constitucional si no quiere quedar reducido a una pura especulación normativa tiene que ser analizado desde una perspectiva histórica institucional concreta, que es donde adquiere una dimensión objetiva y una eficacia real, lo cual plantea una noción de Constitución que demandan los procesos constitucionales, así como definir la naturaleza, límites y funciones del Derecho Procesal Constitucional.

1. Institucionalización del Derecho Procesal Constitucional

La historia constitucional peruana ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el ejercicio del poder con plena lealtad constitucional de sus gobernantes. Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales, en la vida social, se debe a que la expedición de las cartas políticas se fue dando al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época. Algunos de esos cambios fueron más estructurales, como la independencia de España y el establecimiento de la República y otros más coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares¹.

Este curso histórico muestra que las constituciones y la vida constitucional han dependido, directamente, de los acontecimientos políticos y militares de cada época y que los operadores constitucionales no han sido capaces de procesar dichos fenómenos en el marco de la Constitución. Esto se ha debido a la falta de estabilidad política, que es expresión de la carencia de un consenso mínimo o pacto social, siquiera entre las élites dirigentes, para asegurar un Estado de Derecho duradero. Esta falta de acuerdo nacional ha creado una cultura cívica de incredulidad en la sociedad respecto tanto del Estado como de la Constitución. Ello, debido a que las necesidades e ilusiones de la población no se han visto satisfechas por las grandes corrientes ideológicas, en cualquiera de sus constituciones: liberales –1823, 1828, 1834, 1856 y 1867–; conservadoras –1826, 1836/37, 1839 y 1860–; sociales –1920, 1933 y 1979² y esto no ha cambiado con la actual constitución «neoliberal» de 1993.

Dichas constituciones postuladas por los caudillos, además, siempre han buscado cerrar una etapa política e inaugurar una nueva, usualmente autodenominada como

¹ ALZAMORA SILVA, Lizardo. *La evolución política y constitucional del Perú independiente*. Lima, 1942, 58 p.; PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la constitución de 1979*. Lima, 1980, p. 182; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El constitucionalismo peruano en la presente centuria”. *Derecho*, N.º 43-44, Lima, 1990, 59-101 p.; VV., AA. *La constitución diez años después*. Lima: ICS, 1989, 414 p.

² RODRÍGUEZ, Toribio; MARIÁTEGUI, Francisco Javier; SÁNCHEZ, José Faustino y otros. *Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el Proyecto de ella al Congreso Constituyente*. Lima, Imprenta del Estado, 1823, 52 p.; PACHECO, Toribio. *Cuestiones constitucionales*. Lima, 1854, 90 p.; LASO, Benito; GÁLVEZ, José; GONZÁLEZ VIGIL, Francisco de Paula y otros (redactores). *El Constitucional*, diario político y literario. Lima, 1858, 388 p.; FUENTES, Manuel Atanasio. *Derecho constitucional filosófico*. Lima: Imprenta del Estado, 1873, 346 p.; VILLARÁN, Luis Felipe. *La Constitución peruana*. Lima, 1899, 378 p.; VILLARÁN, Manuel Vicente. *Exposición de motivos del anteproyecto de Constitución de 1931*. Lima, 1962, 177 p.

revolucionaria. Por eso, con acierto DE VEGA afirma que en Europa “hasta cierto punto se podría sostener que la historia de la temática constitucional, y de los enfoques diversos en su tratamiento, no es más que el correlato y la consecuencia lógica del proceso de transformaciones en el ámbito de la ideología y de la legitimidad constitucional que le sirve de fundamento”³. Sin embargo, en el Perú ante la falta de un sistema de partidos políticos democráticos y a la pérdida de credibilidad en los valores cívicos, las quiméricas ideologías políticas: liberal, conservadora y social han tenido un asidero apenas virtual en la sociedad civil y en el quehacer jurídico del Estado. Produciendo así, constituciones nominales que no concuerdan con los presupuestos sociales y económicos y/o constituciones semánticas, en beneficio de los detentadores fácticos del poder⁴.

Ante las necesidades de orden y de progreso, los diferentes intereses nacionales en pugna por el poder, no respetaron las constituciones vigentes. Menos aún, otorgaron al texto jurídico supremo el rol de instrumento de gobierno válido para el establecimiento de la paz social y desarrollo nacional; no obstante que siempre apelaron nominalmente al pueblo y a la llamada emergencia nacional para que los caudillos irrumpieran en el poder. Motivo por el cual, ya en el siglo XIX se diría: “pueblos agitados, siempre oprimidos, siempre confiados en nuevas y pomposas promesas y siempre burlados”⁵. Lo que por cierto pone en evidencia la consecuente devaluación jurídica y política del texto constitucional a lo largo de la historia republicana, que no es otra que la manifestación de la crisis del positivismo jurídico⁶.

Por ello, el Perú ha experimentado a lo largo de su historia constitucional una precaria vida democrática, muestra de ello han sido los sucesivos golpes de Estado militares y civiles, como también el incumplimiento de las promesas electorales de los gobiernos representativos. Lo que siempre ha dado lugar a que los poderes fácticos –económicos, políticos o sociales– de carácter coyuntural o estructural, suplieran o convivieran con las frágiles instituciones tanto políticas como jurídicas del Estado peruano. Profundizando más la disonancia entre la norma constitucional y la normalidad constitucional⁷, así como limitando, gravemente, la realización de la Constitución⁸.

Sin embargo, a partir de la década de los ochenta se generaron escenarios de profundos cambios históricos contemporáneos; como el restablecimiento de la democracia representativa, con instituciones modernas del Estado Constitucional. Lo que no fue óbice para que su establecimiento y desarrollo se realizara a través de las crisis nacionales y, finalmente, la quiebra del orden constitucional, en 1992, que afirmaron el presidencialismo como una forma propia de la modernización autoritaria. Pero, por otro lado, se puede señalar, que las transformaciones democráticas, a partir del año 2000, ponen en evidencia también las posibilidades de la reconstrucción de una legitimidad democrática y del fortalecimiento del Estado constitucional del Perú; pero con problemas de liderazgo democrático en un régimen presidencialista como el nuestro.

³ DE VEGA GARCÍA, Pedro. *En torno a la legitimidad constitucional...*, *Op. cit.*, pp. 803-825.

⁴ LOWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 152-157; hay versión castellana, *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, pp. 218-222.

⁵ FUENTES, Manuel Atanasio. *Derecho Constitucional Filosófico...*, *Op. cit.*, p. XVII.

⁶ LANDA, César. “Crisis del positivismo constitucional”. En: *Pensamiento Constitucional*, Año VI, N.º 6. Lima: PUCP-MDC, 1999, pp. 75-134.

⁷ HELLER, Hermann. *Staatslehre*. Leinden: Sijthoff’s Uitgeversmaatschappij, 1934, pp. pp. 184-198; hay versión castellana, *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 199-216.

⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1983, pp. 26-31.

No obstante, lo más significativo de nuestra historia constitucional es la progresiva aparición de la justicia constitucional con capacidad para transformar la legitimidad originaria de la ley, en legitimidad constitucional por sus resultados, sometiendo dicha ley al control constitucional, en vía incidental o concentrada. Es cierto que, en regímenes de democracias nominales, se pueden crear dichas instituciones para servir al poder⁹. Sin embargo en el Perú, antes de la creación de la justicia constitucional, concentrada en la Constitución de 1979, nunca hubo la convicción política ni jurídica suficiente para la implementación del control de la constitucionalidad de las leyes.

1.1. Orígenes de la justicia constitucional en el Perú

Si nos remontamos a la Constitución Bolivariana o Vitalicia de 1826, que estuvo inspirada en la Constitución Consular del año VIII de Napoleón, vemos que se otorgó al Senado Conservador peruano funciones difusas de protección de la Constitución. En las constituciones posteriores de 1828, 1834 y 1839 se estableció que el Congreso velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores. No obstante, recién con la Constitución de 1856, liberal por excelencia, fue que se estableció, en su artículo 10 que “es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Ahora bien, esta disposición no tuvo desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial, debido a que dicha Constitución duró solo cuatro años y que el derecho público, de entonces, estaba aún inmaduro para desarrollar una institución, propia de la siguiente centuria. Lo que no impidió que el Consejo de Estado –institución apenas estudiada– jugase un rol, a veces, destacado en materia de defensa de la Constitución¹⁰.

La primera ley que incorpora un proceso que tutela la libertad personal fue la Ley de Habeas Corpus de 1897 y la Ley N° 2223 de 1926 que amplía la protección judicial hacia derechos distintos a la libertad personal a través del hábeas corpus. Pero es con el artículo 24° de la Constitución de 1920 que se incorpora por vez primera en la norma suprema el proceso de hábeas corpus, para cualquier persona que sea detenida *in fraganti* por un delito por más de 24 horas sin ser puesta a disposición del juez.

Es recién en el Anteproyecto de Constitución de 1931 (artículo 142), elaborado por la Comisión Villarán, que se plantea la incorporación del control judicial –*judicial review*– de las leyes, al estilo norteamericano, más no el control abstracto de las mismas, a través de un órgano judicial especializado. Debido a los cándidos temores de que se produjese un exceso de demandas en contra de las normas de Congreso¹¹. No obstante, ni una ni otra iniciativa fue recogida por los constituyentes de 1933. En cambio sí se recogió el habeas corpus al estipular el artículo 69° que “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus”.

Aún así, en esta última Constitución de 1933 se continuó con la suerte de control político de la norma suprema, por cuanto el artículo 26 dispuso que «pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución» y el artículo 123 señaló que el Congreso estaba facultado para «examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores». Este

⁹ LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: IEP, 1971, pp.15-30; asimismo, DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso, estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: Universidad Autónoma de México, 1997, pp. 229-235.

¹⁰ SORIA, Daniel. “Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)”. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Lima, PUCP, 1997, 253 pp.

¹¹ VILLARÁN, Manuel Vicente. *Ante-proyecto de Constitución de 1931, Op. cit.*, pp. 72, 157 ss.

sistema de control político-legislativo¹² de la constitucionalidad se vio complementado con la incorporación de la «acción popular». Recurso judicial que podía interponerse contra decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo, que violaran la Constitución o la ley.

Asimismo, si bien el control de las leyes del Parlamento no se llegó a incorporar en la Constitución de 1933, estuvo consagrado, aunque a nivel legislativo, en el Código Civil de 1936, cuyo artículo XXII del Título Preliminar señalaba que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera». Por ello, a juicio de algunos juristas:

Sin haberle concedido a nuestro Poder Judicial en forma expresa la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puede suceder que con el tiempo, como ha sucedido en Norte América, a tenor de la última disposición citada (Código Civil), y por obra de la Jurisprudencia y ante casos concretos, nuestro Poder Judicial vaya adquiriendo facultades que guarden semejanza con lo que sucede en Norte América¹³.

Sin embargo, los propios jueces fueron reacios a la aplicación de esta disposición, debido a: a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) en todo caso se trataba de un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no del derecho público (que es con frecuencia en donde, más, hallamos este tipo de violaciones), y c) se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior¹⁴.

Es recién con la dación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1962 que se reglamenta, en su artículo 8, la facultad del control difuso en la vía judicial ordinaria. Correspondiendo pronunciarse, en última instancia, a la Corte Suprema sobre la inaplicación de una ley por inconstitucionalidad, lo que se produjo en muy contadas oportunidades y sin mayor trascendencia.

Pese a estos escarceos del control judicial de las leyes, a nivel constitucional, lo cierto es que la idea de la supremacía constitucional sobre la ley y, en consecuencia, el control judicial de las leyes, tuvo su origen nominal en la legislación civil y judicial. No obstante, en la práctica, la élite judicial careció de una autoconciencia sobre el rol jurídico-político que implicaba controlar al poder, dada su obsecuente sumisión a la ley.

A lo más, la doctrina constitucional peruana, de entonces, apenas recogió del Derecho comparado la experiencia de la justicia constitucional, divulgándola, en cuanto a sus alcances y límites, así como proponiendo la reforma de la Constitución de 1933, para incorporar la justicia constitucional¹⁵.

Luego de un largo período de gobierno militar 1968-1979—, la elite política tomó conciencia de la necesidad de fortalecer el Estado Constitucional y la democracia. Para lo

¹² Este tipo de control político fue propio del Senado Consulto de la Constitución Francesa de 1852 y de su reforma de 1869, en virtud del cual se le atribuía el título de guardián del pacto fundamental, revisar LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*, Op. cit., p. 11.

¹³ Boggio, René. *Manual Elemental de Derecho Político I*. Lima: Editorial Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, 1948, p. 85.

¹⁴ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 1989, pp. 94-95.

¹⁵ FERRERO REBAGLIATI, Raúl. “El control de la constitucionalidad de las leyes”. *Revista Jurídica del Perú*, N.º 1, Lima, 1960, pp. 87 ss; asimismo, LÉON BARANDIARÁN, José. “El Tribunal de control de la constitucionalidad y de la legalidad”. *Revista del Foro*, N.º 1, Lima, 1969.

cual se puso en movimiento la práctica política del Congreso de importar leyes e instituciones españolas, por razones de idioma, cultura y tradición y, en menor medida, instituciones de la legislación francesa, italiana y alemana¹⁶. Lo que dio lugar a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales con dos competencias: Una, declarar la inconstitucionalidad de las leyes y; dos, resolver en casación las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus –para la tutela de la libertad individual- y de amparo –para la protección de los demás derechos fundamentales- que resolviese el Poder Judicial. Se crea la jurisdicción constitucional pero sin desvincularla del positivismo legalista, ni compatibilizarla con el control difuso de los jueces ordinarios, ni con el régimen presidencialista que históricamente ha llevado a la politización de la justicia.

Ahora, si se considera que en los países donde se ha implementado el Tribunal Constitucional este «ha sido establecido esencialmente para obligar al Parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones y límites, a fin de garantizar los derechos y libertades del ciudadano»¹⁷, entonces, se podría decir que en el Perú la justicia constitucional no es una institución concebida, racionalmente, en ese sentido. Más bien ha sido concebida por su valor simbólico de defensa del Estado de Derecho, reiteradamente quebrantado por los golpes de Estado. Por eso, el origen de la jurisdicción constitucional en el Perú no es un indicador, necesariamente, de buena salud democrática, ni de conciencia jurídica del país, sino precisamente de todo lo contrario¹⁸.

1.2. La evolución de la justicia constitucional

La innovadora Constitución de 1979 estableció, por primera vez en el Perú, la jurisdicción constitucional concentrada a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, tomada de la experiencia constitucional española de la Segunda República¹⁹. Pero, pese a que en el anteproyecto del título de Garantías Constitucionales de esta Constitución se consignaba una extensa relación de competencias y atribuciones²⁰, el pleno constituyente solo le confirió al referido Tribunal competencias para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y para expedir resoluciones casatorias de las sentencias denegatorias del Poder Judicial, en materia de *hábeas corpus* y acciones de amparo²¹.

La vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su implementación en 1982 hasta su clausura en 1992, por el autogolpe de Estado de Fujimori, no dejó la convicción en la ciudadanía y ante los poderes públicos que los magistrados constitucionales fuesen los voceros autorizados de la Constitución. Ello, debido a que no lograron legitimidad

¹⁶ BASADRE, Jorge. *Historia del derecho peruano*. Lima, s/ed., 1937, p. 266; asimismo, sobre la influencia de la legislación extranjera en la formación del derecho peruano, se puede revisar a HURTADO POZO, José. *La ley importada*. Lima: Cedys, 1979.

¹⁷ LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel...*, *Op. cit.*, p. 19.

¹⁸ PÉREZ ROYO, Javier. *Tribunal Constitucional y división de poderes, op..., cit.*, p. 40.

¹⁹ EGUIGUREN, Francisco. “La Jurisdicción Constitucional en el Perú, sus particularidades y la influencia de la Constitución española de 1978. En *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*. Madrid: CEPC, Madrid, 2003, pp. 173 ss.; asimismo, PALOMINO MANCHEGO, José. “El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española (una lección que no debemos olvidar)”. *Ius et Praxis*, N.ºs 21-22, enero-diciembre, Lima, 1993, pp. 223 ss.

²⁰ *Diario de Debates de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, 1978-1979*, Tomos, III y VIII; asimismo, revisar los antecedentes constituyentes y legislativos del TGC, recogidos por VALLE RIESTRA, Javier. *El Tribunal de Garantías Constitucionales, el caso de los votos nulos y blancos*. Lima: Editorial Labrusa, 1986, pp. 7-84.

²¹ PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. T. I. Lima: Eddili, s/f, pp. 487 ss.; CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva Constitución*. Lima: Editores Importadores S.A., 1986, pp. 351 ss., y; RUÍZ-ELDRIDGE, Alberto. *La Constitución comentada*. Lima, 1979, pp. 327 ss.

social en la opinión pública, como órgano constitucional encargado de controlar los excesos del poder.

Es más, durante su clausura, entre abril de 1992 y hasta el reinicio de sus funciones como Tribunal Constitucional, en junio de 1996, se llegó a concebir el nuevo orden de facto y luego constitucional sin, prácticamente, la existencia del control jurisdiccional de las leyes. Lo cual es un indicador preocupante de que la justicia constitucional pasó inadvertida para la población, pese a ser este un órgano encargado de la defensa de los derechos ciudadanos. Ello se debió a, que dicho Tribunal se implementó en un falso ambiente político democrático, poco propicio para su desarrollo institucional y la tutela de los derechos fundamentales.

Es que el proceso constituyente de 1993 se inició con pie forzado; en efecto durante la etapa de funcionamiento del referido Congreso, se puede decir que el régimen de facto relativo exigía un sistema constitucional flexible, donde no existiera diferencia entre las leyes ordinarias y la Constitución²². En tal sentido, el gobierno se caracterizó por la inexistencia de límites constitucionales objetivos. El principio de supremacía constitucional fue supeditado a la voluntad de la representación parlamentaria, más concretamente de la mayoría oficialista, mediante la aprobación de leyes constitucionales. Leyes que incluso modificaron, periódicamente, el propio estatuto del llamado gobierno de emergencia y reconstrucción nacional.

En esta etapa, caracterizada por un constitucionalismo flexible y autoritario, el gobierno de Fujimori abandonó el principio de la supremacía constitucional, propia de cualquier sistema constitucional democrático, sea rígido como el nuestro o flexible como el modelo inglés²³. Por este motivo resultaba imposible el restablecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, por más nombramiento de magistrados que hubiese podido realizar el Congreso Constituyente, apelando a su mayoría parlamentaria.

Ello debido a que, primero, no existía un referente constitucional rígido – único, supremo y claro – con el cual ejercer el control de constitucionalidad; y, segundo, a que en la medida que lo constitucional o inconstitucional de las leyes se había diluido en una cuestión exclusiva de la voluntad del Presidente sin considerar a la oposición política. Con lo cual, los actos de gobierno se hicieron inmunes a cualquier control judicial, sea por parte de la justicia constitucional e incluso por la justicia ordinaria.

No obstante, durante el debate constituyente, los sectores más conservadores y temerosos de mantener el Tribunal Constitucional no tuvieron más remedio que sucumbir, aunque sin mayor convicción ética, sobre la necesidad del control constitucional de las leyes²⁴. Debido, tanto a la tendencia histórica contemporánea del establecimiento y expansión de los tribunales o cortes constitucionales en las nuevas democracias mundiales, como a la

²² BRYCE, James. *Flexible and rigid constitution*, en *Studies in history and jurisprudence*. Vol. 1. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, reprint of the edition Oxford 1901, pp. 163 ss.

²³ BRYCE, James. *Flexible and rigid constitution...*, *Op. cit.*, pp. 242 ss.

²⁴ BLUME FORTINI, Ernesto. *El control de la constitucionalidad*. Lima: Editorial Ersá, 1996, pp. 88 ss. En efecto, en el marco de un constitucionalismo autoritario, se puede entender que en los improvisados documentos y anteproyectos constitucionales, elaborados por la mayoría oficialista del CCD no incorporara al Tribunal Constitucional. Dicho Tribunal ingresó al debate dada la crítica de la opinión pública y especializada, que exigió al Pleno del CCD no eliminar la jurisdicción constitucional concentrada recogida en la Constitución de 1979, como planteaba uno de sus voceros CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco. *Constitución de 1993, lectura y comentario*. Lima: Editorial Nerman, 1994, pp. 442 ss.

unánime opinión pública especializada, en materia de derecho constitucional sobre la necesidad de su restablecimiento.

La nueva Constitución Política del Perú de 1993 dispuso la creación del Tribunal Constitucional, pero sin la fuerza normativa que tuvieron otras instituciones u objetivos constitucionales como el régimen económico, la fuerza armada y el régimen político. De ahí que la nueva versión del Tribunal Constitucional, creada en las postrimerías del debate constituyente en 1993, no fuera implementada, por dicho gobierno, hasta junio de 1996, es decir, dos años y medio después, fecha en que se instaló y empezó a operar²⁵.

Pero, la inoperancia del Tribunal para realizar el control constitucional de las leyes se puso en evidencia con el conflictivo requisito de los seis votos conformes de los siete magistrados para declarar una ley inconstitucional. El mismo que sería el causante de uno de los mayores enfrentamientos jurídico y político al interior del Tribunal Constitucional, en el caso de la ley de la reelección presidencial. No obstante, este no fue el único escollo destacado en la implementación de la justicia constitucional, sino también el de la nominación política de los magistrados del Tribunal Constitucional²⁶.

Así, a mediados de 1995, la voluntad gubernamental desafecta al control constitucional, inició el proceso de convocatoria para los candidatos al Tribunal Constitucional. Sólo, luego de un año de una bochornosa etapa de candidaturas y desacuerdos lamentables, entre la mayoría y la minoría parlamentaria, se logró nombrar a los siete magistrados del Tribunal Constitucional²⁷. De ese modo, a fines de junio de 1996, se instaló dicho Tribunal, quedando cerrado el ciclo de cuatro años de su clausura y bloqueo –de 1992 a 1996– de la jurisdicción constitucional en el Perú.

En tal sentido, la incorporación de la justicia constitucional, concentrada en la Constitución de 1993, surgió no sólo con gran desconfianza por parte de los poderes públicos autoritarios susceptibles al ver que las normas que el Parlamento y el Poder Ejecutivo emitían, podían ser objeto de control, sino también con reticencias de la Corte Suprema, toda vez que ésta dejaba de ser la última instancia judicial en materia de las viejas y nuevas garantías constitucionales –*hábeas corpus*, acción de amparo, *hábeas data* y acción de cumplimiento—. Sin embargo, es del caso recordar que ningún Tribunal Constitucional ha nacido sin enemigos en regímenes intolerantes y antipluralistas, propios de sociedades cerradas, es decir, sin una cultura de la libertad²⁸.

Por ello, durante la etapa de la recuperación del régimen democrático a partir de fines del año 2000, con la reincorporación de los tres magistrados destituidos se inicia una etapa de fortalecimiento del Tribunal Constitucional. La misma que se refuerza con la aprobación del Código Procesal Constitucional (CPC), mediante Ley N° 28237, de 28 de mayo de 2004, que produjo la unificación de la dispersa legislación procesal constitucional y

²⁵ El retraso puede atribuirse al celo del gobierno, y de su obsecuente mayoría parlamentaria, hacia las tareas de control de las instituciones independientes del poder. Por eso, recién en enero de 1995 se promulga la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), mediante Ley N.º 26435, la misma que fue modificada, por primera vez, a través de la Ley N.º 26446 en abril del mismo año y, así sucesivamente, por las leyes 26541, 26618, 26622, 26853, 26954, entre otras.

²⁶ LANDA, César. *Notas acerca del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, Op. cit., pp. 28 ss.

²⁷ “El Comercio”. *Editorial: Actitudes irresponsables en la elección del Tribunal Constitucional*. Lima, 18 de mayo de 1996, p. 2..

²⁸ HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus, studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Germany: Athenäum, 1980, pp. 79-105; asimismo, Daniel Franklin y Michael Baun (editores). *Political culture and constitutionalism. A comparative approach*. London: Sharpe, 1995, pp. 119 ss.

además estableció modernamente un conjunto de institutos procesales que hacen de la justicia constitucional un sistema jurídico garantista de los derechos fundamentales y del orden jurídico constitucional.

Asimismo, el Congreso de la República dictó la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), mediante Ley N° 28301, de 22 de julio de 2004, en la cual se establece que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de la interpretación y del control de la constitucionalidad, se crean dos Salas y se permite que la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales se resuelva ya no con seis sino con cinco votos conformes, básicamente.

Si bien los problemas que se les presenta a la justicia constitucional en la lucha contra los resabios del autoritarismo, en principio, son universales, estos solo son susceptibles de solución, en la vía política a través de las instituciones democráticas o en la vía judicial a través de la jurisdicción constitucional. Por ello, “el proceso dramático a través del cual se ha conseguido transitar hacia la democracia en estos países se refleja de manera inequívoca en el sentido que se le da a la Justicia Constitucional”²⁹.

Ello supone una implementación de la jurisdicción constitucional no exenta de conflictos de carácter sistémico y luego intrasistémicos con el poder, es decir, conflictos no resueltos, democráticamente, bajo el imperio de la Constitución, o resueltos políticamente, más no jurídicamente. Por ello, frente a los intentos de control constitucional de la justicia constitucional en el proceso democrático se alzan voces aisladas que procuran someter la justicia constitucional a los designios políticos conservadores parlamentarios³⁰.

Por todo lo argumentado, entonces se puede afirmar que, en la Constitución de 1979 la creación de la justicia constitucional, a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, fue producto de la desconfianza de los constituyentes en la administración de justicia ordinaria y en el nefasto rol de dicha justicia respecto a la defensa del Estado de Derecho durante los gobiernos de facto. Por ello, su incorporación no fue resultado de una mayor reflexión sobre el rol de la justicia constitucional en el quehacer político (el que implicaba plantear el problema de las relaciones entre el Derecho y la política), reflexión que hubiera conducido al replanteamiento de la teoría de la división de los poderes³¹.

Pero, como en la Constitución de 1993 el TC fue creado a pesar de la mayoría parlamentaria gobierno, debido al propio peso de la justicia constitucional; no se percibió que: lo realmente definitivo y novedoso de un Tribunal Constitucional es que sus sentencias penetran en el campo de lo político y tienen efectos y consecuencias políticas impredecibles, convirtiéndose así en un problema de poder³².

²⁹ PÉREZ ROYO, Javier. *Tribunal Constitucional y división de podere*, *Op. cit.*, p. 40.

³⁰ Con fecha 20 de enero de 2006 el congresista Ántero Flores-Aráoz presentó el Proyecto de Ley N.º 14321/2005-CR ante la Comisión de Constitución del Congreso, para prohibir que en los procesos de inconstitucionalidad de las normas legales el Tribunal Constitucional sea el intérprete supremo de la Constitución, y, en tal sentido dicte sentencias interpretativas o manipulativas; lo cual es universalmente admitido para salvar la inconstitucionalidad de una ley.

³¹ CAPPELETTI, Mauro. “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”. En *REDC*, N° 17, CEPC, 1983. pp. 16 ss.

³² LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, *Op. cit.*, p. 192.

En consecuencia, el juez constitucional ya no es solamente un fiel vigilante de la aplicación de la ley, sino que se convierte, al decir de LEIBHOLZ, en el “supremo guardián de la Constitución”³³. A partir de lo cual, el Tribunal Constitucional es el encargado de hacer cumplir, a los poderes y demás órganos constitucionales, el ordenamiento formal y material de la Constitución. Para tal fin, tiene la función básica de controlar la constitucionalidad de las leyes, que aprueben los legisladores del Congreso, las normas legales que dicte el Presidente de la República y las resoluciones que expida la Corte Suprema de Justicia.

No por esto el Tribunal Constitucional se ubica jerárquicamente sobre los clásicos poderes del Estado, premunidos directa o indirectamente de una legitimidad democrática, sino que participa, coordinadamente, en la elaboración de la voluntad estatal. Participación que realiza mediante sus decisiones judiciales que interpretan, de manera suprema, el contenido de las normas constitucionales y, por ende, declaran válida o inválida una norma legal o una sentencia judicial.

Como el objeto hace al sujeto de conocimiento, se puede señalar que en este contexto histórico y conceptual, adquiere pleno sentido que se identifique el carácter abierto – jurídico y político- de la Constitución; por cuanto ello nos permitirá derivar en las dimensiones y límites del quehacer del Derecho Procesal Constitucional.

2. El concepto abierto de Constitución

Como quiera que la jurisdicción constitucional nace históricamente como un instrumento de defensa de la Constitución, cabe identificar la noción de Constitución que tiene sentido proteger actualmente a través del Derecho Procesal Constitucional. Por cuanto “la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional”³⁴.

No obstante, cabe señalar que en la doctrina comparada existe una amplia tipología de los conceptos de Constitución. Así, para SCHMITT existen cuatro tipos de Constitución: 1. Absoluta, en cuanto ofrece una idea total de la unidad política del pueblo a través del Estado, ya sea ideal o verdadera, 2. Relativa, en vez de fijar un concepto unitario de Constitución como un todo, se define en función de sus características formales –escritas, rígidas, reforma agravada, 3. Positiva, entendida como la decisión de la comunidad sobre el modo y forma de su unidad política, 4. Ideal, denominada así en razón de un determinado contenido político³⁵.

Para otros clásicos modernos, como CANOTILHO la Constitución tiene un sentido plurisignificativo: como concepto histórico-universal de todos los países, como fuente del Derecho, como modo de ser de una comunidad, como fuente jurídica del pueblo, como ordenación sistemática y racional de una comunidad política a través de un documento escrito, como concepto ideal de Constitución y Estado Constitucional. Desde estos sentidos apuntala el autor el concepto de Constitución escrita con una estructura instrumental, formal, normativa y material; sin perjuicio de integrar a la Constitución

³³ *Ibidem*, pp. 148 ss.

³⁴ DE VEGA GARCÍA, Pedro. *Estudios político constitucional*. México: UNAM, 1987, p. 285.

³⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, pp. 29-62.

material y las fuentes no constitucionales, y, la Constitución material como conjunto de normas sustantivas insertas en el texto constitucional³⁶.

Por su parte, DE VERGOTTINI recuerda que el concepto de Constitución ha ido evolucionando desde una noción deontológica en tanto modelo ideal de la organización estatal, a una noción sociológica-fenomenológica como el modo de ser de un Estado, a una noción política entendida como la organización del Estado basada en determinados principios del derecho político, y, finalmente a una noción jurídica que es la esencia del ordenamiento estatal o, de modo más restrictivo, de la norma primaria a partir de la cual se funda todo el ordenamiento jurídico³⁷.

En la concepción de GARCÍA PELAYO la Constitución puede ser entendida de tres formas³⁸:

- 2.1 Racional normativo.- Cuando la Constitución se funda en el principio de racionalidad humana del quehacer político, ésta otorga orden y estabilidad a la sociedad y al Estado. Como la Constitución es un orden racional del poder, no cabe existencia jurídico-política fuera de la Constitución normativa. Esto supone que la soberanía política basada en la voluntad popular se transforme en una soberanía jurídica basada en la Constitución. Con este proceso de despersonalización de la soberanía popular, la soberanía emana de la Constitución y, en consecuencia, se convierte en la fuente del Derecho. Pero, sólo existirá Constitución normativa si se garantizan los derechos fundamentales y el principio de división del poder, evitando así la arbitrariedad; lo que demanda que la Constitución sea objetiva y racional, es decir escrita y rígida pero finalmente interpretable o reformable.
- 2.2 Histórico tradicional.- Este concepto de Constitución se basa en el principio de legitimidad, entendida como la suma de la costumbre y la historia de un pueblo en un tiempo y en un espacio cultural. De modo que el pasado de una Nación es la sangre que otorga vida a la Constitución del presente. Esta idea conservadora ve en el pasado la fuente de legitimidad de la Constitución, en la medida que sólo los usos y costumbres valiosos para una comunidad permanecen a través del tiempo. La soberanía reside en la autoridad, ya sea parlamentaria o monárquica que está obligada a respetar el derecho común. Partiendo de estos criterios la Constitución no tiene que ser escrita, porque se reconoce el derecho consuetudinario a través de una serie de convenciones o reglas fundamentales, por eso en este constitucionalismo flexible no hay distinción entre una ley constitucional y una ley ordinaria.
- 2.3 Sociológico.- Esta concepción de Constitución se legitima en la realidad social, en tanto es expresión del ser y no el deber ser social. En consecuencia, la Constitución es realidad vigente y no manifestación del pasado o del deber ser futuro, sino de las estructuras sociales y económicas presentes. La Constitución es material y no formal, en consecuencia, está integrada por los reales factores u operadores del poder público y privado. En estos poderes concretos de *iure* y de *facto* se encuentra depositada la soberanía. De allí que la sociedad y no el Estado sea la fuente de los derechos y por tanto que los hechos se conviertan en fuente de Derecho. Produciéndose así un antagonismo entre la Constitución válida y la Constitución real, o dicho en otras

³⁶ GOMES CANOTILHO, José. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, pp. 57-72.

³⁷ DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato* Padova: CEDAM, 2004, pp. 115 ss.

³⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado* Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 33-53

palabras entre la legalidad constitucional y la legitimidad constitucional, antagonismo en el que no hay más solución que la reforma o la revolución.

Estos conceptos de Constitución, además de las clasificaciones tradicionales de LOEWESTEIN: normativas, nominales y semánticas³⁹, ALZAGA: originarias y derivadas, breves y extensas, rígidas y flexibles, codificadas y no codificadas, consuetudinarias y escritas, otorgadas, pactadas, emanadas de la voluntad popular, entre otras⁴⁰, ponen en evidencia que la Constitución regula las relaciones entre el poder y el derecho, la misma que se pueden enmarcar en las típicas formas del pensamiento jurídico. Así, para SCHMITT “todo jurista, consciente o inconscientemente, asume en su trabajo un concepto de *Derecho*, bien como una norma, o como una decisión, o como un orden y configuración concreto”⁴¹.

En realidad, el pensamiento normativista -en su versión positivista y formal- ha sucumbido en el esfuerzo por someter la realidad a la literalidad de la norma constitucional. Mientras que el pensamiento historicista ha hecho presa a la Constitución de una moral colectiva que en el fondo es una *decisión* subjetiva de las élites tradicionales. Por ello, tanto el normativismo como el historicismo son expresión de un *decisionismo* constitucional. En ese sentido, si bien es necesario y deseable que todo Estado se rija por la Constitución, ese esfuerzo no puede quedar atrapado por la norma o la moral de la autoridad política o judicial.

Por el contrario, es necesario que la sociedad cree, incorpore y otorgue vida a la norma constitucional en la forma de derechos fundamentales, los mismos que deben ocupar un rol central en la noción de Constitución. Esto, en la medida que la sociedad como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, siempre ofrece más posibilidades de enriquecimiento de la vida social, que los constituyentes hayan establecido en la Constitución⁴². Lo cual no debe llevar a prescindir de la norma constitucional, sino a otorgarle el sentido interpretativo posible, en función de una argumentación jurídica razonable y proporcional.

En efecto, frente a la crisis contemporánea de legitimidad del Estado constitucional se intenta articular, desde el racionalismo crítico, nuevas respuestas a la noción de Constitución ante los desafíos contemporáneos. Ello se procura a partir de reivindicar la dignidad de la persona como portadora de una razón crítica que se sobrepone, ética y técnicamente, a cualquiera de las tesis del objetivismo, como el historicismo⁴³. La interpretación de estos postulados se caracteriza por la defensa de los derechos fundamentales, en tanto resultado del estado actual de la evolución económica, social y política de la civilización. Proceso donde a partir del ensayo y error – *trial and error* – se da sentido a la historia y a la naturaleza, interpretándolas al servicio de la persona humana⁴⁴.

³⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: editorial Ariel, 1979. pp. 216-222

⁴⁰ ALZAGA, Oscar, GUTIÉRREZ, Ignacio, RODRÍGUEZ, Jorge. *Derecho Político Español. Según la Constitución de 1978. I. Constitución y Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Tamón Areces S.A., 1999, pp. 60-70.

⁴¹ SCHMITT, Carl. *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, *Op. cit.*, p. 7.

⁴² HÄBERLE, Peter. “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß— ein Pluralismuskonzept”. En su compendio: *Verfassungs als öffentlicher Prozeß...*, *Op. cit.*, pp. 121 ss.

⁴³ POPPER, Karl. *Das Elend des Historizismus*. Tübingen: Paul Siebeck, 1974, pp. 45 y 57 ss.; Willms, Bernard. *Offensives Denken, Philosophie und Politik*. Westdeutscher Verlag, 1978, pp. 39 ss.; asimismo, revisar la perspectiva del racionalismo pragmático, en LÜBBE, Hermann. *Philosophie nach der Aufklärung*. Düsseldorf — Wien: Econ Verlag, 1980, pp. 159-195.

⁴⁴ POPPER, Karl. *Open society and its enemies*. London: Rotledge & Kegan Paul, 1995, pp. 489 ss. y 511 ss.; asimismo, Hans, Albert. *Traktat über Kritische Vernunft*. Tübingen: Paul Siebeck, 1975, pp. 47 ss.

En ese sentido, la Constitución se presenta como un proceso abierto, dinámico y conflictivo de la sociedad, como expresión de la cultura contemporánea⁴⁵. Proceso en el que los derechos fundamentales y su protección operan como un motor de la sociedad y del Estado; así como, los valores propios de una sociedad pluralista y abierta integran las voluntades axiológicas individuales con los valores sociales e históricos que determinan el curso del desarrollo humano.

En la actualidad “la apertura constitucional, como la sociedad abierta, en cuanto se consideran manifestaciones del espíritu democrático, implican la relación de ambas con la publicidad, el pluralismo, la alternancia en el poder y la tolerancia, valores fundantes de una democracia”⁴⁶. En consecuencia, la noción de Constitución como proceso público integra al derecho y a la política. Por eso, sin perjuicio de las clasificaciones señaladas y sus críticas el Derecho Procesal Constitucional se vincula directamente con una noción de Constitución abierta y dinámica, entendida como el orden jurídico fundamental de la comunidad política; por cuanto la Constitución fija los valores y principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política⁴⁷, base sobre las cuales se deben asumir las tareas del Derecho Procesal Constitucional.

3. La naturaleza del Derecho Procesal Constitucional

La evolución del Derecho Procesal Constitucional (DPC) desde su primer estadio como justicia constitucional y luego su segundo estadio como jurisdicción constitucional hasta llegar a su actual fórmula como DPC, pone en evidencia que cada etapa histórica ha ido marcando el surgimiento y transformación de la originaria justicia constitucional, como resultado de la articulación de la tensión entre el derecho y la política⁴⁸. Por eso, el análisis de la naturaleza y el rol del DPC no pueden estar alejados sino insertos en dos principios fundamentales: Uno, la protección de la persona humana y el respeto de su dignidad, en tanto cumple una función de integración o inclusión en el Estado⁴⁹ y; otro, el sistema de control y balance de poderes, en particular del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo.

Para tal efecto, en un Estado democrático y social de Derecho no se puede partir de una concepción dogmática positivista del DPC que subordine e inmovilice a la Constitución a través de ideas estáticas lógico-formales, mediante la burocratización y la formalización de la justicia constitucional. Por el contrario, del carácter abierto jurídico y política de las normas constitucionales se desprende la naturaleza y funciones del Derecho Procesal Constitucional.

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 36-38; DAHRENDORF, Ralf. *The modern social conflict, an essay on the politic of liberty*. Berkeley: University of California Press, 1990, pp. 166-194; asimismo, Coser, LEWIS. *The functions of social conflicts*. New York: Glencoe the Free Press, 1956, pp. 157 ss.

⁴⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus «enemigos»*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid – Ediciones Beramar S. A., 1993, p. 28; asimismo, se puede revisar el concepto de Constitución en su desarrollo histórico comparado, con especial énfasis en la historia constitucional alemana, en GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, pp. 107-154.

⁴⁷ KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento juridico fundamentl del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 99 ss.

⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: CEC, 1987, pp. 474; asimismo, HESSE, Konrad. “Etapas del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana”. En *Pensamiento Constitucional* Año V, Nº 5, Lima: PUCP - Fondo Editorial, 1998, pp- 21-45.

⁴⁹ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1985, pp. 287.

3.1. Valorativa.- Como la Constitución es la expresión política y jurídica de un sistema de valores de una comunidad, el Derecho Procesal Constitucional se constituye en el instrumento jurídico formal de realización de los mismos. Pero, hay que tener mucho cuidado con las pretensiones procesalistas del DPC, porque cuando la Constitución se convierte en un medio de falsificación de la realidad, se deja sin legitimidad posible a la justicia constitucional. En efecto, defender una Constitución normativa, semántica o nominal significa vaciar de contenido a los valores originarios del constitucionalismo y hacer del DPC un menesteroso y errante quehacer teórico y práctico.

Cabe recordar que la teoría axiológica del derecho tiene su expresión en la teoría de la integración de la entreguerras, que se fundamenta en la ética material de los valores – *material Wertethik*–⁵⁰. Por ello, una vez recuperado el carácter valorativo de la Constitución luego del fracaso del positivismo constitucional, no se trata de subordinar el método jurídico a los contenidos axiológicos del Derecho Constitucional, sino darle el sentido material que le corresponda a través de los procesos constitucionales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la integración de la Constitución y el proceso según CALAMANDREI constituye una respuesta al positivismo procesal en razón a que: “el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia, degenera en formalismo y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego como fórmulas rituales que tienen por sí mismas un valor sacramental”⁵¹.

En efecto, como el Estado Constitucional de la postguerra se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad basada en valores democráticos que otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo, condicionan el surgimiento y la existencia del Derecho Constitucional y posteriormente de la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, se busca evitar los formalismos procesales del positivismo jurídico, subordinando el texto literal de la norma procesal en favor del contenido material de la Constitución. En otras palabras, se busca la eficacia y no sólo la validez del sentido esencial del Derecho Constitucional. En tal entendido, no cabe menos que entender al moderno Derecho Procesal Constitucional como la concretización del Derecho Constitucional⁵². Donde el Derecho Procesal Constitucional asumiendo los contenidos axiológicos constitucionales, se manifiesta a través de los procesos y las sentencias constitucionales.

Solo así, los principios del Derecho Procesal Constitucional son válidos en la medida que sean concordantes con los fines esenciales de los procesos constitucionales. De modo que dichos principios pueden ser concebidos como normas objetivas, en tanto sean fiel expresión del orden valorativo constitucional de la sociedad, que se va expresando en prácticas procesales y diversos tipos de sentencias.

Para tal efecto, no se debe desconocer el juicio de valor cultural y moral del momento, en tanto la Constitución no sólo es razón *-ratio-* sino también sentimiento *-emotio-*; el mismo que no está exento de un juicio constitucional de valor superior frente a otro inferior ;

⁵⁰ HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. Berlin: Walter der Gruyter & Co., 1926, pp. 107 ss. 227 ss.

⁵¹ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, pp. 322-323.

⁵² HÄBERLE, Peter. “El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concreto frente a la jurisdicción del Tribunal Constitucional”. En *Pensamiento Constitucional* Año VIII N° 8. Lima: PUCP – Fondo Editorial, 2002, pp. 25-59.

pero, como quehacer jurídico el método del Derecho Procesal Constitucional no puede ser otro que el de la interpretación y argumentación jurídicas al interior de los procesos constitucionales, que sólo sería alcanzable preferentemente mediante el razonamiento jurídico-político⁵³.

Someter el Derecho Constitucional a la *emotio* al estado de conciencia social o a la valoración intuitiva, en etapas de rápidas transformaciones y cambios, permite suponer el dinamismo y la transformación de los valores supremos y eternos de una sociedad. Sociedad donde no permanecerá estable o inmodificable el carácter preexistente y vinculante de los principios y valores que dan sentido a la unidad de una comunidad a través de la Constitución. En este supuesto, el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu del momento *-Zeitgeist-*⁵⁴.

Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor en sociedades con democracias débiles pretende someter los valores minoritarios a los valores supremos objetivos. Sin embargo, en la práctica en dichas sociedades la dialéctica del conflicto entre los valores no terminan integrándose, sino que: “en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifica en que el *valor* destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor”⁵⁵. Por ello, la tradicional teoría del proceso con su pretensión científica y objetiva no puede tiranizar a otras concepciones procesales vinculadas a la tutela de los valores constitucionales. Pero, ciertamente que circunstancia que da lugar a replantear la teoría de los derechos fundamentales, a partir de la teoría institucional.

3.2. Cultural.- Si la Constitución es una manifestación cultural del estado de conciencia jurídico y político de una comunidad en un lugar y tiempo determinado, el Derecho Procesal Constitucional no puede estar desvinculado del mismo, más aún si es el derecho en acción *-law in action-* el que pone en movimiento al Derecho Constitucional. Desde que los procesos constitucionales son procesos dinámicos y abiertos a la actuación de las partes, los jueces constitucionales se encuentran comprometidos en ministrar justicia, sin posibilidad de excluirse de su posición socio-cultural en medio de la sociedad –en tanto ciudadanos con toga- para resolver las controversias jurídicamente de la mano del derecho y la justicia⁵⁶.

En efecto, siguiendo la tesis del concepto abierto de Constitución, se puede señalar que la norma suprema vive en última instancia de su dimensión cultural, en tanto expresión jurídica y política de los valores y principios que acuerda una sociedad para formar una comunidad política. Así, el tránsito del estado de naturaleza del hombre para constituir un sociedad civil, supone que en aras de los valores y principios que dan sentido de unidad a un pueblo los hombres renuncian a una cuota de sus libertades y derechos naturales para contribuir a establecer un contrato social en el que todos tengan

⁵³ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Volumen II. Madrid: Tecnos, 1986, pp. 449 ss.

⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, Op. cit., pp. 59 ss.

⁵⁵ SCHMITT, Carl; JÜNGEL, Eberhard, SCHELZ, Sepp. *Die Tyrannei der Werte*. Hamburgo: Lutherisches Verlagshaus, 1979, p. 38.

⁵⁶ LANDA, César. “Retos y desafíos del juez constitucional en Iberoamérica: la experiencia del Tribunal Constitucional del Perú”. En *El Juez Constitucional. V Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Santiago e Chile, 25 al 27 de Octubre de 2006, pp. 128-205.

garantizados sus libertades; a partir de lo cual la sociedad civil se constituye de manera unánime⁵⁷.

Pero, esta sociedad civil, a su vez, mediante un proceso constituyente se dicta una Constitución, con la que se constituye el Estado –sociedad política-, y por la cual, los poderes públicos quedan obligados a defender a la persona humana y sus derechos fundamentales. Donde “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución... este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales”⁵⁸.

Este sentido determinista del hombre identificado con sus valores históricos desde temprano ha estado asociado con el elogio a la tradición y a la concepción de la diversidad de la idea del hombre, en función de la cultura y sus costumbres locales. Por eso, desde una perspectiva más humanista, SAVIGNY señaló que: “la orgánica conexión del Derecho con el ser y el carácter del pueblo es también manifestación del progreso de los tiempos [...] el Derecho crece con el desarrollo y se perfecciona con el fortalecimiento del pueblo y finalmente muere cuando la nación pierde su nacionalidad”⁵⁹. Esta identidad entre Derecho y el espíritu del pueblo (*Volkgeist*) en busca de libertad histórica⁶⁰ se expresó en que: “la cultura de un pueblo es la sangre de su existencia”⁶¹.

Pero, la cultura no es un valor cerrado ni unánime en el pueblo, sino que se expresa a través del conflicto social en una sociedad democrática, donde se institucionaliza consensualmente en la Constitución del Estado, aunque no de manera definitiva. De allí que, el pensamiento constitucional en concreto asume diversas opciones de aprehensión de la realidad, de acuerdo a la posición que ocupa el sujeto constitucional. Esta operación, resuelta en última instancia por los jueces del Tribunal Constitucional, se da en función de las concepciones jurídicas y circunstancias sociales que rodean el conflicto de intereses entre el gobierno y la oposición y, en última instancia, entre los hombres y su modo de vida.

Por eso, como el proceso constitucional se origina en la compleja y conflictiva realidad y sus relaciones de poder, las decisiones políticas (como desde ya las legislativas y administrativas) se encuentran impregnadas o responden a fenómenos históricos, sociales, políticos, económicos, culturales, tecnológicos, ambientales, entre otros. En consecuencia, cada vez más, por ejemplo, los jueces constitucionales se encuentran sometidos a ellos, en virtud de lo cual requieren de más o mejores instrumentos jurídico-políticos para asumir las demandas de la realidad social.

De allí que, el Derecho Procesal Constitucional cumpla una función de representación; en la medida que se convierta en un instrumento técnico-político que se constituya en la

⁵⁷ DE VEGA, Pedro. “En torno a la legitimidad constitucional”. En *Estudios en Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*. México: UNAM, 1988, pp. 813-818.

⁵⁸ SMEND, Rudolf. *Verfassungs- und Verfassungsrecht*, Op. cit., p. 164.

⁵⁹ VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Vom Beruf unserer Zeit Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: J.C.B. Mohr, 1828, p. 12.

⁶⁰ HEGEL, Friedrich. *Der objektive Geist*, en *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*. Band 1. Stuttgart: Fromman-Holzboog, edición y comentario de Karl-Heinz Ilting, 1973, § 26-29 en pp. 259 ss., y, § 116 en pp. 325 ss.; asimismo, PUCHTA, Georg Friedrich. *Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses*, (1841). Leipzig: Verlag von Breitkopf und Härtel, 1875, pp. 1-14.

⁶¹ Herder, Johann. *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*. Leipzig: Verlag von F. Meiner, 1906, p. 157.

expresión cultural del pueblo, permitiendo concretizar los valores y principios que emanan de la sociedad a través del pacto social y se consagran en la Constitución. Más aún, se podría señalar que la validez de las normas procesales no yace en última instancia en la legalidad constitucional, sino que la legitimidad de las normas procesales radica en las demandas ciudadanas que emanan de la sociedad, como es la demanda por la justicia entendida como un valor general y un derecho individual⁶².

Pero, el Derecho Procesal Constitucional cultural también cumple una función pedagógica a través de los procesos y las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional, en la medida que el actual estadio de desarrollo de la cultura jurídica ha llevado a incorporar las tesis iusfilosóficas de la argumentación jurídica. De modo que, la interpretación constitucional se integra al horizonte cultural del Derecho Procesal Constitucional, que cumple una función de pedagogía constitucional para los operadores del derecho, pero sobretodo en la educación legal universitaria, de las localidades alejadas del interior del país, donde no existen recursos ni tienen acceso a fuentes bibliográficas de formación e información constitucional que se incorporan en las sentencias⁶³.

3.3. Ordenadora.- El Derecho Procesal Constitucional como disciplina que ha emanado del Derecho Constitucional busca encontrar soluciones justas a los conflictos constitucionales; que no son otros que los que plantean la violación de los derechos humanos. En tal sentido, el material normativo procesal en un sentido positivo formalista no es lo sustancial, sino algo meramente instrumental. “Pues bien, creo que el ordenamiento, así entendido, debe aspirar a ser racional, aunque en ocasiones no llegue a serlo. La racionalidad, más que un dato, es una aspiración y un propósito”⁶⁴.

Por ello, se puede señalar que la validez y vigencia del Derecho Procesal Constitucional no se agota en el Derecho Procesal; sino que, tiene como finalidad ordenar normativamente los procesos constitucionales y el rol de la jurisdicción constitucional, a fin de evitar el caos y la anarquía procesal que podrían provocar infracciones directas o indirectas contra la persona humana y sus derechos fundamentales. Por eso, el DPC establece un orden fundamental que estudia: a) La actividad de los operadores de la justicia constitucional, ya sean abogados, procuradores públicos pero sobretodo jueces constitucionales del Poder Judicial y magistrados del Tribunal Constitucional; b) La regulación de los procesos constitucionales típicos y atípicos de tutela de los derechos fundamentales y la supremacía jurídica de la Constitución; c) La jurisdicción constitucional entendida como el valor jurídico de la Constitución, el control constitucional, la interpretación constitucional, y; d) Las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional⁶⁵.

Por ello, se puede señalar que el Código Procesal Constitucional como expresión normativa del Derecho Procesal Constitucional es el punto de Arquímedes del sistema procesal constitucional. Sin embargo, ello no supone que el Derecho Procesal

⁶² CAMPBELL, Tom. *Justice*. Hong Kong: Humanities Press Internacional, 1990, pp. 33-65; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997, pp. 508.

⁶³ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: UNAM - PUCP, 2003, p. 187 ss.

⁶⁴ DíEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 181.

⁶⁵ LANDA, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2006, pp. 193 ss.; asimismo, MANILI, Pablo Luis. “Perfil del Derecho Procesal Constitucional”, en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios de Homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I, José Palomino M. (coordinador). Lima. Grijley, 2005, pp. 150-151.

Constitucional sea una disciplina cerrada o absoluta; por el contrario, los nuevos desafíos de la realidad procesal en función de las demandas de nuevos derechos fundamentales o los viejos dilemas procesales irresueltos alcanzan respuestas provisionales con base en el Derecho Procesal Constitucional. Pero, “el intento de dominar el problema con una casuística técnica y conceptualmente precisa, también tiene necesariamente que contener lagunas”⁶⁶.

De allí que, el DPC no puede ser un orden cerrado, sino que más bien se singulariza por su carácter abierto y por su amplitud. Como no todas las cuestiones procesales constitucionales están previstas en el Derecho Procesal común de aplicación supletoria, se requiere de principios y reglas constitucionales *ad-hoc* a los procesos constitucionales⁶⁷. Así, el concepto de la *autonomía procesal constitucional*, que emana de esta concepción del DPC como un derecho abierto a las necesidades procesales de la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales. Pero, la fijación de los límites de la autonomía procesal constituye uno de los desafíos fundamentales de la justicia constitucional; que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado, para evitar la arbitrariedad judicial y su contrapartida el control de los poderes públicos y privados⁶⁸.

Por ello, por un lado el DPC fija pero por otro deja abierto el orden normativo de los procesos constitucional. Por ello, no sólo el legislador fija las reglas de los procesos constitucionales y de los órganos jurisdiccionales encargados de las mismas; sino también, en caso de vacío normativo, la propia jurisprudencia constitucional; pero del Tribunal Constitucional en tanto supremo intérprete de la Constitución y, en cuanto tal, defensor del proceso constitucional. Pero, su función ordenadora la realiza a través de las normas constitucionales -materiales y formales- y de los principios procesales que señalan las bases y los límites de los procesos constitucionales.

Estos principios rectores de los procesos constitucionales son mayormente directrices constitucionales que tienen como propósito establecer predictibilidad y razonabilidad a las decisiones jurisdiccionales. Pero, ello sólo es posible a partir de una *praxis* constitucional que garantice orden y estabilidad a los procesos constitucionales; lo cual es un plebiscito que se legitima diariamente, siempre que asegure los fines esenciales de los procesos constitucionales: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

3.4. Transformadora.- Como el Derecho Procesal Constitucional no puede cumplir su tarea sin principios materiales y formales del ordenamiento constitucional, tiene una naturaleza eminentemente evolutiva, en función del tiempo y del espacio en que se desarrolla jurisprudencialmente. Ello significa que durante los procesos constitucionales es normal que se produzcan conflictos procesales con un alto componente sustantivo por la litis en contienda; pero, se tornan funcionales a la naturaleza transformadora del DPC, cuando los magistrados los resuelven mediante articulados procedimientos y novedosos argumentos constitucionales.

⁶⁶ Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts Strukturprinzipien der Verfassung...*, op. cit., p. 65.

⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil...*, Op. cit., p. 324.

⁶⁸ LANDA, César “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, LEÓN VÁSQUEZ, Jorge, “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”; MENDOZA, Mijail “La autonomía procesal constitucional”; ASTUDILLO, César “Diez tesis del en torno al Derecho Procesal Constitucional”; todos en *Justicia Constitucional* Año 8, Nº 4, Lima. julio-diciembre 2006.

Lo que hace de la labor del DPC una tarea de interpretación jurídica de la Constitución y del Código Procesal Constitucional un material dúctil para poder asumir la realidad y manejarla. La que debe ser llevada a cabo a la luz de los principios constitucionales procesales y de la opinión democrática del pueblo; es decir, no solo conforme a la norma constitucional y los intereses mayoritarios y minoritarios representados en el Estado, sino, también en la voluntad popular que yace en la sociedad civil. Ahora que el Derecho Procesal Constitucional asuma la defensa de los supremos valores contenidos en la Constitución, no quiere decir, de ninguna forma, que sea ella la encargada de crearlos, según el caso en controversia y subsidiariamente por razones de necesidad y urgencia.

En efecto, por un lado, es inevitable que las normas procesales sean capaces de prever y dominar realmente la realidad procesal de la tutela de los derechos fundamentales y el control del poder; pero, por otro lado, los intereses de las partes se mueven según sus propias leyes, las cuales actúan muchas veces independientemente de las reglas procesales ordinarias. Ante ese divorcio entre el derecho procesal y la realidad procesal, no cabe olvidar que si, como señaló el juez BRANDEIS, “Nuestra Constitución no es una camisa de fuerza. Es un organismo vivo. En cuanto tal puede crecer, ensanchar, adaptarse a nuevas circunstancias. Porque es una Constitución capaz de adaptarse, puede continuar existiendo como la ley fundamental de un pueblo que se desarrolla constantemente”, no menos se puede señalar que el DPC y su CPC no pueden renunciar a adaptarse a los desafíos contemporáneos y a la mutación constitucional⁶⁹.

Así, dada la vitalidad de la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del Derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados⁷⁰; lo cual no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que ha llevado a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol del juez⁷¹.

Si el ordenamiento procesal constitucional debe ser dinámico y vital *-living constitution-* el concepto de Constitución y proceso se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del Derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto *-el Tribunal Constitucional-*, un objeto *-el Código Procesal Constitucional-* y un método *-los tipos de interpretación y los tipos de sentencias-*.⁷²

Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al

⁶⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, pp. 183; asimismo, Jellinek, George. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1991, pp. 91.

⁷⁰ GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: M. Carbonell (editor) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta – IJ/UNAM, 2007, p.23. Al respecto, también se ha señalado que “[e]l hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende –por así decirlo– la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución (...)” (PEGORARO Lucio y Angelo RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: UNMSM, Grijley, 2003. p. 119). Ver también: PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1985. pp. 27.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: M. Carbonell (editor) *Neoconstitucionalismo... op. cit.*, pp.13 ss.; asimismo, ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En: Joseph. Aguiló, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007, pp. 113 ss.

⁷² RUIZ MANERO, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En: AGUILÓ, Joseph; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Fragmentos para una teoría de la Constitución... op. cit.*, pp. 69 ss.

orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional⁷³. Este nuevo rol de la creación judicial del Derecho es una consecuencia natural del desarrollo del Estado Constitucional y en particular de la aparición del Derecho Procesal Constitucional encarnado en los tribunales constitucionales en los países de derecho romano-germánico.

A partir de esta naturaleza transformadora del Derecho Procesal Constitucional – dinámica y vital – presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del Derecho Procesal⁷⁴ se plantea a continuación los límites de la jurisdicción constitucional.

4. Límites del Derecho Procesal Constitucional

La noción de Constitución, la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional, así como la jurisprudencia constitucional en concreto constituyen los preceptos desde los cuales se pueden identificar los límites del DPC. Los límites surgen como una cuestión a dilucidar en relación al desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, a partir de dos cuestiones clásicas: Una, la tensión entre el derecho y la política, que es otra forma de analizar los límites democráticos del DPC. Y; otra, la fuente y legitimidad para interpretar la Constitución con criterios que son objetos de debate, acerca del rol del juez como creador de Derecho y el respeto al principio de separación de poderes⁷⁵.

4.1. Límites democráticos.-

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se realiza con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículos 45° y 138° de la Constitución). De modo que, en el marco del ordenamiento constitucional y legal el Derecho Procesal Constitucional cumple un rol normativo de resolver las controversias constitucionales mediante el método jurídico.

No obstante, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes políticos democráticos siempre han generado debates –intrasistémicos– en torno al status y el alcance o límites de la jurisdicción constitucional. Precisamente, la articulación del DPC en las tareas de control constitucional de los poderes públicos es el *cleavage* de su éxito o de su fracaso. Por ello, la potencialidad del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, los alcances de su legitimidad y la intensidad de su control requieren tomar en cuenta la interrelación que existe entre la política y el derecho.

Para lo cual, es necesario partir de analizar primero la crítica del “gobierno de los jueces” que la califica como un gobierno sin legitimidad democrática, sin responsabilidad, sin capacidad de responder a las demandas actuales y, luego la segunda crítica según la cual la legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal Constitucional es inferior a la de los representantes ante el Congreso o al Presidente de la República⁷⁶. Puesto que los

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harward University Press, 1996, pp. 1-38.

⁷⁴ AGUILÓ, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Colombia: Palestra – Temis, 2004, pp. 55-62.

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 157 ss.

⁷⁶ BERGER, Raoul. *Government by judiciary*. Indianapolis: Liberty Fund, 1997, pp. 369 ss.

magistrados constitucionales no ostentan su cargo por elección directa del pueblo, sino indirecta a través, precisamente, de su nominación por el Congreso⁷⁷.

En primer lugar, cabe precisar que en aras de realizar el principio democrático de la defensa de los derechos fundamentales y de la división de poderes, ha sido el propio poder constituyente quien ha decidido, mediante referéndum popular, que las normas legales, actos administrativos y sentencias emanadas de los poderes constituidos, como el Congreso, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, entre otros, estén sometidos al control jurisdiccional del Tribunal Constitucional a través del Derecho Procesal Constitucional.

La legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal Constitucional para controlar a los representantes del pueblo proviene del propio poder constituyente, consagrando así una idea de poder democrático, donde no existen poderes absolutos e ilimitados. El juez cuenta con una cuota de poder político-jurídico, con el que puede controlar los actos legislativos del Congreso, sin perjuicio que las leyes sean el producto de la representación nacional. Ello, por cuanto, en una democracia constitucional, no existen poderes absolutos fuera del control de otros poderes y de la opinión pública⁷⁸.

En segundo lugar, el Congreso es un comisionado del poder constituyente para la elección de los jueces del TC; pero, la legitimidad de los mismos no radica en última instancia en los representantes, sino en el pueblo. Por ello, dicho sistema de elección no es el punto de partida y de clausura de un modelo democrático; podrá serlo para la elección política de los representantes al Congreso, pero no para la designación de los jueces que son juristas y actúan a través de los procesos constitucionales con razonamiento jurídico en sus tareas del control judicial de la Constitución⁷⁹.

Sin embargo, es del caso precisar que el voluntarismo judicial y/o político de los magistrados del Tribunal Constitucional no es la mejor garantía de defensa y desarrollo de la Constitución; por cuanto, ésta es una tarea de todos los poderes del Estado, que no pueden ser sustituidos pese a que el Tribunal goce también de una naturaleza política. Sino que, los jueces pueden y deben definir el contenido constitucional en controversia, en función de la interpretación constitucional, aunque como ocurre a veces el juez y el legislador difieran radicalmente cómo hacer esa interpretación.

Por limitada que sea formalmente la legitimidad democrática del Tribunal, debe intervenir ayudando al legislador a corregir las leyes que constituyan una grave violación de la Constitución; pero sin reemplazar a la autoridad política y al mismo tiempo sin quedarse en silencio. Para lo cual el TC puede, sin violar ningún principio constitucional, desde convocar a una audiencia pública, solicitar *amicus curiae*, exhortar al legislador y eventualmente fijarle plazos de decisión, o, mostrarle interpretaciones alternativas posibles de carácter constitucional⁸⁰.

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. "El rol de los Tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos". César LANDA (entrevistador). *Pensamiento Constitucional*, N.º 3, Año III, pp. 281 ss.; asimismo, DEVLIN, Lord. *Judges and lawmakers...*, *Op. cit.*, p. 10.

⁷⁸ BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 1-33; asimismo, CARR, Robert. *The Supreme Court and judicial review*. Connecticut: Greenwood Press, 1970, 72-98.

⁷⁹ COSSÍO, Ramón. *Constitución, Tribunales y Democracia*. México: Editorial Themis, 1998, pp. 63-69.

⁸⁰ GARGARELLA, Roberto. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II *Derechos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, pp. 829-831.

De modo que el activismo judicial puede servir para afianzar el proceso de fortalecimiento del Estado democrático, por ejemplo a través de los preceptos constitucionales abiertos en la lucha contra la corrupción, el terrorismo y el narcotráfico, pero no para sustituir a las instituciones constitucionales directamente responsables; sino, según ELY, para evitar que la mayoría anule los derechos de las minorías, y; para garantizar el proceso y los mecanismos en la toma de decisiones constitucionales⁸¹.

En efecto, saber hallar el punto de equilibrio de la actividad política constitucional del Tribunal es una tarea permanente y por tanto dúctil a la naturaleza de los conflictos sobre los que tenga que pronunciarse. Pero, los jueces deben ser conscientes que en el conflicto con los poderes políticos y económicos la relación será absolutamente desigual, donde la justicia tiene más posibilidades que perder, si es que no actúan con independencia e imparcialidad. Por eso, los jueces constitucionales deben evitar que los conviertan en fusibles de los conflictos políticos irresueltos entre el gobierno y la oposición en sede legislativa.

No obstante lo señalado, en los llamados casos difíciles se trata de evitar reproducir, tácitamente, en el seno del Tribunal los intereses políticos enfrentados como conflictos constitucionales en la arena política. Es decir, frente a las acciones de inconstitucionalidad, sobre leyes que conllevan cuestiones políticas –*political questions*– los magistrados deben encontrar, razonablemente, a través de la autonomía procesal del TC los métodos de interpretación constitucional y la gama de sentencias de inconstitucionalidad postuladas, una respuesta constitucionalmente correcta que afirme el rol del Tribunal como órgano de control de la constitucionalidad⁸².

Pero, como la legitimidad democrática de la justicia constitucional no es sólo por su origen, sino también por sus resultados; debe considerarse que desde un horizonte temporal, de mediano y largo plazo, la tarea judicial del control constitucional requiere desarrollar nuevos escenarios que permitan una implementación del Derecho Procesal Constitucional, a partir de condiciones democráticas consensuadas de ejercicio del poder y de condiciones económicas institucionales del Estado. Donde la defensa de los derechos humanos en el marco de la sociedad y del Estado democrático constituye el soporte para los instrumentos dogmáticos y metodológicos de su quehacer jurisdiccional⁸³.

En esa tesitura, ocupa un lugar importante el sentimiento constitucional de la población, las condiciones socio-económicas de bienestar y el ambiente cultural de los valores sociales constituyen también requisitos para asentar la legitimidad y límites del Derecho Procesal Constitucional⁸⁴. Puesto que se podrá diseñar y afirmar un modelo político y técnico de justicia constitucional democrático moderno, pero si este no se corresponde, proporcionalmente, con la realidad social y económica del país, para poder influir sobre ella, se estará sembrando las bases del divorcio entre el Derecho y la realidad. Fenómeno

⁸¹ HART ELY, John. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de Los Andes, 1997, pp. 215-217; asimismo revisar a Perry, Michael. *The Constitution in the courts. Law or Politics?* New York - Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 192-204, para quien el quehacer de la justicia constitucional es derecho y política.

⁸² SHAPIRO, Martin. *Who guards the guardians? Judicial control of administration...*, *Op. cit.*, pp. 146 ss.

⁸³ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1997, pp. 166 ss.; asimismo, SCHMITT, Carl. *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburgo: Hanserischer Verlagsanstalt, 1934, pp. 54 ss.

⁸⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*..., *Op. cit.*, pp. 131 ss.; asimismo, VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Dykinson, 1997, pp. 107 ss.

histórico en la vida judicial que tiene sentido plantearlo, en aras de la potencialidad y perspectivas que tiene el Tribunal Constitucional en el fortalecimiento de la democracia.

4.2. Límites interpretativos.-

Ningún poder u órgano constitucional tiene facultades absolutas en un Estado de Derecho. En consecuencia, si la soberanía constitucional que ejerce el Tribunal es un *primus inter pares*, con relación a la soberanía popular que detenta el Congreso y el Presidente, cabe plantear la siguiente interrogante: ¿quién controla la interpretación del Tribunal Constitucional?⁸⁵ No es desdeñable el peligro de que el Tribunal, en lugar de convertirse en el leal guardián de la Constitución, se pueda transformar de un guardián arbitrario de esta última o, peor aún, en un órgano constitucional dependiente del gobierno de turno.

Al respecto, cabe precisar que de persistir la vigencia de la Constitución de 1993, aunque parcialmente reformada, coloca a los siete magistrados en una posición proclive al activismo judicial en la implementación de una jurisprudencia constitucional democrática. Tal es el caso de la influencia de la Constitución en los distintos sectores del ordenamiento jurídico. Tarea de los jueces constitucionales, que no por ser menos legítimos democráticamente que los políticos, dado el directo origen electoral de éstos últimos, sea imposible que la lleven a cabo; más aún, si de su papel contramayoritario de control a los poderes políticos democráticos, se desprende su rol de control de la constitucionalidad de los actos de la mayoría; porque “cuando no existe control judicial al poder político está, aún, más fácilmente expuesto al riesgo de la perversión”⁸⁶.

Ello hace aparecer la cuestión si el control judicial del actual Tribunal Constitucional puede transformarse en una tiranía de los jueces. En cualquier caso, se trataría de una tiranía menos amenazadora que el de las mayorías políticas, porque estas son menos controlables en un régimen democrático sin un sistema de partidos políticos sólidos, que no mantienen la disciplina y a veces tampoco el equilibrio de poderes.

Ante esta situación el Tribunal Constitucional corre el peligro de pasar a un “activismo judicial radical” o al llamado “interpretativismo”⁸⁷ en el que no solo haga porosa la línea divisoria entre su poder constituido y el poder constituyente y, por ende, termine sustituyendo a este último, sino también que, en el conflicto con el Congreso esta línea divisoria se diluya. Lo que podría suceder a través de la expedición de honorables sentencias constitucionales huérfanas de legitimidad o de una legitimidad parcial frente a causas políticas límite.

Por ello, para poder evitar esta confusión debe tenerse mucha prudencia con ciertos postulados, como el de la ex magistrada REVOREDO del TC para quien “ante el silencio o falta de hipótesis jurídica en la Constitución, el Tribunal debe reaccionar *creativamente*, sin

⁸⁵ SHAPIRO, Martin. *Who guards the guardians? Judicial control of administration*. Atenas y London: The University of Georgia Press, 1988, pp. 146 ss.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional...*, *Op. cit.*, p. 45.

⁸⁷ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law*. Nueva York: Basic Books, Inc., Publishers, 1986, pp. 323 ss.; LANDFRIED, Christine. *Das Bundesverfassungsgericht — Hüter oder Herr der Verfassung?* En Hans-Georg WEHLING (compilador). *Recht und Rechtspolitik*. Stuttgart: Verlag Kohlhammer, 1985, pp. 55 ss.; asimismo, HART ELY, John. *Democracy and distrust, a theory of judicial review...*, *Op. cit.*, pp. 1-14.

dejar de sentenciar. Debe entonces ubicar o crear la norma que necesita, por integración, actuando como *poder constituyente* y no como el constituyente histórico de 1993⁸⁸. Porque, salvo que se trate de situaciones límites para la defensa del sistema democrático, la justicia constitucional tiene todo que perder y la política democrática poco que ganar.

Frente a estas tentaciones creativas a través de la interpretación constitucional, cabe la auto-limitación (*self-restraint*) de los propios magistrados y el control de la opinión pública ciudadana, que no es necesariamente el de los medios de comunicación⁸⁹. Es en esa dialéctica del activismo judicial y de la auto-limitación, que se podría denominar de “activismo judicial moderado”, en la que debería ubicarse los límites de la interpretación constitucional, para que los magistrados del Tribunal Constitucional enmarquen el rol de la jurisdicción constitucional, en un sistema político en proceso de democratización como el peruano.

En efecto, dado el accidentado escenario de la construcción democrática en el Perú y la corta experiencia del Tribunal Constitucional en libertad, pareciera que lo más adecuado, en esta etapa, es postular un “activismo judicial ponderado”, en función de la gravedad y de las circunstancias de cada caso. Se postula, pues, un balance entre el activismo judicial y la autorrestricción judicial como regla⁹⁰. No obstante, tratándose de casos excepcionales, el Tribunal debe motivar sobre la base de la norma constitucional sus interpretaciones creativas, incluso a través de sentencias-leyes y/o sentencias-orientadoras para el legislador⁹¹, en las cuales se arriesgue a juzgar valiéndose directamente de los valores y principios constitucionales –como en el caso de la ley de reforma constitucional y en especial de la legislación penal antiterrorista –⁹².

Es así que solo de este modo un poder político democrático se detiene o morigerera frente a un poder jurídico constitucional, pero legítimo jurídica y socialmente. Es necesario aclarar que ello no supone postular el gobierno de jueces. Más bien, lo que se pretende es que se reconozca que, ante la crisis de la representación y, en particular, el descrédito ante la opinión pública del Congreso y la imagen del Presidente, es necesario contar con métodos y técnicas de interpretación constitucional respecto de sus actos y normas, por parte de órganos legitimados en su origen y ejercicio como el Tribunal Constitucional. Lo cual ha generado como ha sucedido en el derecho comparado el debate jurídico acerca de la extensión de las competencias de la justicia constitucional y el alcance de la protección de los derechos fundamentales⁹³.

Pero, en sociedades como la peruana donde a pesar del crecimiento económico de los últimos años subsisten los problemas sociales derivados del modelo del libre mercado, que afecta el rol social del Estado, la falta de consenso político entre la oposición con el gobierno, y la influencia de los poderes privados y fácticos en las esferas de decisión del

⁸⁸ REVOREDO, Delia. *Los retos actuales del Tribunal Constitucional* En LTC, N.º 12, CAJ, Lima, 1996, p. 156; asimismo, HITTERS, Juan Carlos. “Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad”. *El Derecho*, T. 120, Buenos Aires, 1987, p. 909.

⁸⁹ RISHMAWI, Mona. “The media and judiciary”. *CIJL Yearbook*. Genève: Centre for the Independence of Judges and Lawyers, december, 1995, pp. 55 HART ELY, John. *Democracy and distrust...*, *Op. cit.*, pp. 105 ss. y 135 ss.; asimismo, GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, *Op. cit.*, pp. 148 ss.

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *El rol de los Tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos...*, *Op. cit.*, p. 228.

⁹¹ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*. Madrid: CEC, 1991, pp. 198 ss.; asimismo, SCHLAICH, Klaus. *El Tribunal Constitucional federal alemán...*, *Op. cit.*, pp. 192 ss

⁹² DÍAZ REVORIO, Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: CEPC, 1997, pp. 592.

⁹³ HART, H. L. A. “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho Norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”. En *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, 1994, pp.327-350.

gobierno, se hace más importante el rol de defensor de la Constitución del Tribunal Constitucional, lo cual no es ajeno en la jurisdicción comparada⁹⁴.

Sobre todo, porque el mayor peligro en los controles interróganos está en quienes ejercen el poder político —legislativo y ejecutivo— sin conciencia de los límites jurídicos que la Constitución les franquea. Porque rompen fácilmente el equilibrio y la división de poderes, cuando otorgan una respuesta política a las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional o incluso del Poder Judicial. Ello no es óbice, para poner también en cuestión a los magistrados que asumen un papel de auténticos portavoces del poder constituyente; por cuanto se hacen dueños de la Constitución —*Herr der Verfassung*— y no defensores de la misma —*Hüter der Verfassung*—, sobretodo frente a casos de dudosa extensión de sus competencias interpretativas⁹⁵.

En tal sentido, las resoluciones del Tribunal, en el marco de un “activismo judicial moderado”, constituyen una garantía de independencia y control jurisdiccional frente al poder político. Asimismo, dichas resoluciones representan un ejercicio discrecional —no arbitrario— basado en su potestad de ser un órgano jurisdiccional con capacidad para interpretar la norma constitucional de acuerdo al caso *sub litis* bajo los parámetros de argumentación jurídica⁹⁶. En función de lo cual podrá ejercer el rol de una corte arbitral que debe asegurar el equilibrio entre los poderes y el respeto de los derechos fundamentales; el mismo que no está sometido, directa ni indirectamente, a controles políticos o judiciales.

Porque, de no ser así, la voluntad constituyente de garantizar la supremacía jurídica de la Constitución quedaría sometida a la voluntad política de la mayoría legislativa transitoria o de los jueces ordinarios. Por ello, sólo a partir de una interpretación y argumentación jurídica creativas, una justicia constitucional podrá desarrollar los derechos fundamentales y controlar los excesos del poder, ante los peligros latentes, conservadores y neoliberales, que emanan tanto del poder público, como también del poder privado y del mercado⁹⁷.

Así, cuando el legislador mediante sus actos políticos viole derechos fundamentales, dichos actos deben ser justiciables a través de procesos constitucionales. Asimismo, cuando en el seno del poder no se llegue a consensos sobre determinadas decisiones políticas y se traslade a la sede judicial constitucional el conflicto de intereses políticos, este deberá someterse a procesos constitucionales de composición de intereses, en el marco constitucional. Es cierto que es altamente probable que esto conduzca, automáticamente, a la politización de la justicia. No obstante, es preferible que dichos procesos políticos y, desde ya, los judiciales se sometan a un ponderado activismo judicial del Tribunal Constitucional, en aras del fortalecimiento del Estado constitucional, que queden librados a la eventual dictadura de una mayoría parlamentaria⁹⁸.

⁹⁴ DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy-maker...*, *Op. cit.*, pp. 279 ss.

⁹⁵ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983, pp. 99-102.

⁹⁶ GASCÓN, Mariana; GARCÍA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra, 2005, pp. 273 ss., y: ESCOBAR, Iván. *Interpretación e Integración Constitucional*. Managua: Editorial Hispamar, 2002.

⁹⁷ DE VEGA, Pedro. “Neoliberalismo y estado”. *Pensamiento Constitucional*, N.º 4, Año IV, PUCP-MDC, Fondo Editorial, Lima, 1997, pp. 31 ss.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio...*, *Op. cit.*, pp. 234 ss.

II. Funciones del Derecho Procesal Constitucional

El Derecho Procesal Constitucional tiene como funciones esenciales garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y proteger los derechos fundamentales de las personas (Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), las mismas que a continuación son analizadas.

1. Control de la supremacía jurídica de la Constitución

Identificar la naturaleza y alcances de la función de control constitucional requiere identificar con qué concepto de Constitución se va a trabajar y qué concepto de control es el que se va a utilizar. Sobre lo primero nos hemos referido en acápite anterior (ver I, 2.) en el que se plantea una noción de Constitución abierta; es decir un sistema jurídico y político, que permite operar una interpretación constante de la norma suprema, lo cual le otorga una capacidad expansiva y transformadora en función de los consensos democráticos⁹⁹.

En cuanto al concepto de control este se encuentra vinculado al contenido de la jerarquía constitucional (norma *normarum* y *lex legis*) y la naturaleza y estructura de las normas constitucionales (principios y reglas, normas y disposiciones) que les otorga una diferenciada fuerza normativa a la diversidad de las normas constitucionales; así como una diferenciada intensidad del control constitucional.

1.1. Contenido de la jerarquía constitucional

La jerarquía constitucional parte del supuesto de la existencia de un ordenamiento jurídico integrado por diversas normas ordenadas entre sí en función de su jerarquía material y formal. En nuestro sistema jurídico la Constitución constituye aquella norma suprema que goza de una supremacía material por dos elementos: Uno, por su origen, por cuanto la Constitución es emanación del poder constituyente, que en un sistema democrático es la fuente de legitimación del poder político y el orden jurídico. Dos, por su contenido, en la medida que la Constitución expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político¹⁰⁰.

Desde una perspectiva de la supremacía formal el artículo 51º de la Constitución dispone que la Constitución prevalece sobre la ley, ésta sobre los reglamentos y así sucesivamente. Sin embargo de este mandato, se pueden derivar dos consecuencias: Una, que la Constitución es una *lex legis* -ley de leyes- en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas y prima en caso de conflicto sobre ellas, y; *norma normarum* -norma fuente de normas- en tanto constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico¹⁰¹.

Pero, el reconocimiento teórico y práctico de la jerarquía constitucional ha sido producto de un largo proceso, porque hasta finales del siglo pasado la Constitución no había sido entendida sino como una norma política carente de contenido jurídico vinculante y

⁹⁹ LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus «enemigos»...* Op. cit., pp. 93; asimismo, AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Op. cit., pp. 135 ss.

¹⁰⁰ KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado...* Op. cit. pp. 99 ss.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Lima: UNAM, 2001, pp.44-47.

compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos¹⁰². Sin embargo, progresivamente a partir de la Constitución de 1979, no cabe duda que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.

Esta transición sólo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando las garantías individuales y sociales –derechos públicos subjetivos– del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado Social de Derecho. Este hecho obligó, sobre todo a los jueces del Poder Judicial y en particular al Tribunal Constitucional, a la aplicación directa de la Constitución, ya no sólo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible, respectivamente¹⁰³.

Por su parte, el segundo proceso surge en la década de los ochenta cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que, tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, “a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden”¹⁰⁴.

Así, la Constitución y el principio de la supremacía constitucional han ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del Derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados; lo cual no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia. La propia jurisdicción y el rol de la judicatura¹⁰⁵. En tal sentido, se ha señalado que “si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más”¹⁰⁶.

Ahora bien, cuando se alude a la jerarquía sucesiva o en cascada del ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, tratados, ordenanzas, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital¹⁰⁷. De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de

¹⁰² GUASTINI, Ricardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: M. Carbonell (editor) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta – IJ/UNAM, 2007, p.23. Al respecto, también se ha señalado que “[e]l hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende –por así decirlo– la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución (...)” (PEGORARO Lucio y Angelo RINELLA. *Las fuentes en el Derecho Comparado*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima: UNMSM, Grijley, 2003. p. 119). Ver también: PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1985. pp. 27.

¹⁰³ CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 302 ss; asimismo, ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984. pp 277 ss; asimismo, RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid: CEC, 1990, pp. 37 ss.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. “La Garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”. En: RDP, N.º XXXV, VADUZ, Topos Verlag, 1982. p. 204.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: M. Carbonell (editor) *Neoconstitucionalismo... op. cit.*, pp.13 ss.; asimismo, ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En: Joseph. Aguiló, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007, pp. 113 ss.

¹⁰⁶ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998. p. 76.

¹⁰⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel. Segunda Edición. 1987. p. 162: asimismo, ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.

ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino “una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura”¹⁰⁸.

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital *-living constitution-* el concepto de jerarquía de la Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, debido a la aparición del bloque de constitucionalidad en virtud del cual, el Tribunal Constitucional para apreciar la inconstitucionalidad de una norma legal impugnada, además de las disposiciones constitucionales incorpora las leyes de desarrollo constitucional y las relativas a los derechos fundamentales máxime si por mandato constitucional, los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte.

En ese entendido, la jerarquía del bloque de constitucionalidad no es algo que venga ya dado o acabado por la norma suprema, sino que se convierte en el producto de un proceso interpretativo que se basa en reglas y técnicas de interpretación y constitucionales¹⁰⁹. Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo constitucional, sino del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional¹¹⁰. A partir de esta jerarquía material y formal de la Constitución surge una noción transformadora del ordenamiento jurídico *-dinámico y vital -* presidida por la Constitución en tanto la norma suprema del Derecho¹¹¹ se plantea a continuación la naturaleza de las normas constitucionales objeto activo del control constitucional.

1.2. Estructura de las normas constitucionales.-

Resulta legítimo plantear la interrogante acerca de si todas las normas de la Constitución son iguales en su naturaleza jurídica y en, consecuencia, son igualmente vinculantes. Para atender esta interrogante desde una perspectiva clásica se podría señalar que; como el actual concepto de Constitución se funda en la persona humana, la finalidad y la naturaleza de sus normas no es el poder del Estado sino la libertad de los ciudadanos¹¹².

Sin embargo, la doctrina constitucional reconoce que forman parte de la estructura jurídico-constitucional aquellas normas que: a) se refieren a la organización y ejercicio de las funciones de los poderes públicos; b) tienen una formulación relativamente precisa, están en relación sistemática con el todo y en conexión mediata o inmediata con los valores políticos que le otorgan sentido, y c) cuya efectividad social está garantizada por su cumplimiento y por otras garantías¹¹³. Más contemporáneamente, se ha señalado que en la estructura de la Constitución habría que distinguir: a) entre normas de organización y normas de contenido y su valor; b) normas de organización y

¹⁰⁸ ROMANO, SANTI. *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1963. P. 100.

¹⁰⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 107.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38; asimismo, DÍAZ REVORIO, Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional...*, op. cit., pp. 153-215.

¹¹¹ AGUILÓ, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*. Colombia: Palestra – Temis, 2004, pp. 55-62.

¹¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución...*, Op. cit, p. 138.

¹¹³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 116.

procedimiento, y; c) normas de contenido¹¹⁴, o, en la medida que las dos grandes funciones de la Constitución son conferir competencias y disciplinar su ejercicio, les corresponden en la tipología de las normas, las que distingue entre normas constitutivas y normas regulativas¹¹⁵.

Asimismo, el constitucionalismo positivista ha diferenciado entre las normas constitucionales de naturaleza jurídica y las normas constitucionales de naturaleza programática dado el carácter difuso de sus límites y la indeterminación de algunas de sus normas, que exigen un amplio margen de interpretación discrecional. Sin embargo, en la actualidad “hoy se admite por lo general que no se trata de fórmulas en blanco, carentes de contenido, sino de normas de las que pueden derivarse notables consecuencias jurídicas”¹¹⁶. En este sentido, cualesquiera que sean el contenido material o formal de las normas constitucionales gozan de una fuerza normativa con diferentes grados de intensidad¹¹⁷, en función de distinguir la estructura de las normas constitucionales entre las normas reglas y las normas principios.

Al respecto, ALEXY ha señalado en primer lugar que las reglas y principios son normas jurídicas, con distintas formulaciones deónticas que pueden ser: normas mandato, normas de permisión y normas de prohibición; en consecuencia, la diferencia entre los principios y las reglas son distinciones entre dos tipos de normas. Según él, “los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad (...) Los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...) En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (...) contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”¹¹⁸.

Pero, si bien el quehacer del Derecho Procesal Constitucional trabaja con estas estructuras de las normas constitucionales, es con la distinción entre norma y disposición que ha permitido cumplir con sus tareas de control constitucional de las normas legales. Así, a partir de la interpretación de la naturaleza y estructura de las normas constitucionales se ha distinguido entre *disposición* –es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras – y *norma* –esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que derivan de la disposición –¹¹⁹. El TC peruano siguiendo la doctrina comparada ha desarrollado una tipología de sentencias de inconstitucionalidad de las leyes, a fin de integrar la jurisprudencia y colmar los vacíos normativos¹²⁰.

La doctrina suele clasificar, dentro del control de la supremacía jurídica de la Constitución, dichas sentencias del Tribunal Constitucional en: sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la labor del Tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de

¹¹⁴ De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Op. cit.*, pp.28-33.

¹¹⁵ RUIZ MANERO, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En: AGUILÓ, Joseph; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Fragmentos para una teoría de la Constitución...*, op. cit., p. 64.

¹¹⁶ CASCAJO, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: CEC, 1988, p. 70.

¹¹⁷ HESSE, Konrad. *Escritos Constitucionales...* Op.cit., p. 61 ss.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1997, pp. 82 ss., en particular 86-87.

¹¹⁹ GUASTINI, Ricardo. *Le fonte del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 18.

¹²⁰ STC Exp. N° 004-2004-CC/TC del 7 de febrero del 2005 (Fundamentos 2 a 4).

principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenando los vacíos normativos del legislador y forjando verdaderos precedentes vinculantes a partir de casos concretos¹²¹. Sin embargo, la tarea de control constitucional donde con mayor intensidad se ha desarrollado el Derecho Procesal Constitucional es en la tutela de los derechos fundamentales.

2. Protección de los derechos fundamentales

El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional tiene en los derechos fundamentales la expresión más clara que la utopía democrático liberal ha logrado institucionalizar en el Estado y en la sociedad: la garantía de la protección y desarrollo de los derechos de toda persona. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo, debido a que “el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de Derecho, en tanto aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido”¹²².

En efecto, la tutela de los derechos fundamentales constituye una constante histórica y teórica en todas las latitudes. Asimismo, marcan un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador en cada sociedad, que el positivismo, definitivamente, no ha logrado comprender dada las categorías normativas con que opera exclusivamente.

En ese sentido, la construcción del Derecho Procesal Constitucional a partir de los derechos fundamentales, debe reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de la realidad peruana, necesidades que deben constituir la fuente de objetivos a realizar, pero no de manera abstracta e intemporal; sino, como exigencias procesales concretas, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático en formación¹²³.

2.1. Frente al Estado

La protección de los derechos fundamentales históricamente se ha basado en una mentalidad y cultura individual, propia del Estado de Derecho en su primera hora liberal, que reemplazó a un orden social estamental, en tanto la persona no podía estar diluida en las organizaciones corporativas. Para tal efecto, el modelo liberal se afirmó en un iusnaturalismo que se expresó, revolucionariamente, en la eliminación de los privilegios estamentales, así como, en la declaración de un conjunto de derechos y libertades del hombre. En ese sentido, Francia se constituyó en el modelo del Derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones. Tal como quedó manifestado en la Declaración de Derechos de 1789 y en el Código de Napoleón de 1804.

No obstante, dado que el esquema individualista de derechos no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, dada la inacción del Estado, se requirió partir de una ficción jurídica-política, donde el contrato o pacto social fue el instrumento de

¹²¹ MAUNZ, Theodor et al. *Bundesverfassungsgerichtsgezetts*. München: Verlag C.h. Beck, 2003. pp. 122 y ss.; SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: Verlag C.H. Beck, 1997. pp. 260 y ss.

¹²² LEIBHOLZ, Gerhard. *Verfassungsstaat und Verfassungsrecht*. Stuttgart: Verlag Kohlhammer, 1976, p. 16; asimismo, GEIGER, Willi. “Die Wandlung der Grundrechte”. En Max IMBODEN (Hrsg.). *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates*. Wien: Verlag Herder, 1965, pp. 9-33.

¹²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...*, *Op. cit.*, pp. 75-92; asimismo, TOURAINE, Alain. *Que est-ce que la démocratie?* Francia: Fayard, 1994, pp. 37 ss. y 57 ss.

articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Así, sobre la base del contrato social se establecerá, en adelante, el principio de la soberanía popular y del poder constituyente. Dichos principios otorgaron legitimidad a la creación de una Constitución, como un instrumento de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre frente al Estado¹²⁴. En ese sentido, la norma de apertura de la Constitución peruana expresa que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

De allí, se puede interpretar dicho artículo en función a una presunción de libertad del hombre frente al Estado –*principio de distribución*– y de una actuación limitada del Estado frente a la libertad –*principio de organización* –¹²⁵. Lo cual supone que, las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir las libertades de una persona, requerirán de una ley y un mandato judicial para actuar¹²⁶, como dispone la Constitución en los artículos 2º-24-F y 139º-14. Desde una interpretación textual estas disposiciones aparentemente son consecuentes con los postulados del liberalismo garantista, para el cual, los derechos civiles no eran creados por el Estado, sino tan solo reconocidos por él. Ello implicaba que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que este era solo un instrumento garantizador de los mismos, a través de la ley.

En esa lógica liberal los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado, es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa –*Abwehrrechte*–. Se pone el acento en el *status negativus* de la libertad, frente y contra el Estado. En esta concepción clásica de los derechos fundamentales no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo lo previsto formalmente por la ley.

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir, no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de regulación normativa, en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley. Por lo cual, se han dado garantías tales como: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, según el artículo 2º, 24-A de la Constitución; la prohibición de expedir leyes especiales por la diferencia entre las personas salvo por a naturaleza de las cosas, y, la retroactividad de la ley del artículo 103º de la Constitución¹²⁷. En ese supuesto, se puede decir que la defensa de la libertad humana se convierte en el fin supremo de la sociedad y del Estado, actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal¹²⁸.

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad. No obstante, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *in dubio pro libertate*. Así, se puede hacer uso, también, del

¹²⁴ RIGAUX, Marie-Françoise. *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante...*, Op. Cit. pp. 95 ss.; asimismo, DE VEGA, Pedro. *En torno a la legitimidad constitucional...*, Op. cit., 811 ss.

¹²⁵ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre...*, Op. cit., pp. 125 ss.; asimismo, GIACOMETTI, Zaccaria. “Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit”. ZSR, Band 74, 1955, Basel, pp. 163 ss.

¹²⁶ DE CABO, Carlos. *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, Op. cit. pp. 305 y ss.

¹²⁷ BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. Paris: LGDJ, 1972, pp. 129 ss. asimismo, RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. I. Paris: Presses Universitaires de France, 1981, pp. 145-152.

¹²⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre...*, Op. Cit. pp. 36 ss.

principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad¹²⁹.

Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, es la vinculación negativa del legislador a los mismos, entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado¹³⁰. De ello se desprende la noción de límite a la injerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales. En la medida que “los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la libertad socialmente ya existente o en formación”¹³¹. Esto solo es posible a partir de una concepción institucional de los derechos fundamentales que es oponible tanto al Estado como a los particulares.

No obstante, los derechos fundamentales, entendidos como derechos subjetivos individuales, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a la generalidad de las demandas que están encaminando al Derecho Procesal Constitucional contemporáneo. De ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios políticos, económicos y tecnológicos del Estado constitucional¹³².

En tal sentido, se debe partir de entender que, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos subjetivos de la persona y como fundamento valorativo del orden constitucional. De modo que “los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos”¹³³. Ahora bien es, precisamente, mediante la actuación estatal, aunque también de los particulares, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido, ya sea por acción o por omisión.

Pero, como las constituciones contemporáneas tienen un entresijo de derechos y garantías, SCHMITT trazó una línea divisoria entre los derechos de libertad de las personas y la garantía institucional de ciertas instituciones constitucionales, como la autonomía local o universitaria, a fin de reforzar la protección de las libertades y de las instituciones de manos de los eventuales excesos del legislador. Por ello, “la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección

¹²⁹ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 125 ss; SCHEUNER, ULRICH. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*. VVDStRL, 20, Berlin, 1963, pp. 125-126; asimismo, ISENSEE, Josef. “Bundesverfassungsgericht — quo vadis?”. JZ, 22, 1996, pp. 1090.

¹³⁰ MEDINA, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales...*, Op. cit., pp. 9 ss

¹³¹ IPSEN, Hans. “Über das Grundgesetz — nach 25 Jahren”. DÖV, N.º 27, 1974, p. 295.

¹³² JENNINGS, Ivor. “Die Theorie der Institution”. En Roman Schnur (Hrsg.). *Institution und Recht*. Darmstad: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 99-117; asimismo, LUHMANN, Niklas. *Institutionalisierung — Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft*. En Helmut Schelsky (Hrsg.). *Zur Theorie der Institution*. Universitätsverlag, 1973, pp. 27 ss., y; Schelsky, Helmut. *Gedächtnissymposium Münster 1985*. Berlin: Duncker & Humblot, *Recht und Institution* (edición de la Universidad de Münster), 1985, pp. 19 ss. y 71 ss.

¹³³ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel...*, Op. cit., p. 612 y 618 ss.; asimismo, revisar: KAUFMANN, Erich. *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*. (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1911). Reprint, Aalen: Scientia Verlag, , 1964, pp. 128 ss., y; HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, Op. cit., pp. 163 ss.

constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional”¹³⁴.

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales, en tanto gozan de un carácter objetivo, sin perjuicio de su carácter subjetivo, requieren de la actuación positiva y no negativa del Estado para la protección y desarrollo de la libertad, configurándose así una nueva relación entre los derechos fundamentales y la legislación¹³⁵. Debemos resaltar que es HÄBERLE quien desarrolla la categoría de los límites del legislador con relación a los derechos fundamentales. Elabora esta categoría reformulando la tesis de la reserva de ley propia del Estado liberal, que dejaba librado a la competencia discrecional del legislador el desarrollo legal de los derechos establecidos en la Constitución.

El profesor de Bayreuth, postula la tesis central acerca de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental¹³⁶. Se puede decir, entonces, que a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar o construir el contenido esencial de los mismos. Ello a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir, como una práctica que se realiza y desarrolla en una sociedad abierta y pluralista. Libertad que, por otro lado, encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden, directa o indirectamente, en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional¹³⁷.

En tal sentido, “el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental”¹³⁸. Por ello, se puede hablar de una teoría absoluta y una teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales. La teoría absoluta se basa en el valor mínimo e intangible con que cuenta un derecho fundamental para no dejar de ser tal y, en cuanto, tal se relaciona jerárquicamente con los demás derechos. La teoría relativa busca delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental en relación a los demás valores y bienes constitucionales, por cuanto los derechos encuentran su esencia y límites en relación con otros derechos fundamentales¹³⁹.

En esta tarea de integración, propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales, se trata de ponderar diversos bienes jurídicos en conflicto, ya sea cuando una ley de desarrollo constitucional limita un derecho fundamental o, cuando estos derechos entran en conflicto entre sí; tarea que solo es posible realizar en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales¹⁴⁰. Este proceso de integración,

¹³⁴ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre...*, Op. cit., pp. 170; SCHMIDT-JORTZIG, Edzard. *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, 1979, pp. 63 ss., y; PAREJO, Luciano. *Garantía Institucional y Autonomías Locales...*, Op. cit., pp. 23 ss.

¹³⁵ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, Op. cit., pp. 127 ss.

¹³⁶ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, Op. cit., pp. 116 ss.; asimismo, GAVARA, Juan. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEC, 1994, pp. 99 ss.

¹³⁷ SALADIN, Peter. *Grundrechte im Wandel*, op. cit., pp. 296 ss.

¹³⁸ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, Op. cit., p. 109.

¹³⁹ LÓPEZ PINA, Antonio (editor). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Civitas, 1992, ponencia de Peter HÄBERLE, sobre “El legislador de los derechos fundamentales”, pp. 120 ss.

¹⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966, pp. 207 ss.; asimismo, HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, Op. cit., pp. 95 ss. y 127 ss.

se realiza a través del test de la razonabilidad o proporcionalidad, que se ha potencializado al máximo en la doctrina y jurisprudencia comparada¹⁴¹.

Dicho test se caracteriza por: a) Examinar directamente si una norma o un derecho contiene razones o motivos que sean adecuados o conformes con los valores constitucionales para limitar uno u otro derecho; b) verificar si existe una relación de necesidad de medios-fines, que sea objetiva y lógica, entre la restricción de un derecho y la norma legal o el otro derecho; c) examinar si la medida restrictiva es idónea y proporcional a los fines que persigue la norma o el otro derecho¹⁴².

El desarrollo práctico del sistema de los derechos fundamentales supone el reconocimiento de un *status activus processualis*, que permite al ciudadano acceder a la tutela jurisdiccional de los tribunales¹⁴³. En consecuencia, los derechos fundamentales son vinculantes a todos los poderes públicos y entre los particulares, en tanto se les concibe como categorías jurídico-positivas eficaces para asegurar el orden constitucional, lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional¹⁴⁴. Sin embargo, “la Constitución no puede resolver por si sola la cuestión social, sino solamente aparecer como marco de una determinada realidad y de un programa social *res publica semper reformanda*”¹⁴⁵.

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales solo adquiere visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común, como objetivo humano, reclama de la acción del Estado medidas concretas. En ese sentido, “los derechos fundamentales no son, únicamente, algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como *status*; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano, devienen en realidad vital, y como tal se entiende el Derecho como género”¹⁴⁶.

Por ello, la ley ya no se presenta como una garantía de protección de la libertad en tanto limitación a la intervención del legislador, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la libertad instituida. Esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto activo de delimitación de los derechos a través de la ley y en defecto de esta a través de la jurisprudencia constitucional. Dicho concepto también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero, dicha delimitación a su vez debe realizarse respetando la

¹⁴¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005, pp. 873; LOPERA, Gloria. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006, pp.661; GIANCIARDO, Juan. El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Depalma, p. 2004, pp. 163, asimismo; BRANES, Javier. “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”. En *Cuadernos de Derecho Público*, 5 septiembre-diciembre. *El principio de proporcionalidad*. Madrid: INAP, 1998.

¹⁴² ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución...*, *Op. cit.*, pp. 203-253.

¹⁴³ HÄBERLE, Peter. “Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat”. *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 82 ss.

¹⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972, pp. 90 ss.; asimismo, del mismo autor: “Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen”. En *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates...*, *Op. cit.*, pp. 352-359.

¹⁴⁵ MÜLLER, Jörg Paul. *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* Basel — Frankfurt: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 167; asimismo, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales...*, *Op. cit.*, pp. 72 ss.

¹⁴⁶ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *Op. cit.*, p. 199; ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechts und gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, pp. 67 ss.

última barrera del contenido institucional de la libertad, constituyéndose en un límite a los límites de los derechos fundamentales¹⁴⁷.

De ahí la importancia de que la jurisprudencia establezca una teoría de los límites inmanentes, directos o indirectos, del legislador que hagan inmunes el contenido esencial de los derechos fundamentales a la acción legislativa de las mayorías parlamentarias transitorias. Ello, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad¹⁴⁸.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional planteado está orientada, concretamente, a la realización del objetivo de la libertad como instituto, es decir, que la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. Por esta razón, “los derechos fundamentales son institutos, solo (*sic*) cuando pueden ser *efectivamente* reivindicados por los titulares –cambiar el hecho por la norma–, es decir cuando son *regla*”¹⁴⁹. Si bien eso es factible a partir de la praxis del Derecho Procesal Constitucional, la protección de los derechos fundamentales entre particulares presenta distintos desafíos y límites contemporáneos.

2.2. Entre particulares

Como el Derecho Procesal Constitucional tiene como una de sus funciones esenciales proteger los derechos fundamentales no sólo contra el Estado sino también frente a los particulares; en la medida que si bien el constitucionalismo surge como un sistema de protección de las libertades ciudadanas frente al poder, en ese entonces centrado exclusivamente en el Estado, en la actualidad el poder no reside únicamente en el Estado, sino también en los poderes privados que provienen básicamente de las empresas en la actual sociedad corporativa¹⁵⁰.

En consecuencia, la tesis originaria del Estado liberal que las relaciones jurídicas entre los particulares se rigen por el derecho privado, fundadas en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y libertad contractual, básicamente, no es plenamente válida. En efecto, las relaciones jurídicas entre particulares quedaban sujetas a los códigos, en tanto se regulaban como derechos subjetivos, pero, cuando surge la impronta de la cuestión social a finales del siglo XIX y luego la doctrina de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución en el período de las entreguerras mundiales, ésta se convierte en norma jurídica que vincula también a los negocios entre privados¹⁵¹.

Es que a diferencia del Estado liberal, el Estado constitucional –en su fórmula democrático y social– no es neutral e imparcial a nivel económico, sino que de manera activa, otorga un sustento jurídico material a todos los derechos fundamentales, no sólo

¹⁴⁷ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht...*, *Op. cit.*, pp. 98-134; HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *Op. cit.*, pp. 108 ss. y; Bolz, Marcel. *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 218-228.

¹⁴⁸ JÄCKEL, Hartmut. *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. Berlin: 2 GG*, Duncker & Humblot, 1967, pp. 29-40, asimismo, Manuel, MEDINA. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales...*, *Op. cit.*, pp. 48 ss.

¹⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional...*, *Op. cit.*, p. 211.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1991, pp. 85 ss.; asimismo, DE VEGA, Pedro. “Neoliberalismo y estado”..., *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁵¹ PÁJARO Moreno, Nicolás. *Autonomía privada y constitucionalización del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 115.

civiles y políticos, sino también económicos y sociales, interviniendo en el mercado para equilibrar las fuerzas y corregir sus excesos, reservándose actuar principalmente en los sectores económicos de servicios públicos, sociales e infraestructura; protegiendo, sobretodo a los sectores más desaventajados y marginados de los beneficios del mercado, según dispone el artículo 58º de la Constitución.

Como ha señalado HESSE “Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX; aquel ofrecía una libertad sólo formal, porque partía de una igualdad sólo formal que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada”¹⁵². Ello es así, desde que en el Estado Constitucional la Carta Magna no es sólo norma suprema que tiene fuerza normativa para los poderes públicos y en su relación con los ciudadanos, sino también para y entre los particulares.

De allí que, el artículo 1º de la Constitución señale que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; el artículo 38º disponga que todos los peruanos deben respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, además que el artículo 200º-2 faculte a interponer una acción de amparo contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace por acción u omisión los derechos fundamentales. En efecto, “la constitucionalización del derecho constituye no sólo una exigencia de la unidad del sistema y de respeto de la jerarquía de las fuentes, sino también la vía práctica para evitar el riesgo de la degeneración del Estado por el derecho formal. La ley fundamental no garantiza, en los hechos, solamente la forma y el procedimiento de la actuación estatal, sino que comprende también al mismo tiempo elementos normativos sustanciales”¹⁵³.

No obstante, que la Constitución sea una *lex legis* –suprema ley- y un *norma normarum* – norma fuente de otras normas- no se deriva que haya devenido en fundamento absoluto de todo el Derecho; por cuanto, el origen de las relaciones entre particulares nace de un derecho anterior al Estado: la autonomía de la voluntad; pero, que su ejercicio en sociedad requiere de su regulación, no sólo legal sino antes su regulación constitucional, dada su supremacía normativa. Por ello, en tanto los derechos fundamentales expresan un orden objetivo de valores a partir del principio/derecho de dignidad humana consagrado en la Constitución, como apuntó NIPPERDEY y luego con matices DÜRIG y SCHAWÉ, el TC alemán señaló en su sentencia del caso Lüth-Urteil (BerfGE 7, 198) del 15 de enero de 1958, que la norma suprema “influye *evidentemente* también sobre el derecho civil; ninguna disposición jurídico-civil debe estar en contradicción con él y todas ellas deben interpretarse conforme a su espíritu”¹⁵⁴.

Con este reconocimiento se dio inicio a la doctrina jurisprudencial de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a particulares –*Der Drittwirkung der Grundrechte*-; la misma que tuvo opositores y críticos dada la constitucionalización del Derecho privado. Así, detractores como FORSTHOFF denunciaba que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares iba a producir la disolución de la Constitución en su sentido jurídico, por un orden de valores abstractos, o; para ROGEL quien advertía de los riesgos que dicha doctrina podía significar para la libertad contractual y la

¹⁵² HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 79.

¹⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 193.

¹⁵⁴ GARCÍA TORRES, Jesús; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 19 ss. y en particular p. 29.

seguridad jurídica, los llevaron a postular una concepción de derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado¹⁵⁵. Sin embargo, un crítico como HESSE si bien reconoce que la Constitución es el orden jurídico supremo de la comunidad; pero, no por ello admitirá que regula todo, sino sólo los aspectos más importantes o especiales de la vida social y estatal, dejando el resto a la configuración particularmente del legislador¹⁵⁶.

Por su parte la doctrina jurisprudencial comparada va a precisar los alcances de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, en función de la naturaleza del derecho en cuestión, sobretodo si nos referimos a los derechos económicos, sociales y medioambientales. Así, en la medida que en la sociedad y el mercado existen relaciones asimétricas entre particulares -por ejemplo entre el empresario y el obrero, una corporación y un usuario o consumidor, o un medio de comunicación y un espectador-, se puede señalar que ha fracasado la igualdad formal ante la ley que formuló el positivismo de antaño. De donde se puede colegir que la libertad ya no es sólo afectada por el Estado sino también por y en la propia sociedad.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se puede señalar que la mayor cantidad de causas que llegan a través de los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento son de naturaleza previsional y laboral, correspondientemente, En cuanto a los procesos pensionarios es contra el sistema privado de pensiones, aunque también contra la seguridad social estatal, y; en tanto que, en materia laboral se plantean dichos procesos constitucionales contra los empleadores privados, aunque también contra el Estado en su calidad de empleador.

Ante los dilemas de la intensidad de la protección constitucional de los derechos fundamentales afectados en las relaciones jurídico privadas, se podría señalar que en la doctrina comparada se ha asumido dos respuestas. Por un lado, la eficacia de los derechos fundamentales irradia todo el orden jurídico público y privado, de modo que la fuerza normativa se despliega directa e inmediatamente sobre las relaciones jurídicas entre los particulares -*unmittelbare Drittwirkung*-. Por otro lado, los derechos fundamentales irradian su eficacia jurídica vinculante, pero de manera mediata e indirecta, a través de normas intermedias o de la jurisdicción que se encargan de poner en vigencia los mandatos constitucionales, a través de las cláusulas y principios generales del derecho -*mittelbare Drittwirkung*-¹⁵⁷.

El **efecto mediato** en la protección de las libertades a través de la ley, en el fondo expresa el clásico esquema de libertades civiles del Estado liberal, aunque sin la concepción de derechos como derechos público subjetivos; mientras que el **efecto inmediato** de los derechos fundamentales exigibles a terceros sin el requisito de una norma intermedia para su vigencia es propio del Estado democrático y social de Derecho, donde la dignidad y la igualdad -real y no formal- como valor y como derecho ocupa un rol delimitador de los demás derechos fundamentales, a través de principios como el deber de protección del Estado y el debido proceso sustantivo¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Do Vale, André Rufino. *Eficacia dos directos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Fabris editor, 2004, pp. 112-118.

¹⁵⁶ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado...*, op. cit., p.83.

¹⁵⁷ De Vega, Pedro. "La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*". En *Derecho* N° 46. Lima: PUCP, 1992, pp. 362 ss.

¹⁵⁸ BILBAO UBILLUS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: CECP, 1997, pp. 283 ss. y 325 ss.

La eficacia frente a terceros tiene naturalmente límites, dada la diversa estructura normativa de los derechos fundamentales y las disposiciones del Derecho privado, así como de la antinomia entre los mismos, como señala Alexy el problema se plantea en saber: cómo y en qué medida ejercen esta influencia¹⁵⁹. Así, la Constitución peruana plantea antinomias que se presentan entre el principio de la autonomía privada según el cual: nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2º-24-A de la Constitución) y, el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajo cuando dispone que: ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 22º de la Constitución).

Si bien en el ordenamiento constitucional (artículos 1º, 38 y 200º-2) se incorpora sin mayor dificultad los efectos horizontales de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional peruano ha consagrado incidentalmente en material laboral en los casos Telefónica¹⁶⁰ y Llanos Huasco¹⁶¹, así como, en materia de derechos fundamentales medioambientales en los casos Nextel¹⁶², la tesis de su efectos inmediatos y directos frente a particulares, aunque reconoce que en esa tarea de ponderación debe tomarse en cuenta los grados de intensidad de la protección, sin llegar a precisarlos. De donde se puede señalar que será la jurisprudencia la que en última instancia vaya delimitando cada vez más la solución de dichas antinomias, a través de la ponderación del interés general y el interés particular en las relaciones *interprivatos*.

Este desarrollo jurisprudencial debería orientarse a partir de supuesto típicos de esas relaciones: a) Negocios y actos jurídicos; b) Actos sancionatorios; c) Actos de administrativos de autoridades privadas o particulares; d) Actos jurídicos normativos, y; e) Actos antijurídicos¹⁶³, o; también a partir de supuestos materiales como: a) Prestación de un servicio público por un particular; b) Conducta de un particular que afecte grave y directamente el interés colectivo; c) Indefensión y subordinación; d) Afectación de la intimidad, y; e) Relaciones contractuales¹⁶⁴.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 510-529.

¹⁶⁰ STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC del 11 de julio del 2002.

¹⁶¹ STC Exp. N° 976-2001-AA/TC del 13 de marzo de 2003.

¹⁶² STC Exp. N° 4223-2006-PA/TC del 2 de junio de 2007 y STC Exp. N° 2268-2007-PA/TC del 10 de diciembre de 2007.

¹⁶³ MENDOZA, Mijail. "La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares". En *Pensamiento Constitucional* Año XI, N°11. Lima: PUCP, 2005, pp. 248-250.

¹⁶⁴ ESTRADA, Alexei Julio. "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano". En CARBONELL, Miguel (coordinador) *Derechos fundamentales y el Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 2002, pp. 267-296.

III. Consideraciones finales

Como no existe democracia sin derecho, ni derecho sin democracia; queda claro que el Estado constitucional es la suma de ambos valores, uno político que es propio de un sistema basado en la voluntad popular, y, otro jurídico fundado en la jerarquía de la Constitución y de las leyes, que es necesario para otorgar certeza y predictibilidad al sistema de resolución de controversias y al reconocimiento de derechos fundamentales.

Dentro de esa perspectiva el Derecho Procesal Constitucional se erige como un dinamismo del cual emana no sólo el Derecho Constitucional, sino también el Derecho, en esta medida los derechos procesales particulares son tributarios y a la vez son emanaciones singulares del mismo. Esto quiere decir que la validez y eficacia de las normas procesales están a condición que no violen la Constitución en un sentido material y adjetivo. Por ello, a través de los procesos constitucionales se demanda la revisión de las resoluciones judiciales, administrativas o arbitrales, entre otras, en la medida que constituyen un derecho fundamental que se manifiesta, a través, por ejemplo, del derecho a la motivación escrita de todas las resoluciones.

La supremacía jurídica constitucional y la fuerza normativa constitucional no permite que existan islas fuera de su control; por cuanto es contrario a derecho que unas personas sí estén sujetas a la ley y otras no lo estén, ya que viola el principio de igualdad ante la ley. Pero, tampoco, se puede sobre constitucionalizar el Derecho y, más aún cuando el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo, se ha convertido en los últimos años en una institución que no controla los excesos del Gobierno, como tampoco de los poderes privados.

En efecto, en los últimos tiempos se vienen emitiendo algunas sentencias que van a contramarcha de los principios que el Tribunal Constitucional estableció en la transición democrática a partir del año 2002, en particular en la lucha contra la impunidad de los violadores de derechos humanos, la corrupción y el narcotráfico; por cuanto, se han ido dictando sentencias contrarias a la mayoría de esos clivajes, como en el caso El Frontón, Wolfenson, Jaililie, Chacón, Abanto Verástegui, Transporte Flores, Leche Gloria, Jockey Club, Cementos Lima, entre otros.

Eso pone en evidencia que el control constitucional, entendido como límite al poder y tutela de derechos fundamentales, debe apelar a un Derecho Procesal Constitucional remozado sobre nuevos elementos, nuevas valoraciones, que permita afrontar la ciudadanía frente a la actual conducción del Tribunal Constitucional: A fin de retomar los valores de la defensa de los derechos fundamentales y del control del ejercicio del poder, pero también de la incorruptibilidad, sin la cual no puede existir justicia constitucional democrática.