

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

DESCENTRALIZACIÓN:
RETOS Y
PERSPECTIVAS



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

CONTENIDO

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Descentralización: retos y perspectivas	19
SAMUEL B. ABAD YUPANQUI <i>¿Puede un Presidente Regional ser Presidente del Consejo de Ministros?</i>	21
CÉSAR LANDA ARROYO <i>Descentralización y jurisprudencia constitucional</i>	41
ELENA C. ALVITES ALVITES <i>El estado actual del proceso de descentralización. La reforma constitucional incompleta: la reforma descentralista</i>	55
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO / DANTE PAIVA GOYBURU <i>La representación política. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano</i>	79
ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO <i>Control externo del gasto público y descentralización en el Estado constitucional</i>	95
ÁNGEL DELGADO SILVA <i>Elementos de referencia para un nuevo enfoque sobre la descentralización peruana</i>	117
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES <i>Descentralización, conflictos territoriales y proceso competencial</i>	133
Entrevista	155
JORGE LEÓN VÁSQUEZ <i>Entrevista al profesor Peter Häberle</i>	157

Tribunal Constitucional	185
ÓSCAR URVIOLA HANI <i>El deber de ingratitud</i>	187
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>Acceso a los jueces y juezas constitucionales y ejercicio de sus competencias en el desarrollo de los procesos constitucionales de la libertad. Por un mejor posicionamiento de las labores propias del Tribunal Constitucional peruano. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso «Francisca Vásquez Romero»</i>	195
JAVIER TAJADURA TEJADA <i>El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès. Un precedente de la Justicia Constitucional en Europa</i>	217
Miscelánea	253
FRANCISCO A. TÁVARA CÓRDOVA <i>El garante de la voluntad popular expresada en el voto</i>	255
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>Entre la Constitución y la ley. Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia</i>	271
ANTOINE GARAPON <i>Justicia transicional y justicia reconstitutiva</i>	277
RAÚL CHANAMÉ ORBE / SIMÓN ALEJANDRO VERÁSTEGUI GASTELÚ <i>El neoconstitucionalismo en un Estado semiconstitucional</i>	297
Jurisprudencia comentada	313
SUSANA TÁVARA ESPINOZA <i>Los arbitrios como atributo constitucional municipal y como manifestación de la descentralización fiscal. Comentario a la STC 0030-2007-PI/TC, de fecha 12 de marzo de 2009</i>	315
NADIA PAOLA IRIARTE PAMO <i>Sobre la distribución de los recursos en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional. Comentario a la STC N° 0002-2005-PI/TC, de fecha 18 de febrero de 2005</i>	323

KARINA BERENNISE DE LA O TAMEZ <i>Invalidez del artículo 291° de la legislación penal para el Estado de Aguascalientes. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación N° 29/2012</i>	331
SERGIO LEONARDO PEDRAZA SEVERO <i>Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Comentario a la sentencia C-123, de fecha 5 de marzo de 2014</i>	337
Reseña	343
MANUEL MIRANDA CANALES <i>«Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano»</i>	345

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN UN ESTADO SEMICONSTITUCIONAL

RAÚL CHANAMÉ ORBE*

SIMÓN ALEJANDRO VERÁSTEGUI GASTELÚ**

SUMARIO

1. Introducción; 2. Debate teórico: los neoconstitucionalismos; 3. Tipos de neoconstitucionalismos: teórico, ideológico y metodológico; 4. Crítica al neoconstitucionalismo; 5. Neoconstitucionalismo y garantismo; 6. El Perú ante el neoconstitucionalismo.

1. Introducción

En los últimos años vivimos un intenso debate sobre la supuesta aparición de un nuevo paradigma iusfilosófico: el neoconstitucionalismo. Como cuestión previa, debemos dilucidar la noción de «paradigma» introducida por el epistemólogo de la ciencia, Thomas Kuhn, en un texto célebre, *La estructura de las revoluciones científicas*, publicado originalmente hacia 1963, en el que establece que el paradigma es un nuevo marco teórico para la ciencia, una especialidad o una disciplina, que es asumido como un prototipo para resolver un problema trascendental, estableciendo un modelo hegemónico que facilita encarar una controversia científica. Más que una teoría el paradigma es un sistema orgánico de pensamiento académico, dotado de un consistente marco teórico, así como de evidencias lógicas y experiencias verificables que producen rupturas en las formas de razonar en una disciplina.

297

* Abogado y catedrático universitario, ex Decano del Colegio de Abogados de Lima en dos periodos. Bachiller, Magíster y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Postgrado en Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid, en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y en Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Zaragoza.

** Abogado y catedrático universitario, ex secretario general del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados Lima y ex asesor del Decanato del Colegio de Abogados de Lima. Bachiller con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, así como de Filosofía en la especialidad de Epistemología por la UNMSM, y Postítulo de Derecho Procesal Constitucional en la PUCP. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El derecho vivió la hegemonía del paradigma iusnaturalista, del paradigma positivista, del paradigma realista; recientemente se establece una crisis de los paradigmas del siglo XX, lanzando la idea de que asistimos a la conformación de un nuevo paradigma jurídico con el surgimiento del neoconstitucionalismo.

¿El neoconstitucionalismo con sus cuestionamientos y alternativas al constitucionalismo moderno, es un aporte de alcance universal, o es un programa que exige a algunos países requisitos para ser asumido como un discurso sin atingencias previas? Ese es el debate que tenemos que procesar *a priori* para asumir sus innovaciones y aportes.

2. Debate teórico: los neoconstitucionalismos

Se entiende por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial, siendo los casos de la Constitución italiana (1947), de Alemania (1949), de Portugal (1976), y de España (1978); en América Latina algunos han querido ver también en ciertos textos un rompimiento con los paradigmas clásicos, como en los casos de la Constitución brasileña de 1988, la colombiana de 1991, caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser esta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos¹.

El mexicano Pedro Salazar Ugarte refiere que el neoconstitucionalismo, «es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa con la finalidad de ofrecer una denotación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica. Y, precisamente por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por

¹ M. CARBONELL (editor), «El neoconstitucionalismo en su laberinto», en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-10.

Nino y Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido»².

Desde la filosofía del derecho se entiende que «la Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad; o Estado de derecho y Estado social; o democracia, participación e inclusión, la Constitución proporciona un contenido sustancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa los valores y principios constitucionales»³.

Se considera que el neoconstitucionalismo surge de la integración activa de dos clásicos modelos constitucionales: el modelo estadounidense y el modelo europeo continental. En el primer caso, nos encontramos con la idea de la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pactos de mínimos para que en un contexto de igualdad los individuos desarrollen sus proyectos de vida dentro del marco de un Estado neutral; en cambio, en el modelo europeo continental la Constitución es nítidamente un proyecto político de transformación social y política⁴ que busca aproximarse a los ideales políticos de la Ilustración francesa, en el sentido de afirmar valores como el de la igualdad y, sobre todo, el de la participación democrática de origen rousseauiano.

299

Luis Cruz describe⁵ que se han dado ciertas ligerezas desde el punto de vista académico, al usar indiscriminadamente, con excesiva amplitud semántica, la expresión neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o,

² P. SALAZAR UGARTE, «El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente». México, UNAM, p. 4, en «www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/239.pdf».

³ C. FARALLI, *La filosofía del derecho contemporáneo*, Madrid, Hispania Libros, 2007, p. 83.

⁴ L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, cap. 1.

⁵ L. M. CRUZ, «La Constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo», en *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 18, Universidad de La Sabana de Colombia, 2009.

a veces también, constitucionalismo a secas, lo que demostraría el poco interés jurídico o no reconocimiento del derecho como una ciencia, con objeto de estudio, método y lenguaje propios. Estamos, pues, ante la búsqueda de una definición precisa. Luis Prieto Sanchís, adoptando el esquema propuesto por Paolo Comanducci, señala cuatro acepciones principales⁶:

- *El neoconstitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX en diversas partes del mundo.*
- *El neoconstitucionalismo puede designar una teoría del derecho, aquella apta para describir o explicar las características de dicho modelo.*
- *El neoconstitucionalismo es la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada.*
- *El neoconstitucionalismo se proyectaría sobre un amplio capítulo que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista.*

Es decir para los profesores Luis Prieto Sanchís y Paolo Comanducci, el neoconstitucionalismo podría abarcar: un tipo de Estado de derecho, una teoría del derecho, una ideología o filosofía política o una forma de definición del derecho. El profesor Luis M. Cruz refiere que el neoconstitucionalismo tiene en Europa dos características, una abstracta y otra material:

300

- *El desarrollo de una teoría.*
- *Una praxis constitucional progresivamente convergente.*

Esta teoría se fundamenta en que la Constitución no es solo un orden normativo, sino que, además, es un orden valorativo, donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales⁷. La influencia reciente que ha tenido este constitucionalismo⁸ en nuestro país es:

⁶ L. PRIETO, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 101-102; y P. COMANDUCCI, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en M. CARBONELL (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 75-87.

⁷ L. CRUZ, *op. cit.*

⁸ En el caso peruano, no podemos hablar de neoconstitucionalismo, ya que no hemos tenido en la historia constitucional un ambiente anterior de irradiación de dere-

- *La validez de la ley depende de un juicio de conformidad con la Constitución.*
- *La Constitución y los principios constitucionales son interpretados por un Tribunal Constitucional.*
- *Una constitución de principios y una doble dimensión (subjetiva y objetiva) de los derechos fundamentales.*
- *Irradiación sobre el derecho ordinario.*
- *Transformación de la legislación.*
- *Ponderación y juicio de proporcionalidad, etc.*
- *Influencia del papel la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y la ciencia del derecho público alemán⁹ (concepción de la Constitución como orden valorativo).*

3. Tipos de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico y metodológico

El profesor Comanducci utiliza esta triada para evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Siguiendo el método de Norberto Bobbio, quien subdividió al positivismo jurídico, lo analiza en tres dimensiones¹⁰: neoconstitucionalismo como teoría del derecho; neoconstitucionalismo como ideología del derecho; y, neoconstitucionalismo como método de análisis del derecho.

301

No obstante, el constitucionalismo no es relevante como teoría del derecho, pues la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es, sin duda, la positivista, y no parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una radical y propuesta teórica diferente.

chos fundamentales como el escenario contemporáneo del Tribunal Constitucional, por lo que este sería nuestro reciente despertar hacia el constitucionalismo. Cfr. R. CHANAMÉ, «Historia de las Constituciones (1812-1993)», en *La Constitución comentada*, 6^o ed., Arequipa, Adrus, 2011.

⁹ R. ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en M. CARBONELL (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 31-32. Traducción de Alfonso García Figueroa.

¹⁰ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1988; y N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

A todo ello el neoconstitucionalismo, no se presenta como una ideología y una corriente metodología alternativa o sustituta, sino como una teoría concurrente con la positivista.

3.1. Neoconstitucionalismo teórico

El neoconstitucionalismo describe los logros de la constitucionalización (libertades públicas, ciudadanía, democracia, etc.). Este modelo de sistema jurídico está caracterizado por los siguientes presupuestos doctrinarios: 1) Constitución «invasora»; 2) positivización de un catálogo de derechos fundamentales; 3) omnipresencia en la Constitución de principios y reglas; 4) hermenéutica propia, como consecuencia de la aplicación preferente de las normas constitucionales y la aplicación de la ley conforme a ellas. Recordemos que la teoría iuspositivista tradicional, se caracterizaba entre otras cosas por el legicentrismo y el formalismo interpretativo, que hoy se presentan insostenibles. Asimismo tenemos tendencias contrapuestas de pensamiento en la teoría neoconstitucionalista:

302

- Es la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo.
- (Punto contrario) El objeto de investigación comporta la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.

El neoconstitucionalismo teórico centra su propio análisis:

- En la estructura y el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional.
- Objeto de investigación: a) el modelo descriptivo de la Constitución como norma; y, b) el modelo axiológico de la Constitución como norma:

a) *Modelo descriptivo de la Constitución como norma.* Este modelo entiende que la Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o costumbres, que son, respecto a las otras, reglas jurídicas fundamentales y por tanto fundantes del ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas.

b) *Modelo axiológico de la Constitución como norma.* La Constitución designa un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un

documento o costumbres, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas (hasta aquí se recalca la definición precedente), «a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor»¹¹. En este modelo, como afirma Dogliani, la Constitución está «cargada de un valor intrínseco: la Constitución es un valor en sí»¹².

Para el profesor Paolo Comanducci, si se adopta el modelo axiológico de Constitución como norma, el constitucionalismo no se presenta tanto como una teoría del derecho sino como una ideología, es decir, el modelo axiológico sería propio de un conjunto de ideas fundamentales que caracterizan el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.

Por otro lado quienes adopten el modelo descriptivo de Constitución como norma entenderán que la Constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, concibe normalmente la interpretación constitucional (al igual que la interpretación de la ley) como una especie del género interpretación jurídica, siendo esta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo. Y, en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de concebir las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Al interior de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores dan también cuenta, desde un punto de vista externo moderado, de la actividad interpretativa de los tribunales constitucionales, los cuales, a su vez, parecen comúnmente asumir no el modelo descriptivo sino el axiológico de Constitución¹³.

¹¹ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p.14.

¹² *Ibid.*, p. 15.

¹³ Para una mayor profundización, véase P. COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, vol. 2, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 111-116.

3.2. Neoconstitucionalismo ideológico

En esta etapa pasa a primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, desplazando a segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, que fue central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX. Paolo Comanducci atribuye esto «por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo»¹⁴. Así podemos ver cómo el neoconstitucionalismo se manifiesta de dos formas:

- *Neoconstitucionalismo de los contrapoderes*. Se recalca la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales.
- *Neoconstitucionalismo de las reglas*. El poder legislativo y el poder judicial están directamente encaminados a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

304

Para Paolo Comanducci, el lazo común del neoconstitucionalismo con el positivismo ideológico del siglo XIX se basaría en la obligación moral de obedecer la ley, ya que el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución, empero nosotros opinamos que esta deducción es errónea, ya que el obedecimiento de la ley para el neoconstitucionalismo se basa en una interpretación *pro homine* de las normas a nivel constitucional e infraconstitucional, cosa que no sucedía con el positivismo, etapa donde el juez es un mero maquinista del sistema legal dado (el juez es boca muda que solo pronuncia las palabras de la ley).

3.3. Neoconstitucionalismo metodológico

El positivismo metodológico indica que es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. No existe conexión necesaria entre derecho y moral. El neoconstitucional-

¹⁴ P. COMANDUCCI (2003), «Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis meta-teórico», *op. cit.*, p. 85.

lismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral (los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral).

Así podemos leer a Mario Bunge, quien analiza desde la filosofía del derecho e indica que en su opinión, «además de compartir cierto terreno común, el derecho y la moral deberían interactuar vigorosamente y, por lo tanto, lo mismo tendrían que hacer sus respectivas filosofías. En los hechos, ambos campos siempre lo hicieron. En efecto, más de una ley se propuso o se derogó con argumentos morales, y algunos códigos morales se perfeccionaron a la luz de la jurisprudencia (baste pensar en la abolición de la esclavitud, el trabajo infantil y la pena capital). Por otra parte, esa interacción es benéfica, porque da al legislador la oportunidad de actuar como reformador moral, y a este voz en la reforma de las leyes. Esto resulta en la moralización del sistema político y la institucionalización de la moral, al mismo tiempo que ambos siguen evolucionando junto con la sociedad»¹⁵. Bunge además plantea un heptálogo en cuanto a los principios: a) un derecho moral es la capacidad de satisfacer una necesidad básica o un deseo legítimo; b) un deber moral exigible es una obligación de ayudar a otra persona a ejercer sus legítimos derechos morales; c) todo derecho moral implica un deber moral; d) una norma moral se justifica si y solo si sostiene necesidades básicas o deseos legítimos, o bien deberes morales exigibles; e) el principio moral supremo es «disfruta de la vida y ayuda a vivir»; f) una norma legal está moralmente justificada si y solo si es consistente con el o los preceptos morales correspondientes; y, g) en caso de conflicto entre normas morales y legales, las primeras deberían tener precedencia sobre las segundas¹⁶.

4. Crítica al neoconstitucionalismo

Tras haber explicado de manera sistemática lo que significa el neoconstitucionalismo tanto en su lenguaje, teoría y objeto de estudio, tenemos que advertir que sin duda, estas innovaciones conllevarán nuevas contradicciones, con mayor incidencia para aquellos que deben fundamentar sus argumentos y decisiones, planteándoles crecientes retos a todos los operadores del derecho, con especial énfasis a los jueces.

¹⁵ M. BUNGE, *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*, 1° ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1999, p. 393.

¹⁶ *Ibid.*, p. 402.

Así, se convierte en peligrosa la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de «ponderación» de los principios constitucionales y de la interpretación «moral» de la Constitución, por lo que el profesor Paolo Comanducci propone:

- a) Que se aplique una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y observada por los jueces).
- b) Que los jueces construyan un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor (según la recomendación de Dworkin o Robert Alexy).

Solo bajo estas condiciones, la creación de principios (por obra del legislador), o la configuración de principios (por obra de los jueces) o de la dogmática, podría reducir la creciente indeterminación del derecho. Por tanto, el juez se enfrenta a un conjunto de dilemas axiológicos y lógicos, que podrían inducir a contradicción, paradojas o amoralidad, e incluso a decisiones disparas, que provoquen errores en un sistema judicial carente de coherencia propiciando la inseguridad jurídica. Paolo Comanducci refiere las principales contradicciones prácticas que surgirían en el ámbito axiológico y la racionalidad:

306

- a) Si existiese una moral objetiva, igual esta no es conocida ni compartida por todos los jueces.
- b) No existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (pluralismo ético).
- c) Los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos.
- d) Los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aun el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

Frente a esto Comanducci concluye que crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, no parecen ser actividades que persigan (como parece creer Dworkin) directamente la certeza del derecho. Finalmente, como se puede advertir la certeza del derecho quedaría confiada a la conciencia moral de cada juez.

Hans Kelsen indicaba que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, y la moral podrían «jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional»¹⁷, por lo que recomendaba «abstenerse de todo este tipo de fraseología»¹⁸ abstracta e indeterminada en las constituciones, en tanto no existan criterios homogéneos o integradores. Francisco Laporta refiere que los jueces no están preparados para esta tarea porque «su razonamiento moral no pasa de ser vulgar»¹⁹, queriendo hacer de un hombre, casi un dios.

5. Neoconstitucionalismo y garantismo

Según el profesor Pedro Salazar Ugarte, quien trata sobre la distinción entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, solamente el garantismo logra ser consistente con el problema descrito, por la diferencia de posiciones que ambas aproximaciones teóricas adoptan frente al tema del positivismo metodológico (el garantismo separa al derecho de la moral, y considera más la unión entre el derecho y la política, al contrario del neoconstitucionalismo que solo une al derecho y la moral). El modelo garantista rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad.

307

Al unir el derecho y la moral, obtenemos que los fundamentos de las decisiones de los jueces se basan en normas morales universales, por lo que debería utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Además, al basarnos en la moral motivada del neoconstitucionalismo, tendríamos problemas con respecto a la selección y elecciones del juez, las cua-

¹⁷ H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 142. Citado por P. SALAZAR UGARTE, «El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente», *op. cit.*, p. 16.

¹⁸ *Ibid.*, p. 142-143.

¹⁹ F. LAPORTA, «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», en *El Cronista*, núm. 0, octubre de 2008, Madrid, p. 49; y R. DWORKIN, «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», en *Isonomía*, núm. 32, abril de 2010, pp. 7-29. Ambos citados por P. SALAZAR UGARTE, «El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente», *op. cit.*, p. 16.

les se sustentarán en sus creencias morales, pudiendo ser estas creencias moralmente incorrectas, o contrarias a los valores compartidos por la mayoría, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etc.

6. El Perú ante el neoconstitucionalismo

Este nuevo programa del derecho constitucional, tal como ha quedado expuesto, ha surgido, madurado y debatido principalmente en los países de Europa occidental y, recientemente, por diversas vías, fue adoptado en algunas de sus proposiciones en América Latina, sin un debate previo esclarecedor que su importancia requiere al ser una nueva teoría que no posee el estatuto de doctrina definitiva.

En los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI, aparece a través de su reflexión el denominado «nuevo constitucionalismo latinoamericano». El neoconstitucionalismo ha madurado en varias décadas en Europa de la postguerra, gracias al desarrollo teórico de reconocidos juristas y a fallos de sus diversos tribunales constitucionales, mientras que nuestros tribunales constitucionales son instituciones que nacen en años recientes, en algunos casos de manera incierta y accidentada, buscando en primer lugar limitar el poder (propio de tradiciones autocráticas) y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales²⁰. Sin duda, las proposiciones del neoconstitucionalismo, como apuntan algunos, tienen vieja data. Lo que ocurre es que la dinámica social y jurídica nos devuelve a un debate que alcanzó proporciones en el siglo XVIII con la crítica kantiana que se superó temporalmente con la emancipación kelseniana de todo supuesto axiológico o valorativo en la norma.

308

El primer Tribunal Constitucional fue creado por los austríacos el 25 de enero de 1919, propuesta por Hans Kelsen²¹, quien en su *Teoría general del derecho y del Estado* plantea la jerarquización de las normas, proponiendo que la

²⁰ En América Latina, el caso más precoz se dio con el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales incorporado en la Constitución cubana de 1940, que duró hasta 1952, siendo una copia de la Carta española de 1931, con pequeñas variantes, empero este Tribunal era una sala del Tribunal Supremo del Poder Judicial.

²¹ La concepción del derecho de Kelsen (1941-1942) fue como «la técnica social específica del orden coercitivo», del mismo modo la de Hart (1961) como «un conjunto

norma suprema es la Constitución y deduce por razones propias de la tradición austriaca y europea en general que este criterio implica la necesidad de una jurisdicción constitucional.

El autor de la *Teoría pura del derecho* propone que un ente distinto del poder judicial, por estar contaminado de una visión de subordinación al orden estatal secular, sea el órgano competente para decidir la anulación de los actos considerados inconstitucionales, naciendo así el Tribunal Constitucional, que él mismo presidió, idea que fue incorporada en diversos ordenamientos jurídico-constitucionales de Europa, como el de España²² o Alemania²³ y posteriormente en América Latina.

En nuestro país nace con la Constitución de 1979, denominándose Tribunal de Garantías Constitucionales, entendido como órgano de control de la Constitución (art. 296º), y con la actual Constitución se denomina Tribunal Constitucional, retirando el término garantías, y se establece igualmente que es el órgano de control de la Constitución. Se define su autonomía e independencia y se indica que será compuesto por siete miembros, a diferencia del tribunal anterior, cuya composición fue de nueve.

309

Pero no siempre todas las decisiones tomadas por el Tribunal han sido coherentes, sino recordemos las sentencias contradictorias, cambios de posturas sin fundamento, paradojas entre sentencias en casos parecidos, copias literales de otros tribunales, abuso en el uso de la autonomía procesal constitucio-

de reglas que constriñen nuestras acciones en la vida cotidiana». Este punto de vista pasa por alto los derechos y los males sociales y no da cabida a las ciencias sociales. Pound lo llamaba «jurisprudencia mecánica». Citados por M. BUNGE, *op. cit.*, pp. 383-384.

²² En España como modelo del austriaco se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1931, que lamentablemente duró muy poco (1933-1936) debido a la precipitación de la guerra civil.

²³ En la época postbélica, en la que nace el concepto de neoconstitucionalismo, tenemos el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*, con sede en Karlsruhe), que viene a ser el órgano constitucional encargado del control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal Alemana, que tiene su nacimiento en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), promulgada el 23 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.

nal sin reglas claras, entre otros temas de discusión, lo cual nos deja ver que aún queda mucho por hacer y edificar aprendiendo de otros, pero racionalizando y adaptando creativamente sus teorías.

Si bien gracias al trabajo del Tribunal Constitucional por primera vez hemos visto la irradiación de los derechos fundamentales en el resto de ramas del derecho, no podemos decir todavía que seamos un Estado de óptimo desarrollo constitucional²⁴. Sería exagerado decir que somos un país plenamente constitucional, porque tenemos una Constitución, un Tribunal Constitucional y hemos avanzado tímidamente en algunos derechos fundamentales. No por estos indudables avances podríamos admitir que hemos cumplido a cabalidad el programa del constitucionalismo moderno, aquellos presupuestos de otros países creadores del constitucionalismo las completaron a través de varios ciclos.

No podemos saltar la etapa de crecimiento y maduración del constitucionalismo europeo; mientras sigamos siendo miméticos y pretendiendo adoptar las teorías constitucionales europeas sin visión crítica en nuestro país (ya que las realidades son distintas) caeremos en la ciega importación, propia de sociedades que se niegan a pensar sus propios razonamientos jurídicos para su singular realidad. No propugnamos abandonar el estudio o lectura de estas fuentes del derecho, lo que decimos es que para poder estar en un Estado constitucional deberíamos comenzar por analizar cuáles son los problemas particulares de un país que ha carecido de un auténtico sentimiento constitucional, que es una larga construcción histórica, sociológica y cultural que demanda consensos colectivos sobre el orden ideal.

Además, este desarrollo constitucional requiere como base cambios institucionales y culturales. Así, Mario Bunge indica que «Ni siquiera la legislación social más avanzada puede cambiar la sociedad por sí sola. Esa legislación es impotente, y de vez en cuando contraproducente, a menos que esté acompa-

²⁴ Si consideramos a las comunidades campesinas, nativas, pueblos ancestrales, y a los poblados más lejanos del país, podremos ver un total abandono del Estado por atender las necesidades básicas de sus habitantes, por lo que podemos afirmar que en esos lugares los principios contenidos en nuestra Constitución Política, son programas incumplidos, demandas insatisfechas, derechos inacabados.

ñada por cambios económicos y culturales capaces de modificar ciertas actitudes y hábitos. Considérese por ejemplo, la ley de edad laboral mínima. Al hacer que el trabajo infantil sea un delito, condena a los niños pobres a trabajar en infames talleres ilegales o a algo peor: la delincuencia, la prostitución o el hambre. Ocurre lo mismo con el divorcio fácil: resuelve problemas conyugales desesperados, pero arroja a las divorciadas sin calificación a la indigencia. Todos los remedios parciales son similares»²⁵.

Nuestro Tribunal Constitucional se encuentra lleno de materia previsional, que no es propiamente lo que debería ver un ente de esta naturaleza. Asimismo, las salas constitucionales del Poder Judicial se concentran a ver este tipo de expedientes que deberían atenderse por otra vía, por lo que se requiere una reelaboración de los tipos de casos que deberían atenderse en vía constitucional. Además, nuestros actuales juzgados constitucionales poseen métodos del derecho positivo y carecen del empoderamiento de lo que es una instancia constitucional, no teniendo formación en derechos humanos, derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, derecho constitucional comparado, análisis lógico, etc., y en todas las innovaciones del derecho constitucional, materias que vienen dictándose muy recientemente en las facultades de derecho y en centros especializados de estudio jurídico del país.

Se debe encarar los aportes del neoconstitucionalismo de manera crítica, guardando las reservas del caso, en aquellos aspectos que corresponden a una evolución teórica sofisticada propia de otras tradiciones históricas, institucionales y culturales. Europa ha creado su tradición desde Grecia hasta el Tratado de Niza, configurando así el neoconstitucionalismo tras dos milenios de evolución institucional; América Latina conmemora recién un bicentenario de creación institucional, jurídica y cultural, haciendo del pasado y el presente un solo tiempo que nos proyecta al porvenir.

Debemos tener presente que al estudiar un *corpus* legal nuestro análisis será superficial, si es que no consideramos que el derecho está dentro de la estructura social. Recurramos a los métodos actuales de la epistemología, la ontología y también a la axiología, para conocer objetivamente los alcances y límites

²⁵M. BUNGE, *op. cit.*, p. 407.

del sistema normativo en nuestra sociedad. Aprovechemos, como Bunge indica, que tenemos algo de lo que nuestros antepasados carecían, a saber, ciencias sociales y socio-tecnologías emergentes, así como el medio de promover su ulterior progreso, esto es, investigaciones más rigurosas. De modo que hay fundamentos para la esperanza²⁶.

²⁶ *Ibid.*, p. 487.