

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Nº 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

PRESENTACIÓN.....	17
-------------------	----

SECCION ESPECIAL
(Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL.....	29
---	----

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA. APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA*	53
---	----

11

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	81
--	----

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL	105
--	-----

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	149
--	-----

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	157
--	-----

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE	181
---	-----

SECCIÓN MISCELÁNEA

Néstor Pedro Sagüés

JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 22 I

Domingo García Belaunde

LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ..... 23 I

Manuel Jesús Miranda Canales

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA.

A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 255

Aníbal Quiroga León

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE.

UNA MIRADA CONSTITUCIONAL 26 I

Pedro A. Hernández Chávez

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO.

APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES..... 285

Óscar Díaz Muñoz

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO... 33 I

Marco A. Huaco Palomino

POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD.

UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ 345

Areli Valencia Vargas

CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS.

APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA..... 379

María Candelaria Quispe Ponce

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH 399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	429
--	-----

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	447
--	-----

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES. APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO	467
---	-----

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL.....	479
--	-----

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA.....	505
---	-----

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA	531
--	-----

13

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD. UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO	549
---	-----

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS.....	563
---	-----

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL. UNA BREVE MIRADA	615
---	-----

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO.....	623
---	-----

SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.

APROPÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC 711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIONES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC (ACUMULADO) 725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020) 735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRIMONIO IGUALITARIO..... 749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-79.....

797

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO..... 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL..... 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL..... 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES..... 883

El rol de los jueces constitucionales en el desarrollo del Estado Constitucional

✍ JOSÉ REYNALDO LÓPEZ VIERA*

1. Introducción

El Derecho Constitucional, el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son ramas jurídicas que hoy en día tienen un desarrollo y una expansión inimaginable en el mundo entero a través de las distintas familias jurídicas. Qué duda cabe que el fenómeno de la constitucionalización del derecho en particular y del Estado y de la sociedad en general es algo que cambia, rompe y modifica paradigmas en los estudiosos y operadores del derecho, acostumbrados en muchos países del derecho romano germánico o civil law –como es el caso nuestro– a la aplicación de la ley sin ninguna observancia previa, sería y eficaz a la Constitución como norma jurídica.

447

Hace mucho tiempo la mayoría de Estados Constitucionales viven lo que se denomina el “fenómeno de la constitucionalización” dentro del cual uno de los aspectos más resaltantes es la subordinación de la ley y cualquier otro tipo de acto estatal e inclusive particular a los principios, valores y derechos que presenta

* Abogado y Politólogo por la UIGV, Maestría en Derecho Constitucional por la UNFV y Estudios de Maestría en Política Jurisdiccional por la PUCP y la Universidad Castilla-La Mancha en España. Director en Perú y Docente visitante del Instituto Español de Investigación y Formación Internacional (INEFIN) con sede en Murcia -España. Catedrático de Pregrado de la Universidad Privada TELESUP, UPN, Cesar Vallejo y Universidad Alas Peruanas de los cursos de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público y Realidad Nacional e Internacional. Catedrático de Postgrado en la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad José Carlos Mariátegui. Docente invitado del Ejército del Perú, Ministerio Público, del Colegio de Abogados de Lima, Callao, etc y diversas Cortes Superiores del Perú. Presidente de la Sociedad Iusfilosofica “Atlantida”. Director del círculo de estudios Político-Constitucional: “Carl Schmitt”.

la Constitución, como un plexo armónico, orgánico y sobre todo directamente efectivo. Lamentablemente, una cosa es la teoría y otra es la realidad, una cosa es el “deber ser” y otra es el “ser” como dice el genial jurista Hans Kelsen. En muchos Estados Constitucionales los problemas acerca de la vulneración de los derechos fundamentales, la corrupción, la ineficacia de los órganos estatales, entre otros se presenta por la falta de este “conocimiento constitucional” que no permite despertar el “espíritu constitucional” en los ciudadanos para que el Estado Constitucional deje de ser irreal y se convierta en una auténtica y bella realidad. El presente artículo tiene como objetivo central dar una mirada analítica y crítica acerca de lo que ha significado la evolución del antiguo Estado de Derecho al moderno Estado Constitucional, en donde el rol de los jueces constitucionales es fundamental en su evolución para que luego de conocer y entender esta, podamos describir los problemas y buscar soluciones en aras de consolidar la finalidad máxima del Estado Constitucional: La defensa de los derechos fundamentales.. Comencemos entonces la descripción breve pero analítica y crítica de esta evolución, objetivo central del presente trabajo.

2. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho

Zagrebelsky¹ nos cuenta cómo nació el Estado de Derecho en el siglo XVIII producto de las ideas liberales que impulsaron la Revolución Francesa en contra del *Machtstaat* (Estado bajo el régimen de fuerza) y el *Polizeistaat* (Estado bajo el régimen de Policía) en donde el poder estaba concentrado en manos de un solo hombre. A raíz de las ideas de Montesquieu (Principio de separación de poderes, principio de legalidad, etc) se crea el Estado de Derecho, en donde ya no se hablaría de un “gobierno de hombres, sino de un gobierno de leyes”.²

En este contexto, aparece la primera Constitución de Francia de 1791. Sin embargo, esta Constitución solo era concebida como norma política porque dentro de ella se encuentra la estructura, organización y funciones de los órganos que conforman la sociedad política y jurídicamente organizada llamada “Estado”. Cabe recordar que, solo como “norma política”, las constituciones no tienen implicancias jurídicas, es decir, son normas “declarativas” en donde si se

1 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. 2009, Madrid-España, pp. 21-45.

2 LOCKE, Jhon (2006). En: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid. Tecnos. PP. 131-142.

incumplen o vulneran, no cabría ningún tipo de sanción a ese incumplimiento o vulneración. Este era el sentido o significado de las constituciones a finales del siglo XVIII, cuando comenzaron a aparecer las primeras constituciones en los países del “*derecho romano-germánico*”³ encabezados por Francia.⁴ En efecto, como se sabe la Constitución más que proteger efectivamente los derechos de las personas, tenía una finalidad eminentemente política: Limitar al poder. Esto dio origen al cambio de Estado, de un Estado Monárquico absolutista, se paso a un Estado Liberal de Derecho, ya no era el “*gobierno de los hombres*” ahora sería “*el gobierno de las leyes*”. Aquí nace, el “Principio de Legalidad” y la supremacía de la ley frente a cualquier acto estatal o particular. Todo ello desembocó en la “Soberanía del Parlamento” que a la larga socavaría los cimientos del propio Estado de Derecho dando paso al actual Estado Constitucional de Derecho. En efecto, influenciados por las tesis del Barón de Montesquieu (en “*Del Espíritu de las Leyes*”) que a su vez estaba inspirado en John Locke (en el “*Tratado sobre el Gobierno Civil*”), los franceses fueron consientes que para limitar el poder absoluto que había ostentado el Monarca, la solución era “dividir el poder” (“Principio de separación de poderes”). El error fue que se creyó de manera ciega, que de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), el Poder Legislativo debería tener supremacía sobre los otros dos, por ostentar la representación popular y eso conllevó a una desnaturalización, en donde la historia demostraría que efectivamente “***ya no era la voluntad arbitraria de uno sino que “era la voluntad arbitraria de unos pocos”***, y ¿Quiénes eran esos pocos? Eran los parlamentarios, y sus creaciones “las leyes”, eran dogmas irrefutables. Esto conllevó a la decadencia del Estado Liberal de Derecho y tuvo consecuencias negativas para el derecho, la sociedad y la historia de los países que tomaron este modelo de manera incuestionable. Con todo ello, el Estado Legal de Derecho tendría que variar, centrar su punto de gravitación en algo más importante que la ley, algo por encima de ella, pues esta era la única manera de detener la supremacía arbitraria del parlamento. Ese cambio

3 Me refiero a los países del “*derecho romano-germánico*” porque en los países de la “*commonwealth*”, el desarrollo y el significado de las Constituciones y, en sí, el sentimiento constitucional fue muy distinto.

4 Francia fue el primer país de la Europa Continental y el segundo en el mundo, en emitir una Constitución escrita, fue la Constitución francesa de 1791. Cabe recordar que la primera Constitución escrita del mundo no fue dada por un país del “*derecho romano-germánico*” sino de un país con raíces en el “*common law*”: EEUU, fue la Constitución de Filadelfia de 1787, que entro en vigor en 1789 y está vigente hasta la actualidad con 27 enmiendas.

de paradigma del Estado de Derecho se da cuando este pasa a convertirse en el Estado Constitucional de Derecho, y con ello por primera vez la ley se encuentra en una relación de adecuación y subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.

La Constitución se vuelve norma jurídica suprema recién después del periodo de *Post Segunda Guerra Mundial*⁵, cuando la mayoría de Estados europeos se percatan que el Estado de Derecho que había originado “*La soberanía Parlamentaria*” no podía seguir vigente o al menos bajo esa misma concepción, pues el modelo había demostrado sus consecuencias negativas, al punto que ni siquiera había servido para limitar el poder y peor aún no había servido para proteger los valores esenciales más importantes del ser humano: Su dignidad y los derechos que derivan de la misma. Casos históricos emblemáticos para demostrar esto se dieron en la Europa de los años 20 y 30 del siglo pasado, pues si se hace un estudio analítico- jurídico del porque de algunos Estados Fascistas en la Europa del siglo XX, podremos observar que en gran parte se debió a este endeble y tergiversado modelo de “Estado Legislativo” en donde las Constituciones no eran más que “pactos de caballeros” y todo lo que regia era la ley como norma suprema. Así se tiene que en vista de ello, los Parlamentos Europeos comenzaron a avalar el poder absolutista de los dictadores a través de las leyes. El caso más emblemático es el de la Alemania Nazi, en donde fue el mismo Parlamento alemán (El “*Reichstag*”) quien le dio “*Plenos poderes a Hitler*” para dictar “*leyes del mismo rango que la Constitución de Weimar*”, es decir, el Estado de Derecho que se había creado para limitar el poder y cuyo máximo exponente era el Supremo Parlamento, contrariamente a su naturaleza, se lo entregaba a un solo hombre para que lo utilizara sin ningún control y con ello se sometía al Ejecutivo, algo que representaba una contradicción tremenda con la propia esencia del Estado Liberal. Obviamente el pretexto era de que ese Parlamento representaba a la mayoría y eso significaba efectivizar la democracia, por eso que nadie podía refutarle nada al Parlamento Alemán y Hitler ejercía el poder absoluto dentro de un “Estado de Derecho”, tan cierto e increíble como suena. Ya sabemos después como termino esta historia.

5 Recuérdese que las Constituciones que proclaman el Estado Constitucional son básicamente las siguientes: Constitución Italiana de 1947, Constitución Alemana de 1949 (Ley Fundamental de Bonn), Constitución Francesa de 1958, Constitución Portuguesa de 1976 y Constitución Española de 1978.

Por ello que cuando los Estados y sus representantes toman conciencia de que el Parlamento debía de tener un límite en sus actos, es necesario que la Constitución se coloque por encima de ella y sea el Juez el encargado de fiscalizar y cumplir dicha situación. Aquí, el “Estado de Derecho Legislativo” pasa a convertirse en “Estado Constitucional de Derecho” y el “Principio de Legalidad” cede frente al “Principio de Supremacía Constitucional”.⁶

3. El constitucionalismo y sus implicancias en el Estado de Derecho

En los principales ordenamientos de los principales países de la Europa Continental (Italia, Alemania, Francia, Portugal y España), a partir de la proliferación de los respectivos Tribunales Constitucionales, se produjo desde la segunda mitad del siglo XX, una progresiva “constitucionalización” del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es “impregnado” o “saturado” por la Constitución. Y, ¿Qué significa esto? Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Siguiendo a Guastini⁷, las principales condiciones de constitucionalización son:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”)
- d) La “sobreinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos)

6 Aquí debemos mencionar que este “Principio de Supremacía Constitucional”, en la actualidad y desde que el “Estado de Derecho” se convierte en “Estado Constitucional de Derecho”, crea instituciones y mecanismos para poder concretizarse en la realidad. En el caso de las instituciones podemos ver a los Tribunales y a las Cortes Constitucionales que si bien habían sido creados antes de la era del Estado Constitucional, recién comienzan a tener protagonismo en esta etapa como los verdaderos guardianes de las constituciones. En el caso de los mecanismos, sin duda alguna tenemos a las garantías constitucionales como los procesos idóneos para lograr salvaguardar eficazmente la Constitución y por ende a los derechos fundamentales.

7 GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento: El caso italiano*. En: *Estudios de teoría constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2001.

- e) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares.
- f) La interpretación adecuadora de las leyes.
- g) La influencia de la Constitución sobre el debate político.

Es menester señalar que, en esencia, la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder, expresados por escrito en instituciones jurídicas. De manera que, la Constitución jurídica ha convertido en derecho la Constitución real, integrada por factores reales de poder, a fin de que nadie pueda atentar contra ellos, porque equivale a un atentado contra la ley y es castigado.

Considero importante recalcar, que la Constitución hace que la realidad social y política cobre un orden, y a través de éste se asegure un mínimo de justicia, puesto que el poder del Estado se ve constreñido a ejercerse con arreglo a la estructura establecida por la Constitución y se evita el ejercicio abusivo del poder Estatal.

452

La norma fundamental es inspirada por una realidad política profunda. Como se explica líneas arriba, existe una relación esencial y básica entre el sistema de normas (factor jurídico) y el sistema de instituciones y decisiones políticas que las inspiró (factor real).

Es importante no olvidar, que si bien hay un aspecto puramente normativo de la Constitución, éste no es separable de los motivos políticos que la engendraron. Pues ambos factores y su relación intrínseca explican el verdadero sentido de una Constitución.

Como se puede apreciar, la constitucionalización del derecho genera una serie de implicancias en la función jurisdiccional. En efecto, hoy en día las nociones básicas del derecho (fuentes, interpretación, validez, etc) vienen siendo revisadas a la luz de la Constitución y sus valores, principios y preceptos que se encuentran dentro de ella (es el canon interpretativo de todo el orden jurídico), componente o situación que no estaba presente cuando en Occidente apareció el Estado de Derecho. El elemento central, entonces, en la estructura del nuevo derecho, esta moldeado por el rol que juega la Constitución. Es una Constitución que condiciona la producción de las demás normas del sistema y que como tal, se presenta como una norma jurídica suprema, al presentarse así, robustece la

imagen del Juez en desmedro de la omnipotencia del legislador que era una característica esencial del Estado de Derecho. Y aquí, surge una revolución jurídica: la reconfiguración de las relaciones entre legislación y jurisdicción, en donde el Juez ya no es mas solo un mero aplicador de la ley⁸, sino que se convierte en un intérprete de la misma, siempre de conformidad con la Constitución.

En ese sentido, la constitucionalización del derecho termina por influir tremendamente en la función jurisdiccional y eso debido básicamente al nuevo rol que ostentan los jueces en este nuevo modelo de Estado.

4. Algunas de características principales del Estado Constitucional y el rol de los jueces

La constitucionalización del derecho termina por influir tremendamente en la función jurisdiccional y eso debido básicamente al nuevo rol que ostentan los jueces en este nuevo modelo de Estado.

4.1. La Constitución como norma política pero también jurídica

En el Estado Constitucional la Constitución es norma política pero también jurídica, porque además de formular la estructura y organización del Estado y señalar las funciones de sus distintos órganos constitucionales, hoy en día es EFECTIVA y se aplica de manera vinculante para todos y ocupa el sitio más importante dentro de la estructura jurídica de un Estado, se encuentra en la cúspide del sistema y subordina a todas las demás normas (leyes, actos administrativos, actos jurisdiccionales) e inclusive regula los actos de los particulares. Es decir, ya no es norma declarativa, hoy es una norma que repliega sus efectos y sus contenidos se deben aplicar a la realidad así no estén desarrollados por las leyes. Siendo así, la Constitución opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa, por un lado, y la identificación, la unidad y la permanencia del orden jurídico, por otro. Si se acepta lo anterior, entonces es fácil percatarse de que no puede haber mucha distancia entre una concepción del orden jurídico

8 Decía el Barón de la Brede y Montesquieu: “Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, en ciertos casos, demasiado rigurosa. **Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes**”. (resaltado y subrayado nuestro). MONTESQUIEU. “*Del Espíritu de las Leyes*”. Traducción y preparación de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1980. Libro XI.

(el concepto y la naturaleza del Derecho) y una concepción de la Constitución (el concepto y la naturaleza de la Constitución). Si ello es así, entonces la teoría de la Constitución se convierte en un fragmento central de la teoría del Derecho y sobre ella se proyectan directamente muchas de las disputas sobre la naturaleza del Derecho⁹.

4.2. Los derechos fundamentales como preceptos primordiales en el Estado Constitucional y la jerarquía igualitaria entre los órganos del Estado:

Con respecto a los derechos fundamentales¹⁰, tenemos claro que estos son los valores esenciales más importantes dentro del esquema del Estado Constitucional: Son el objeto y fin del mismo. Los derechos ya no son concebidos como meras normas preceptivas, sino como principios que exigen un máximo desarrollo de optimización por parte de todos los órganos estatales y no estatales de un Estado¹¹. Los derechos fundamentales legitiman la organización estatal, al constituir el “mínimo de moralidad” exigible a todo derecho¹². La supremacía de la Constitución garantiza que los derechos contenidos en las constituciones no se vean cancelados o vaciados de contenido en el proceso político a través de la actuación de la legislación. Por ello, la garantía de la jurisdicción constitucional supone un control desde el Derecho de defensa, tanto de la primacía constitucional como también en defensa de los derechos. Por ello, una Constitución debe incluir una lista o catálogo de derechos fundamentales, que por supuesto -en vista de los cambios que se presentan en la realidad hoy más que nunca por situaciones como la globalización, la tecnología, etc- no puede ser cerrado sino solo enunciativo¹³, pero siempre tratando también de tener un fundamento claro, concreto y

9 AGUILO, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 23 y 24.

10 Dejamos en claro que “derechos fundamentales” para nosotros es sinónimo de “derechos constitucionales”, pues la misma Constitución a través del artículo 3º les da a los derechos fundamentales, a los derechos civiles y políticos, y a los derechos económicos sociales y culturales el mismo rango y para nada los excluye.

11 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción hecha por Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007..

12 PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Dickinson, Universidad Carlos III, 2005.

13 Es el caso de nuestra Constitución de 1993, que a través de su artículo 3º, conocido en doctrina como “*clausula numerus apertus*”, permite la incorporación de otros derechos fundamentales que se deriven de la dignidad humana, estado, democrático, forma republicana de gobierno y soberanía

esencial del por qué se debe decir que ha nacido un “*nuevo derecho fundamental*”, y en esto el legislador y sobre todo la jurisdicción constitucional jugaran un papel trascendental para evitar que en base a esto se genere una “inflación de derechos” que obviamente los terminaría desnaturalizando.¹⁴ Con respecto a la estructura del Estado, debemos precisar que en las Constituciones están determinadas las competencias generales y elementales de todos los órganos constitucionales, en donde ninguno goza de supremacía frente a los demás, sino que todos se encuentran en la misma jerarquía, plasmando un verdadero “*check and balance*” o “*pesos y contrapesos*”.¹⁵

Este último carácter de la Constitución, como protectora de los derechos humanos, es muy importante, pues el Estado democrático, es un Estado de Derecho, el cual presupone la limitación del Estado por acción de las leyes y por ende, entendemos que el Poder es admisible solamente con un ordenamiento jurídico de garantías.

De manera sencilla entonces, podemos definir a la Constitución como un cuerpo de normas jurídicas fundamentales que contienen los derechos esenciales de las personas y que determinan la organización del Estado. De lo cual se deduce que, la Constitución constituye la base del ordenamiento jurídico-político de un Estado y por ello, es el instrumento que canaliza las fuerzas políticas y organiza la vida política del Estado.

popular. Cabe resaltar que esta cláusula tiene antecedente en nuestra Constitución de 1979. Sin embargo, a nivel mundial el primer país en incluir una cláusula de este tipo en su Carta Fundamental, fueron los EEUU en 1791 a través de su Novena Enmienda de la Constitución de 1787.

- 14 El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia a citado este artículo 3° y mediante el mismo ha deducido nuevos derechos fundamentales, sin embargo, según la doctrina especializada, aun falta mucho por desarrollar en este tema, pues nuestro Tribunal no ha sido muy claro en determinar la diferencia entre “derechos nuevos” y “contenidos nuevos de derechos viejos”, ni tampoco cuales serian los requisitos indispensables para catalogar a un “derecho” como un “derecho fundamental” y en consecuencia, darle protección y cobertura constitucional.
- 15 Cierta sector de la doctrina señala que aun no existiendo jerarquía entre los órganos constitucionales en la Constitución, en la praxis los Tribunales o Cortes Constitucionales hoy en día si gozan de cierta posición privilegiada frente a los demás órganos, pues resuelven los conflictos de competencias entre ellos, pueden determinar la validez o invalidez constitucional de los actos emitidos por los demás órganos (legislativo, ejecutivo, judicial, etc) y asimismo, sus actos jurisdiccionales no son revisables por ningún otro órgano estatal. Nosotros creemos que esta polémica enciende encarnizados debates sobre la posición, naturaleza y competencias de los Tribunales Constitucionales, que no es menester tratar en el presente trabajo.

4.3. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

Asimismo, a los derechos fundamentales y a los preceptos que versan sobre la estructura del Estado, debemos añadir las garantías constitucionales como forma de protección de la supremacía y eficacia de los derechos fundamentales, pues sin procesos de este tipo sería ingenuo pensar en un verdadero y real Estado Constitucional que tiene como punto de partida una Constitución eficaz, vinculante y de aplicación inmediata. Pero sin duda, esto genera reticencias por parte de los aun defensores de la supremacía parlamentaria. En efecto, hay muchas voces que señalan que es difícil comprender que un Tribunal Constitucional o un Poder Judicial que no tienen representación directa del pueblo, terminen invalidando o decidiendo por encima de las leyes emanadas del Parlamento que si ostenta la representación popular. Sin embargo, este problema más que todo se encuentra presente en los países del derecho occidental, pues en los países del derecho anglosajón, la situación es distinta. Básicamente la diferencia entre estos dos grupos radica en la tarea o la idea que se tiene del rol del Juez en cada familia jurídica. Mientras en los países del derecho anglosajón siempre se tuvo la imagen de un juez como creador del derecho en concordancia con el legislador¹⁶, en los países de la Europa continental como Francia por ejemplo, se tuvo la creencia errada y absolutista que solo era el legislador quien creaba derecho, pues el Juez solo se limitaba a aplicarla y en ningún caso podía interpretarla. Como se puede apreciar entonces, el fenómeno de la constitucionalización genera todo un cambio paradigmático dentro del sistema jurídico-estatal. Es allí entonces donde al disminuir la supremacía de los Parlamentos, estos pasan a tener un control de sus creaciones por parte de otros órganos del Estado, llámese Tribunal Constitucional y Poder Judicial, y eso genera unos “celos prejuiciosos del representante del pueblo (el parlamento)” pero que más que nada tienen que ver con la “falta de control alguno” con el que los parlamentos contaban en el pasado, en el Estado Liberal de Derecho. Y justamente, para defender su posición, se ha creado la idea de que el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, es contrario a

16 Está bastante claro, que en estos países del derecho anglosajón, tanto en Inglaterra como en los EEUU, se entendía que: “*El legislador crea el dispositivo, pero el Juez es quien crea la norma*”. Es decir, se tenía muy distinguidas ambas funciones, pues el legislador crea el dispositivo legal pero él no es quien lo aplica, es el Juez quien lo aplica y por ende él es el encargado de darle un significado a ese dispositivo a la luz del caso en concreto. Por tanto, los dos –tanto legislador como Juez- crean el derecho, algo que en Francia a finales del Siglo XVIII era totalmente impensable.

la Democracia, pues se dice que un Poder Judicial o un Tribunal Constitucional no representan el poder soberano del pueblo que si se encuentra perfectamente representado en el Parlamento, tesis que considero errada pues “Control Judicial de constitucionalidad” y “democracia” pueden ir de la mano y no solo pueden, sino que deben ir de la mano pues se necesitan recíprocamente para poder existir la una y la otra de manera efectiva. Ya ha quedado demostrado líneas arriba y en la lectura también se hace referencia a esto, que la supremacía del Parlamento y el no control de sus actos por parte de otros órganos genera arbitrariedad y el pretexto perfecto es la “voluntad de la mayoría”, ocasionando consecuencias totalmente contrarias a la democracia. Hoy en día, la forma de concebir la democracia dista de ser la que se tuvo en el Estado Legal de Derecho, pues la democracia hoy se entiende como ***“el gobierno de la mayoría, pero con respeto pleno a las minorías”*** y en ese sentido, allí también entra la importancia de los órganos jurisdiccionales, haciendo que los derechos fundamentales no solo sean efectivos para las mayorías sino también para las minorías, es decir, se evita la dictadura de las mayorías y con eso tenemos como resultado una Democracia de avanzada, una democracia para todos, en donde el control constitucional jurisdiccional de las leyes se convierte en portaestandarte de la efectividad de los derechos fundamentales para todos y no solo para un grupo mayoritario, en desmedro de un grupo minoritario.

5. La aparición del Derecho Procesal Constitucional producto de la consagración del Estado Constitucional de Derecho

El Derecho Procesal Constitucional, como nueva disciplina, tiene su precedente en la denominada “jurisdicción constitucional” o “justicia constitucional”, esto es, aquella materia que permite la realización del Derecho Constitucional en su dimensión fáctica de supremacía y control, a través de procedimientos ágiles que garanticen la tutela de los derechos fundamentales y la salvaguarda del principio de supremacía constitucional.

A diferencia del Control Político de constitucionalidad que se basa en razones de oportunidad y conveniencia, la Defensa Jurisdiccional de la Constitución asume una orientación exclusivamente técnica. Tiene su lógica en la idea de impedir la ruptura de la coherencia interna del ordenamiento constitucional.

Mediante la Jurisdicción Constitucional se asegura el cumplimiento del orden jurídico, en la medida que las normas y los actos de los detentadores del

poder se adecúan a los mandatos y los principios de la Constitución; en la medida que se delimita el área de aplicación de las leyes y se garantiza la prevalencia de la Constitución sobre la norma ordinaria. Como bien dice Lucas Verdú, la jurisdicción constitucional “*significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo*”.¹⁷

Kelsen en su Teoría General del Derecho y del Estado, había sostenido que el orden jurídico personificado por el Estado, no es un sistema de normas coordinados entre sí que se hallen yuxtapuestas o en un mismo nivel. Lo que caracteriza al sistema es más bien la relación jerárquica entre distintos niveles de normas, cuya unidad está dada por qué la creación de la norma más baja en el grado inferior está determinada por otra de grado superior que, a su vez, está condicionada en su creación por otra de mayor jerarquía. La unidad del sistema se basa en que este regreso concluye en la Constitución como la norma hipotética fundante que representa la validez de todo el orden jurídico.

458

Es por ello, que para garantizar la supremacía de la Constitución, como la norma fundamental que establece los grados de producción y aplicación del derecho –parámetro de validez- el constitucionalismo ha ideado dos modelos de jurisdicción constitucional, que sin ser los únicos, son los primeros y originarios de los cuales nacen los demás: el difuso y el concentrado.

Asimismo, como podemos observar, en nuestro país y en América Latina, ya se impuso el nombre de “Derecho Procesal Constitucional”, casi por completo, surgiendo así una nueva disciplina jurídica, con un *nomen iuris*, que creemos es el correcto por ser el más amplio y sobre todo el más completo; y el nombre de “Jurisdicción Constitucional” *stricto sensu* o en su significado restringido (como debe ser), ha sido reemplazado y además, replanteado para ser considerado como uno de los capítulos de aquella, como pensamos es lo más adecuado.

A la luz de la realidad, como bien se ha descrito, en los últimos años se sistematizó la nueva disciplina jurídica llamada Derecho Procesal Constitucional, que conllevó a un replanteamiento de la Jurisdicción Constitucional que, a la vez, cedió su lugar a la nueva rama jurídica.

17 LUCAS VERDÚ, Pablo (1983) “Curso de Derecho Político”, Tecnos S.A., T. II, P. 687

Desde esta perspectiva entonces, cuando en su oportunidad se hizo la clasificación de los contenidos de la Jurisdicción Constitucional, según la tesis del gran jurista *Mauro Cappelletti*¹⁸, nos damos cuenta que como bien nos dice el maestro *García Belaunde*¹⁹ estos contenidos son válidos y plenamente aceptados en la medida de que hablemos de “jurisdicción” o “justicia constitucional” o equivalentes en sentido amplio. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción *stricto sensu*, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esta tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un “Derecho Procesal Constitucional”. Y tal clasificación tripartita, iniciada por *Cappelletti*, válida en su momento, pierde hoy su valor científico, si bien, por comodidad, se sigue utilizando.

En consecuencia la Jurisdicción Constitucional *stricto sensu* paso a integrar y ser uno de los contenidos del Derecho Procesal Constitucional (pues la Jurisdicción Constitucional, como parte del Derecho Procesal Constitucional y de acuerdo con la opinión de *García Belaunde*, se encargaría de estudiar y analizar los distintos modelos o sistemas existentes, entre otros temas, que más adelante desarrollaremos). Es por ello que los contenidos de la Jurisdicción Constitucional -entendida en sentido amplio-, pasaron a formar parte de otro elemento integrante del Derecho Procesal Constitucional: Los Procesos Constitucionales.

Bajo esta concepción, entonces, como bien señala la doctrina mayoritaria, ya no nos vamos a referir a los Contenidos de la Jurisdicción Constitucional, sino a la clasificación de los Procesos Constitucionales en: Procesos Constitucionales

18 Hablar de los contenidos de la jurisdicción constitucional durante el período que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta hace algunos años, es hablar en sí de la sistematización -aceptada por unanimidad por la doctrina- enunciada por *Mauro Cappelletti* y afinada por *Fix- Zamudio*, que se basa en una concepción tripartita que se desarrolla considerando los aspectos tanto subjetivo como objetivo de la jurisdicción constitucional. Estos tres aspectos, además, se separaran sólo para efectos de estudio, pero en la práctica están estrechamente relacionados. La diferencia de estos, radica en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; pero principalmente en su pretensión. De acuerdo a ello, los contenidos de la Jurisdicción Constitucional serían, de acuerdo con *Cappelletti* y *Fix*, los siguientes: La Jurisdicción constitucional de la libertad, la Jurisdicción Constitucional Orgánica y la Jurisdicción Constitucional Comunitaria o Internacional.

19 GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2001) “Derecho Procesal Constitucional”, Editorial TEMIS S.A., P. 26.

de la Libertad (antes: Jurisdicción Constitucional de la libertad) y los Procesos Constitucionales Orgánicos (antes: Jurisdicción Constitucional orgánica). Nuestro Código Procesal Constitucional también se refiere a ellos bajo la denominación de “Procesos Constitucionales” y ya no de “Acciones de Garantía”, como se refiere nuestra Constitución de 1993.

En cuanto al tercer contenido de la Jurisdicción Constitucional denominado “Jurisdicción Constitucional Comunitaria e Internacional”, hay una discusión actualmente en la doctrina, en cuanto a donde debe estar contenida, si en el Derecho Procesal Constitucional o en el Derecho Internacional Público y más exactamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ejemplo, *García Belaunde* nos dice que: “...este tercer contenido completaba los dos anteriores y era bueno establecerlo así, dada la estrechez y relación cada vez mayor entre los ordenamientos internos y los de carácter supranacional o transnacional; pero todo ello era correcto en la medida de que la Jurisdicción Constitucional no era propiamente una disciplina jurídica y más se constituía en un empeño académico. Pero cuando la Jurisdicción Constitucional y sus temas, por el hecho de su crecimiento vertiginoso, adquieren una fisonomía adecuada y se enrola, con todas sus consecuencias teóricas y prácticas, en la teoría general del proceso, que es la parte básica y fundante del Derecho Procesal como ciencia, entonces, surge el Derecho Procesal Constitucional, que, como se sabe, es una disciplina de derecho público interno, aun cuando vinculada con el entorno internacional. Pero aquella parte denominada “Jurisdicción Constitucional Internacional”, al tomar una forma adecuada, debe insertarse en la problemática internacional, y en consecuencia, enrolarse en el Derecho Internacional Público, en donde se desarrolla y crece armónicamente y al que en rigor pertenece. Y dentro del derecho externo, se ubican no sólo el clásico Derecho Internacional Público, con todas sus ramas y contenidos, sino además, el Derecho Internacional Comunitario, el Derecho Internacional Humanitario y el más reciente Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta suerte, el grueso sector de la Jurisdicción Constitucional Supranacional, desaparece y se aloja, con los rigores del caso, en dicho sector internacional del derecho, y básicamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”

Está claro que, el Derecho Procesal Constitucional tiene entre sus diversas funciones desarrollar los procesos constitucionales que se encuentran en la Constitución, y, por ejemplo, en nuestro país, encontramos la Jurisdicción Constitucional Internacional claramente establecida en nuestra Constitución

Política²⁰ y también en nuestro Código Procesal Constitucional²¹; además porque el Derecho Procesal Constitucional tiene como finalidad primordial mantener la vigencia de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución, pero si en el caso del Perú o de cualquier nación, está tutela es denegada por parte de las instancias jurisdiccionales internas, es obligación de esta disciplina jurídica ahondar y dar a conocer cuáles son los instrumentos internacionales de los que se podrá valer la persona afectada para hacer efectiva la tutela de sus derechos en las instancias internacionales de las cuales el Perú forme parte, tal como lo señala la Constitución y el Código Procesal Constitucional. Por otro lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene que tomar vital importancia al estudio de la Jurisdicción Internacional porque justamente, es que, a través de ella, va cumplir su objetivo fundamental: La de salvaguardar y proteger todos los Derechos Humanos establecidos en los distintos tratados adoptados por los Sujetos de Derecho Internacional y que constituyen principios generales del Derecho, para impedir, de esta manera, que las personas sean violentadas ya sea por los Estados o por otras personas. Es por estas razones que considero, que la llamada “Jurisdicción Constitucional Internacional” sea estudiada por ambas ramas jurídicas de derecho interno y externo.

461

Ahora, como bien hemos analizado, el contenido de la Jurisdicción Constitucional paso a ser el contenido o clasificación de los Procesos Constitucionales, a partir de la aparición del Derecho Procesal Constitucional como rama jurídica, de la cual la Jurisdicción Constitucional formaba parte. Por lo que tenemos:

- Procesos Constitucionales de la Libertad (antes: Jurisdicción Constitucional de la libertad)
- Procesos Constitucionales Orgánicos (antes: Jurisdicción Constitucional orgánica); y porque no,

20 Constitución Política del Perú, Artículo 205: “Agotada la Jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”

21 Código Procesal Constitucional, Artículo 114: “Para los efectos de lo establecido en el artículo 205º de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú”.

- Procesos Constitucionales Internacionales (antes: Jurisdicción Constitucional Internacional o Transnacional)

De acuerdo a esto, habrá que distinguir entre las diversas modalidades que se dan en los países con respecto a estos procesos, sobre todo en el caso de América Latina, donde se han desarrollado y enriquecido, dándoles matices distintos que los diferencian de los existentes en Europa. Por otro lado, hay que recalcar la diferencia que existe entre los Procesos que nacen en la Constitución en forma expresa para cautelar valores o principios constitucionales, de aquellos mecanismos, de carácter incidental, que también sirven para proteger la constitucionalidad, como es el caso de la inaplicación de normas o *Judicial Review* que rige en los Estados Unidos. Para lo doctrina la *Judicial Review* es una técnica jurídica que opera dentro de un proceso, que no necesariamente es constitucional; por lo que no podemos considerarla en sí como un proceso, sino como una técnica.

En consecuencia, del artículo 200° de la Constitución Política del Perú y el actual Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales en el Perú se clasifican de la siguiente manera:

462

- a) Procesos Constitucionales de la Libertad: Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Proceso de Cumplimiento.
- b) Procesos Constitucionales Orgánicos: Inconstitucionalidad, Acción Popular y Proceso Competencial.
- c) Procesos Constitucionales Internacionales: Sistema Universal (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) y Sistema Regional Americano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

6. Conclusiones y algunas apreciaciones críticas sobre el rol de los jueces en el Estado Constitucional

En ese sentido, con respecto a este fenómeno analizado en líneas superiores, paso a dar algunas conclusiones:

- a) Efectivamente, el Estado Constitucional reconfigura las nociones básicas del derecho pues hoy existe un “canon interpretativo” para todas las normas, actos estatales y particulares que serán validos en la medida de que respeten ese canon que es la Constitución.

- b) En la figura del Estado de Derecho, anterior al Estado Constitucional, el parámetro de validez de las normas era la ley y la Constitución solo era una norma política, que servía para limitar el poder pero que no poseía efectos vinculantes²².
- c) Que la Constitución se torne en la norma suprema, implica la reconfiguración de la relación entre el Juez y el Legislador, pues la supremacía de este último cae en desmedro a favor del primero.

Estoy de acuerdo de que en el Estado Constitucional el legislador ya no puede seguir detentando ese poder omnímodo que poseía en el Estado de Derecho y que trajo consecuencias negativas al punto de desnaturalizar la propia esencia del Estado de Derecho. Pero, no se debe permitir que bajo pretexto de salvaguarda de la Constitución como norma suprema y por ende el sometimiento del legislador a ella, saquemos a relucir la imagen excesivamente del Juez y que este pase a tomar la posición que antes tenía el legislador, como autoridad soberana, arbitraria e ilimitada, por ello hay que tener cuidado con que se termine por desnaturalizar la propia esencia del Estado de Derecho Constitucional dejando todo en manos de un Juez, como en antaño el Estado de Derecho dejó todo en manos del legislador.

463

En ese sentido, no puedo dejar de preocuparme con el abuso que los jueces pueden ejercer de su nuevo rol, so pretexto de ejercer el control constitucional de las leyes y de salvaguardar a la Constitución como norma suprema, le delegemos tanta confianza al punto de que este se comience a atribuir facultades omnímodas como lo hizo el legislador de antaño.²³ Eso sí sería contraprudente para el propio Estado Constitucional, pues pasaríamos a estar en un peligro latente de que los jueces —y sobre todo los constitucionales— empiecen a creer tener un poder

22 Bastaría dar una *miriada* a las obras de los autores que postularon y forjaron los cimientos del Estado de Derecho (*Locke, Montesquieu o Rousseau*) y sus respectivas obras para darnos cuenta que ellos en ningún momento tomaron a la Constitución como una fuente jurídica que subordinaría a las demás normas, sino que solo la tomaron como una norma política que se encargaría de limitar al poder y nada más.

23 Aquí es importante señalar lo que el propio Tocqueville ya había referido: “*Ahora bien, mientras más necesario es que un poder sea fuerte, es más preciso darle extensión e independencia. Cuanto más extenso e independiente es un poder, más peligroso es el abuso que se puede hacer de él. El origen del mal no está en la constitución de ese poder, sino en la constitución misma del Estado que necesita la existencia de ese poder*”. (el resaltado y subrayado es nuestro) TOCQUEVILLE, Alexis de, ob. Cit. P. 148.

omnímodo y comiencen a aplicar las tesis que los Jueces Supremos de EEUU tenían hace muchos atrás: “*La Constitución es lo que los Jueces Supremos dice que es*”. Eso a mi criterio, sería usurpar de manera temible el Poder Constituyente que descansa en el pueblo.

Como bien advierte el profesor García Amado preocupándose por esta situación: “Pero en un Estado Constitucional y de Derecho no puede hacerse de la Constitución el depósito de las supremas verdades morales omniabarcadoras y con capacidad de producir solución por si para cualquier cuestión, concretadas por los jueces y los tribunales constitucionales a base de enmendar al legislador en razón de la justicia de cada caso concreto y haciendo, de este modo, ocioso el juego de la política y vano el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos”. (el resaltado y subrayado es nuestro)²⁴



Bibliografía

- ALEX, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993
- CASTILLO CORDOVA, Luis. «*El Tribunal Constitucional como creador de derecho constitucional*». En Luis Sáenz Dávalos. El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional, número 3. Lima: Palestra, 2007
- CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. GRIJELY. Lima. 2009
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Controles Descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarleque*. En: JUS Constitucional N° 1. GRIJLEY. Lima. 2008
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo*. En: *Advocatus*. Lima. 2003.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. México, Porrúa e IMDPC. 2008.
- GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento: El caso italiano*. En: *Estudios de teoría constitucional*, IIJ-UNAM, México, 2001.

24 En: ZAVALA EGAS, Jorge. 2010) *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Tomado del Blog *Dura Lex*. Editorial, EDILEX SA. Quito, pp. 523 y ss.

LOPEZ VIERA, José Reynaldo y QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Los Procesos Constitucionales*. APECC. Lima. 2015.

LOPEZ VIERA, José Reynaldo. *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Instituciones básicas y modernas*. APECC. Lima. 2015.

LUCAS VERDU, Pablo. “Curso de Derecho Político”, Tecnos S.A., T. II, 1983.

MONTESQUIEU. “*Del Espíritu de las Leyes*”. Traducción y preparación de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1980. Libro XI.

PACHECO, Toribio. *Cuestiones Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta. 2009, Madrid-España

ZAVALA EGAS, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Tomado del Blog *Dura Lex*. Editorial, EDILEX SA. Quito. 2010.