

La constitucionalidad y la democracia*

 VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA

Sumario

187

I. LA CONSTITUCIONALIDAD. I.1. CONCEPTUALIZACIÓN. I.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. I.3. CONTROL CONSTITUCIONAL. I.4. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. I.5. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONSTITUCIONALIDAD. II. LA DEMOCRACIA. II.1. LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA DEMOCRACIA. II.2. LA DEMOCRACIA COMO SISTEMA.

La constitucionalidad implica la plenitud del ordenamiento jurídico de un Estado, cuyo funcionamiento garantiza el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos, la adecuada operatividad de los órganos del Estado y un marco de paz, desarrollo y justicia para toda una colectividad nacional. En otras palabras, la constitucionalidad está llamada a convertirse en el sustento de una verdadera democracia.

Por ello, lo primero que puede plantearse cualquier ciudadano es si la constitucionalidad existe o es un ideal y, si es tal, en qué medida podemos acercarnos a ella. Todo esto merece un análisis más detallado.

* Publicado originalmente en *IURA. Revista Oficial de Investigación Científica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego*, s/a, s/f. La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* agradece al doctor Víctor Julio Ortecho Villena y a su familia por el envío del presente artículo.

I. LA CONSTITUCIONALIDAD

I.1. Conceptualización

La constitucionalidad es una categoría político-jurídica que implica la existencia de una Constitución en un determinado Estado, que esté vigente, que se aplique plenamente y que se la respete.

I.2. Fundamentos jurídicos

a) Supremacía constitucional

La Constitución contiene las normas supremas por sobre el resto de las normas, dado que son básicas y fundantes del ordenamiento jurídico, además, porque provienen de un organismo extraordinario que las aprobó, como es el poder constituyente.

b) Jerarquía de las normas jurídicas

Si las normas contenidas en la Constitución son normas superiores, las normas legales y las normas administrativas son inferiores, lo cual da lugar al principio o fundamento de la jerarquía de normas. De manera semejante a lo que sucede en la jerarquía castrense, existe un principio de superioridad y uno de subordinación.

c) Inviolabilidad constitucional

Del principio anterior se desprende la prohibición de atentar contra la jerarquía y, por tanto, no se puede transgredir las normas superiores mediante normas inferiores. Esto bajo el riesgo de que, si en ello se incurre, la norma transgresora deviene en inconstitucional o en ilegal y, por ende, esta podrá ser derogada o nulificada, según se trate de normas legales o normas administrativas.

I.3. Control constitucional

Para que la meta ideal de la constitucionalidad se acerque a la realidad, se hace imperativo el control constitucional. En esta tarea está comprometido el poder constituido, que debe vigilar lo que le ha delegado el poder constituyente. En las tareas de control, debe ponerse en práctica el sustento de la separación de poderes, que propugna el mutuo control entre tales poderes.

Veamos resumidamente las formas de control que se practican en el Perú y cuáles son sus deficiencias:

a) Control político parlamentario

Bien es sabido que a lo largo del siglo XX, en diferentes países de occidente —y, por tanto, en el nuestro—, el Poder Legislativo no solo tiene la originaria y tradicional función legisferante, sino también —y casi en igual proporción— la tarea fiscalizadora del funcionamiento de los demás órganos del Estado (órganos centrales, descentralizados y órganos constitucionales autónomos).

En nuestro país, actualmente con un sistema unicameral, el Congreso tiene los siguientes niveles de control: comisiones especiales que pueden investigar hechos irregulares cometidos por cualquiera de los otros órganos del Estado, de sus representantes o de sus funcionarios. Terminadas tales investigaciones, se dará cuenta sobre ellas al Congreso y este les dará el curso legal correspondiente.

Otro tipo de control es el de la interpelación ministerial, mediante la cual se convoca a un ministro que debe responder por lo irregular sucedido en el ámbito ministerial bajo su cargo, a fin de que asuma la responsabilidad política si se concluye que efectivamente lo ocurrido fue irregular.

Los tipos más elevados de control político o parlamentario son el antejuicio y el juicio político. Estos procedimientos parlamentarios apuntan a los más altos cargos, como el de presidente de la República, de parlamentarios, fiscal de la nación, miembros del Tribunal Constitucional o vocales supremos.

189

El antejuicio procede cuando cualquiera de los altos funcionarios anteriormente señalados incurre en la comisión de delitos durante el ejercicio de su cargo (si los cometen fuera del ejercicio de sus cargos, y tratándose de parlamentarios, procede simplemente el desafuero).

En principio, este derecho especial les asiste antes de que se establezca la procedencia para que sus casos pasen al fiscal de la nación, y que este formule la respectiva denuncia ante el Poder Judicial. El juicio político (que anteriormente no estaba prescrito en el Perú), en cambio, procede contra cualquiera de esos altos funcionarios que cometen una seria infracción a la Constitución. En estos casos, es el propio Congreso el que los juzga y la medida sancionadora la toma el pleno de dicho órgano legislativo. El caso más sonado sucedió en el año 2001, contra el expresidente Alberto Fujimori, quien abandonó el cargo a consecuencia de la crisis que confrontó por haberse descubierto la corrupción en que estaba involucrado, y envió su renuncia mediante fax desde Japón. La sanción que le aplicó el Congreso fue la pérdida de sus derechos políticos por el término de diez años.

b) Control jurisdiccional

Es aquel que corre a cargo de los órganos jurisdiccionales, como es el Poder Judicial, que principalmente debe velar por el respeto a la Constitución frente a actos u omisiones. Ello mediante el conocimiento y resoluciones sobre acciones de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y la acción de cumplimiento.

Y, tratándose del control de normas, el Tribunal Constitucional es el que conoce en definitiva y última instancia las acciones de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento. También conoce sobre los conflictos de competencia o procesos competenciales.

c) Controles especiales

El prestigioso jurista argentino Pedro Néstor Sagües los denomina controles especiales y, al mismo tiempo, distingue entre ellos el control del Ejecutivo y el control electoral. Estas formas especiales también son aplicables en el Perú, cuyos alcances podemos apreciar a continuación:

- i. Control del Ejecutivo. Es el que puede realizar el presidente de la República en la etapa de promulgación de una ley, mediante la observación de ella. Pero esta observación se produce cuando el jefe de Estado considera que la norma de la materia contraviene a la Constitución.

Ciertamente, los últimos presidentes han hecho uso del veto relativo al observar por el fondo la ley a promulgarse, cuando, por ejemplo, dicha ley no concuerda con los compromisos que tiene el Estado con otros países. En estos casos, no se trata de proteger a la Constitución.

- ii. Control electoral. Se refiere concretamente al referéndum a través del cual se le pide a la ciudadanía que, mediante el voto, apruebe una medida jurídica. Se dio un caso, por ejemplo, durante el último gobierno de Alan García, cuando se sometió a referéndum la devolución del aporte de los ciudadanos para el FONAVI, el cual fue creado para promover los programas de vivienda y al cual los sucesivos gobiernos le dieron otra aplicación.

d) Control social

Aparte de los controles formales señalados anteriormente, existen otros que no tienen una denominación expresa, pero que se realizan dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico. Los denominamos en conjunto como control social, porque de una u otra manera lo ejerce la sociedad civil.

Uno de esos controles lo realizan los medios periodísticos, ya sea el escrito (periódicos), la palabra (la radio) o la imagen (la televisión), que con sus denuncias, comentarios e investigaciones efectúan una especie de fiscalización de los actos que vulneran el ordenamiento jurídico y, consiguientemente, atentan contra la constitucionalidad.

Otro es el que realizan los partidos políticos de oposición, las organizaciones gremiales y los colegios profesionales —como el de abogados— que forman parte de la sociedad.

I.4. El Estado constitucional de derecho

En el caso de nuestro país, como ocurre desde hace buen tiempo en varios países europeos y algunos latinoamericanos, el nivel y la forma de control jurisdiccional al que hemos hecho referencia anteriormente se realiza ahora dentro del marco más desarrollado y especializado, que es el Estado constitucional de derecho (y que ha superado al simple Estado de derecho).

Este Estado constitucional de derecho tiene dos pilares de sustentación: la supremacía constitucional y una jurisdicción constitucional. En nuestro país, el Tribunal Constitucional, con sus dificultades y eventuales deficiencias, está llamado a ser el máximo contralor de la protección y defensa de la constitucionalidad. No solo por las competencias consignadas en la Constitución y en su Ley Orgánica, sino que también por su práctica y ejercicio se ha convertido en el máximo intérprete de la Constitución.

191

I.5. La seguridad jurídica y la constitucionalidad

Creemos que la seguridad jurídica puede contribuir significativamente a proteger la constitucionalidad, ya que ella representa la estabilidad del ordenamiento jurídico que rige en un Estado. Este ordenamiento debe contener normas que tengan cierta permanencia y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y los ciudadanos.

Al abordar la seguridad jurídica, diversos autores le dan significaciones de gran similitud. Así, por ejemplo, Ataliba y Xavier dicen que la seguridad jurídica es la *susceptibilidad de previsión objetiva por los particulares, de sus propias situaciones jurídicas, de modo tal que puedan tener una precisa expectativa de sus derechos y sus deberes, de los beneficios que serán acordados o de las cargas que deberán soportar*.

Por su parte, Lohlein y Jaenke distinguen entre contenido formal —que es la estabilidad de los derechos— y un contenido material, que consiste en la llamada protección de la confianza. Jaime David Abanto, asimismo, puntualiza que la justicia y la seguridad jurídica no son incompatibles.

En el caso del Perú, la constitucionalidad no se alcanza al cien por ciento. Y si pretendemos señalar a la seguridad jurídica como uno de sus factores de defensa y protección, nos encontramos con una realidad jurídica donde las reglas de juego no son estables, ni gozan de legitimidad. Una de las razones se deriva del sistema unicameral que viene funcionando desde la Constitución vigente de 1993. Pues, en un sistema bicameral puede ejercer mejor control de la labor legislativa, con una cámara de origen y una cámara revisora, y no como ahora que se aprueban y promulgan leyes «entre gallos y medianoche»; en cuya labor priman las influencias de los grupos de intereses, de los grupos de presión y de los intereses extranjeros que siguen controlando el dominio financiero y tecnológico.

II. LA DEMOCRACIA

II.1. La constitucionalidad y la democracia

192

La relación entre la constitucionalidad y la democracia es indudable. No cabe duda de que un ordenamiento jurídico con base en una constitucionalidad de alto nivel tiene que favorecer a la democracia en un determinado Estado. Pero la práctica de la democracia también contribuirá a defender el ordenamiento constitucional de ese país o Estado. Y, lógicamente, tales relaciones las ambicionamos para el Perú.

Sin embargo, se hace necesario señalar los diversos tipos de democracia que se conocen, tanto en el campo teórico como en la práctica, y luego ubicar el tipo de democracia que puede contribuir al robustecimiento de la constitucionalidad.

La actual democracia representativa —que está precedida por la democracia electoral— responde a un concepto originario y formal, según el cual se refiere únicamente a la forma de gobierno en que las decisiones de las mayorías deben imponerse sobre las minorías, en condiciones de libertad e igualdad. Pero ya hemos expresado anteriormente que esta democracia deja mucho que desear, pues cuando la voluntad popular entrega su confianza a los órganos elegidos, estos no siempre traducen la voluntad de los mandantes o ciudadanos.

En efecto, la democracia ha venido avanzando y viene superando sus alcances de simple régimen político para convertirse en un sistema político y social. Pues, si partimos de una noción del término *sistema*, debemos admitir que cualquier

sistema comprende un conjunto de principios, normas, reglas y métodos, íntimamente vinculados y relacionados con determinada materia. Así, puede hablarse de un sistema económico, un sistema político o un sistema social.

II.2. La democracia como sistema

La democracia como un sistema político social debe contar con infaltables principios de libertad y de derechos que protejan la dignidad personal —fundamento axiológico de los derechos humanos— de todos los que integran la población de un país o una región continental o intercontinental; asimismo, debe denotar la práctica del valor de la justicia no solo distributiva, sino también conmutativa; la igualdad no solo ante la ley, sino de la participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural del país; el respeto de la seguridad jurídica en relación con las normas constitucionales y legales, así como que los métodos y procedimientos que el Estado emplee y aplique estén exentos de toda arbitrariedad.

Se trata, pues, de una democracia completa, no solamente de una democracia política, sino de una democracia social que genere una forma de vida de una sociedad. Ya lo ha dicho el expresidente de la Comisión de la Verdad y distinguido profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Salomón Lerner Febres (Diario *La República* del 14-8-2001), al referir lo siguiente: «En un sentido más amplio y también pleno, la democracia es una forma de vida», además, «la democracia sólo existe en sus protagonistas, que son los ciudadanos». A ello agregaríamos nosotros que toda la población de un Estado sea titular activo de la democracia social y con su protagonismo consolide la constitucionalidad.