

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



TESIS

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA: EL ROL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL FORTALECIMIENTO Y
CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA**

PRESENTADA POR:

WILDER IGNACIO VELAZCO

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

PUNO, PERÚ

2019

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA: EL ROL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL FORTALECIMIENTO Y
CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA**

PRESENTADA POR:

WILDER IGNACIO VELAZCO

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

DOCTORIS SCIENTIAE EN DERECHO

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

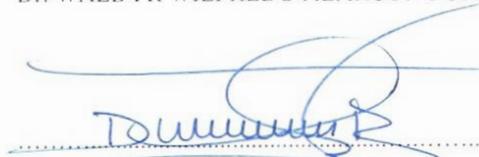
PRESIDENTE


.....
Dr. SERGIO VALERIO SERRUTO BARRIGA

PRIMER MIEMBRO


.....
Dr. WALDYR WILFREDO ALARCÓN PORTUGAL

SEGUNDO MIEMBRO


.....
Dra. DIANA MILAGROS DUEÑAS ROQUE

ASESOR DE TESIS


.....
Dr. HEBER NEHEMIÁS CHUI BETANCUR

Puno, 19 de setiembre de 2019.

ÁREA: Derecho.

TEMA: Justicia constitucional y democracia.

LÍNEA: Sistema jurídico nacional.

DEDICATORIA

A mis queridos padres por su comprensión y apoyo en mi formación profesional.

A Edson, Paúl y Karla por su lucha constante por la justicia y el derecho.

A Jorge Oscar y Lucero Marcela, mis hijos quienes me motivan día a día a seguir superándome.

A la Universidad Nacional del Altiplano, por haberme dado la oportunidad de pertenecer a su gloriosa historia comprometida con nuestra patria.

AGRADECIMIENTOS

- Mi agradecimiento eterno a los docentes de la Escuela Profesional de Derecho y del Programa de Doctorado, quienes han sabido guiarme en mi formación profesional.
- Al Dr. Heber Nehemías Chui Betancur respetado y brillante investigador, asesor de la presente tesis.
- Al joven Abogado pero experimentado constitucionalista Galimberly Rossinaldo Ponce Flores, asesor de la presente tesis.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
ÍNDICE DE ANEXOS	vii
RESUMEN	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1	La caracterización de la Justicia Constitucional (o Tribunal Constitucional) en la actualidad.....	8
1.1.1	El rol y función (o competencias) de la Justicia Constitucional	10
1.1.2	La Justicia Constitucional en el Perú: el rol y actuación del Tribunal Constitucional	11
1.1.3	La Constitución y el Código Procesal Constitucional como marcos normativos que dan soporte a las funciones y el desempeño del Tribunal Constitucional.....	12
1.2	La justicia constitucional en el marco de la democracia: una aproximación preliminar	13
1.3	La democracia: noción, implicancias y el papel actual de la democracia representativa	15
1.3.1	Noción de democracia contemporánea	17
1.3.2	La democracia representativa: rasgos y peculiaridades	19



1.4	Juez y democracia: la función democrática de la justicia constitucional.....	20
1.5	Los modelos de control constitucional: el modelo sustantivista, el modelo procedimental y el modelo democrático	21
1.5.1	El control de constitucionalidad según Ronald Dworkin: una aproximación desde la lectura moral de la Constitución	22
1.5.2	El control de constitucionalidad según John Hart Ely: control procedimental de la ley	23
1.5.3	La eliminación o restricción del control de constitucionalidad: una propuesta de Jeremy Waldron.....	24
1.5.4	Un balance de las teorías de las formas en que se pueden acoplar en el debate sobre el papel de la justicia constitucional en una democracia ...	26
1.6	Los antecedentes de la investigación	27

CAPÍTULO II

PLANEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1	Breve caracterización del entorno problemático de la justicia constitucional	29
2.2	Formulación del problema de investigación	34
2.2.1	Problema general.....	34
2.2.2	Problemas específicos	35
2.3	Los objetivos de la investigación	35
2.3.1	Objetivo general	35
2.3.2	Objetivos específicos	35

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1	El acceso al campo de la investigación.....	39
-----	---	----

3.2	La selección de informantes y situaciones observadas	40
3.3	La estrategia de recogida y registro de datos	41
3.4	El análisis de datos y categorías.....	41

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1	Los presupuestos teóricos necesarios para considerar a la justicia constitucional como el agente que moviliza y coopera con la democracia.....	44
4.1.1	Estado Constitucional: expansión y robustecimiento de la noción de Constitución	45
4.1.2	El rol de los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional: la realización de la democracia mediante la defensa de los derechos fundamentales.....	49
4.1.3	La Constitución como orden jurídico fundamental y supremo: la repercusión de la noción de la supremacía jurídica en los sistemas jurídicos contemporáneos.....	51
4.1.4	La peculiaridad de los textos constitucionales contemporáneos: carácter normativo de la Constitución y su fuerza normativa.....	54
4.1.5	Constitución como orden valores y principios abiertos: la interpretación constitucional como método de democratización de los contenidos del texto constitucional	58
4.2	Las decisiones del Tribunal Constitucional y su impacto en la consolidación de los valores democráticos	63
4.2.1	La democracia desde la perspectiva del Tribunal Constitucional: implicancias del gobierno basado en la democracia	63
4.2.2	El Tribunal Constitucional habilita la competencia para que los órganos administrativos puedan efectuar control difuso de constitucionalidad	64

4.2.3	El cambio de sexo en el DNI de las personas transexuales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	66
4.2.4	La moción de censura, cuestión de confianza y crisis total del gabinete: un caso de exceso de mayoría parlamentaria	68
4.3	El caso de la expulsión de la norma que prohibía el gasto en publicidad por el Estado.....	69
4.4	La organización del Tribunal Constitucional que garantiza mejor la defensa y consolidación del sistema de gobierno democrático.....	70
4.5	La justicia constitucional como una herramienta para luchar contra regímenes de gobierno autoritarios: Tribunal Constitucional frente a las arremetidas antidemocráticas.....	73
4.6	Evaluación general sobre el comportamiento del Tribunal Constitucional en su rol de promover y fortalecer la democracia.....	76
4.6.1	El nuevo debate democrático: la democracia deliberativa como ideal moral y participativo de la decisión pública	78
4.6.2	¿La justicia constitucional puede considerarse como un actor al servicio de la democracia deliberativa?	80
	CONCLUSIONES	83
	RECOMENDACIONES.....	86
	BIBLIOGRAFÍA	87
	ANEXOS	96

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Matriz de consistencia del problema de investigación.....	97
2. Proyecto de ley.....	99

RESUMEN

En esta investigación se ha logrado establecer que el Tribunal Constitucional tiene un papel importante en la consolidación y reforzamiento de los canales de la democracia, en especial, la democracia representativa, el mismo que se manifestó en que mediante la interpretación de la Constitución ha resguardado derechos de minorías sexuales y ha limitado los excesos del Congreso de la República. La problemática abordada fue si el Tribunal Constitucional mediante la interpretación de la Constitución actúa a favor del fortalecimiento y consolidación de consolidar la democracia. Con relación a la metodología seguida debemos indicar lo siguiente: (i) enfoque: cualitativo, (ii) métodos: descriptivo, dogmático, hermenéutico y análisis de casos, y, (iii) instrumentos: ficha de resumen bibliográfico, ficha bibliográfica y ficha de observación. Finalmente, los resultados a los que arribaron con la investigación fueron: (i) existe una base teórico-constitucional que justifica la participación activa del Tribunal Constitucional para afirmar los valores democráticos, (ii) el Tribunal Constitucional es una institución que ha logrado fortalecer la democracia a través de sus decisiones, y, (iii) el Tribunal Constitucional se ha opuesto a la reelección presidencial.

Palabras clave: Consolidación, Constitución, democracia, derechos, justicia constitucional y Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

In this investigation, it has been established that the Constitutional Court has an important role in the consolidation and strengthening of democracy channels, especially representative democracy, which is manifested in that through the interpretation of the Constitution it has protected rights of sexual minorities and has limited the excesses of the Congress of the Republic. The problem addressed was whether the Constitutional Court through the interpretation of the Constitution acts in favor of strengthening and consolidating the consolidation of democracy. About methodology of investigation: (i) focus: cualitative, (ii) methods: descirptive, dogmatic, hermeneutic and case analyse, and, (iii) instruments: file of reserach and summary. Finally, the results of investigation were: (i) there is a theoric-constitutional bases that justify the active participation of Constitutional Courts to assert the democratic values, (ii) Constitutional Court is an institution that has been gotten enforce democracy through decitions, and, (iii) Constitucional Court has opposed the presidential reelection.

Keywords: Consolidation, constitution, constitutional justice, Constitutional Courts, democracy and rights.

INTRODUCCIÓN

La visión y concepción de la democracia contemporánea descansa en que es un sistema político que garantiza el ejercicio de las libertades, el respeto de los derechos y ofrece condiciones para que los individuos se desarrollen plenamente. Y no resulta novedoso que en aquellos países donde la democracia se ha instalado como forma de gobierno haya logrado notables éxitos en los aspectos mencionados, adicionalmente, pudieron desarrollar un marco pacífico y organizado para sucesión de gobierno cada cierto tiempo mediante elecciones. Entonces, de lo anterior se podría establecer sin mayor escatimación que es el mejor sistema político vigente en la actualidad, por lo cual, todas las naciones del mundo en algún momento esperarían alcanzar los ideales tan altos, es más, en aquellas naciones donde los autoritarios se han impuestos como una forma de gobierno y práctica política, desean que en algún momento termine esa etapa de oscuridad y tinieblas para ingresar y respirar los aires de la democracia. En tal orden de cosas, cabe mencionar que de lejos la democracia –tanto la directa así como la representativa– son la mejor manera de gobernar, con lo cual se garantiza el desempeño transparente y correcta de las instituciones públicas, a su vez, ofrece un escenario donde las personas pueden fiscalizar con mayor facilidad la actuación del poder.

No obstante, todas las bondades o beneficios que pueda ofrecer la democracia, en la actualidad se presentan algunas tensiones y contradicciones que imposibilitan el pleno reconocimiento así como la práctica de los ideales democráticos (elecciones libres y transparentes, pluralismo axiológico, transparencia en la actuación del poder, entre otros). En la actualidad la democracia se encuentra en la vitrina de la crítica y del desencanto porque sus propuestas y razones no pueden ser tangibilizados y puestos en práctica en su plenitud; por tanto, se habría producido fracaso democrático, esta situación se produce con mayor énfasis en la democracia de tipo representativa. Ello se debe, especialmente, a que los canales de la democracia no satisfacen las exigencias populares, es más, las instituciones formadas bajo una tradición democrática son frecuentemente cuestionadas porque no logran satisfacer las expectativas del pueblo porque hay una separación visible entre representantes y representados; esto es, la clase popular no se encuentra representada por los gobernantes o los miembros de la élite política. En dicho escenario la democracia representativa entra a un contexto de enfrascamiento continuo porque la representación fue cooptada por un grupo de personas que buscan beneficiarse y obtener ventajas para sí mismos, lo cual supone el ejercicio de la política para alimentar sus

intereses personales. Con lo cual se pervierte el sentido mismo de la política, así como se desvían la atención en los asuntos centrales para la democracia, es más, el pueblo queda excluido de la deliberación e interacción pública.

Siguiendo el hilo conductor de las ideas expuestas, entonces, queda claro que el diagnóstico sobre el funcionamiento de la democracia, en concreto, la democracia de tipo representativa no es favorable ni positiva porque los actores políticos vienen erosionándolo a la misma con su comportamiento alejado del foco y los intereses de la democracia. Muchas personas perciben que la democracia representativa ya no sirve para canalizar y expresar sus intereses e inquietudes, a su vez, los agentes de la política cada vez se alejan más del pueblo, esto es, toman distancia de las exigencias y demandas populares, solo así se explica que esté surgiendo un nuevo escenario de desencanto hacia la democracia, inclusive, aparece la idea denominada síndrome de la “fatiga democrática”. Esta situación se produciría por la concurrencia de diversos factores, entre los más resaltantes se puede indicar que “la culpa es de los políticos, la culpa es de la democracia, la culpa es de la democracia representativa y [...] la culpa es de la democracia representativa electoral” (Reybrouck, 2017). Con lo cual quedaría explicado que la democracia se pondría es riesgo, sin embargo, conviene señalar que lo más importante frente a dicho contexto es tomar conciencia de que es urgente diseñar mecanismos o estrategias que busquen una salida democrática porque debe lograrse el retorno de la confianza hacia la misma y mucho más importante aún es que la gente siga pensando que la mejor forma de organizar y administrar el poder a través de la democracia.

Aquí conviene explicar que las democracias contemporáneas son de carácter representativa, es decir, quienes traducen e implementan las necesidades, las expectativas y las demandas del pueblo son los actores políticos –quienes fueron elegidos con el respaldo popular para dicho propósito–, por ende, estos son los legitimados para actuar en nombre del pueblo y velar por sus intereses. Así, debe mencionarse que el rol de la democracia únicamente se limitará a mediar entre los representantes y representados, en especial, en época de elecciones; por lo tanto, el ejercicio del poder real en la democracia representativa se termina cuando el pueblo ha logrado escoger a sus representantes – políticos o personas que los representarán en la esfera pública–. En ese contexto, la única seguridad que tiene el pueblo de que los representantes –elegidos mediante consenso y voluntad popular– cumplirán con sus promesas y buscarán satisfacer las expectativas populares es que los mismos actúen de acuerdo a la Constitución y las leyes, es más, en

el Estado Constitucional se considera que el texto constitucional vincula el comportamiento de las instituciones y sus representantes, esto es, adjudica competencias y pone límites. Entonces, la lógica de la democracia representativa es garantizar que el pueblo elija de manera libre a sus representantes, los mismos que estarán sometidos a la Constitución en su actuación.

Con diferentes matices y tonos se aprecia que en los últimos años los representantes incumplen sus promesas con bastante frecuencia, asimismo, actúan alejados o desobedecen las reglas existentes –especialmente, la proveniente de la Constitución y las leyes–. Lo cual produce el cansancio en la ciudadanía porque la élite política –concretamente, los representantes del gobierno– cada vez realizan acciones en contra de la población y el interés común, por tanto, el pueblo no cree en sus representantes porque considera que están en el poder para aprovecharse o tomar ventaja de la más mínima situación, adicionalmente, perciben que la democracia –vista como forma de elección de representantes cada cierto tiempo– es banal y que no sirve a los verdaderos propósitos como son la transparencia, la equidad, la justicia o la administración del bien común a favor del pueblo. Entonces, la desconfianza en la democracia representativa va en crecimiento porque las expectativas de la población son difíciles de ser canalizadas por los representantes.

La democracia de corte representativa en América Latina viene siendo golpeada y se halla en una encrucijada casi sin salida. Por un lado, el control político que efectúa el congreso de la república hacia los gobiernos de turno son muchas veces débiles e inconsistentes, sin embargo, por el otro lado, el incremento en el control político realizado por el parlamento, normalmente, deviene en la inestabilidad política y sometimiento del gobierno. Tal es así que en determinado momento desencadena en la oposición entre el Ejecutivo y el Congreso, por lo que, el sistema político se asfixia porque no funciona de forma dinámica y ágil, sino que se produce el estancamiento. Para evitar ello es mejor que exista una perfecta combinación entre “democracia representativa y presidencialismo” (Bernal, 2018, p. 48), solo así se podrá oxigenar y movilizar de forma dinámica el sistema político. No obstante, al rol que tanto el parlamento y el gobierno ejercen, también, resulta oportuno considerar que algunas tensiones generadas en la democracia representativa pueden ser solucionadas mediante la intervención de la justicia constitucional; porque frente a la oposición y constante tensión, casi siempre, debe existir

un órgano *ad hoc* o independiente que pueda desempatar y solucionar las contradicciones surgidas.

En dicho escenario, ahora, corresponde explicar sobre el papel que puede cumplir o desempeñar la justicia constitucional en la salvaguarda y fortalecimiento de la democracia representativa, ello en razón a que en los últimos años diversos países vienen introduciendo dentro de su dinámica institucional a un órgano denominada Corte o Tribunal Constitucional que cumple con la función de controlar que no se produzca la presencia de normas incompatibles con la Constitución; además, tiene asignado la protección de los derechos fundamentales. En esta investigación se desarrolla que las cortes no están únicamente limitadas a funciones de carácter constitucional y legal, sino que también posee el rol de garantizar la vigencia y respeto de los valores democráticos; porque el Tribunal Constitucional –con estricta atención al caso peruano– tiene como fuente de legitimación de sus funciones a la Constitución y los instrumentos en materia de derechos humanos; por lo cual, dicho órgano es competente para afianzar y lograr que la democracia sea una forma de gobierno válida y, a la vez, garantizar que los principios de transparencia, igualdad, tolerancia, entre otros, sean parte de la cultura política y jurídica del país.

Frente a este tipo de hechos descritos vienen apareciendo nuevas formas de comprender la dinámica de la democracia, en especial, la representativa. En esta investigación exploramos el rol del Tribunal Constitucional en la consolidación y fortalecimiento de la democracia, el mismo que responde a la siguiente interrogante ¿qué pueden hacer los tribunales a favor de la democracia? Teniendo en cuenta la tremenda crisis en la que se ve sumergida la democracia representativa, es menester explorar nuevas posibilidades y caminos para que la misma no se atore y termine asfixiándose, sino que debe ser tratado oportunamente, esto es, salvarlo de dicho problema. En ese orden, las cortes o tribunales constitucionales tienen algunas lecciones que pueden ser tomadas en cuenta y servir para fortalecer y vigorizar la democracia, lo cual se traduce en que mediante sus decisiones o sentencias estos órganos pueden articular y apoyar a que la democracia representativa vuelva a funcionar, asimismo, desatorar las posibles obstrucciones que pudieran encontrarse. Debe quedar claro que las cortes o tribunales no solucionarán todos los problemas que aquejen a la democracia, sino que únicamente se limitan a abordar aquellos puntos o aspectos que estén a su alcance, ello en razón a que la democracia es una

herramienta que se dinamiza principalmente a través de la participación del pueblo; por ende, los tribunales solo actúan en determinadas situaciones y circunstancias.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha logrado actuar como un eje articulador de la democracia cuando se han presentado situaciones de ausencia de reconocimiento de derechos a las minorías sexuales o cuando el Congreso de la República ha expedido normas con la finalidad de resquebrajar y limitar la participación pública o atentar contra los principios democráticos. Estos aspectos que mencionamos son los abordados en la presente investigación.

Los momentos más dramáticos por los cuales tuvo que atravesar nuestra precaria democracia son: (i) la instalación de gobiernos autoritarios y oligárquicos con bastante frecuencia durante la época republicana, y, (ii) los actos de corrupción que han ido minando el funcionamiento de las instituciones y el poder político. Estos factores han obstruido la instalación de la cultura democrática en el país, tal vez por eso en el país resulte difícil pensar que la democracia sea una forma de gobierno funcional. Tanto los actos de corrupción y la inestabilidad política –por ausencia de partidos políticos– fueron degradando con mayor fuerza la democracia representativa, por ese motivo, se han pensado nuevas claves para comprender mejor la democracia, el mismo que fuese posible a través de la intervención y participación activa de la justicia constitucional –tal como lo hemos puesto de manifiesto en este trabajo–.

En tal orden de cosas, la presente investigación se enfoca en establecer las razones existentes para considerar al Tribunal Constitucional como una entidad que coopera o contribuye en la consolidación de la democracia. Tenemos que ser conscientes que existe la visión centrada en que los tribunales no pueden cumplir un papel relevante para la democracia, sino que la dinámica del mismo se produce mediante la constante intervención del parlamento, los partidos políticos o la ciudadanía; por ello, existe noción reducida y estrecha sobre el rol de los tribunales como agentes que cooperan o son interlocutores de la deliberación pública. En la doctrina, al respecto, se ha advertido que la contribución de la legislación a la deliberación parlamentaria se puede dar de diversos modos, entre los más destacables se encuentran la obligación a los legisladores para que cumplan con su actividad de legislar, garantizar que la deliberación legislativa se efectiva y se produzca dentro del marco del respeto de la libertad (Niembro, 2019).

Esta investigación se organiza del siguiente modo: (i) Capítulo I: Revisión de la literatura: este capítulo desarrolla los principales asuntos teóricos vinculados con la justicia constitucional, en especial, pone atención a la relación de Tribunal Constitucional y democracia para establecer la forma en que es abordado en los estudios teóricos previos, además, se explica los modelos de control de constitucionalidad ya que algunas posturas aceptan por completo la presencia de los tribunales en la construcción de la democracia, en cambio otros niegan dicha posibilidad, o, inclusive, se tejen posturas intermedias, Capítulo II: Planteamiento del problema: este capítulo se enfoca a responder la siguiente interrogante ¿El Tribunal Constitucional es una institución que a través de la interpretación de la Constitución realiza el papel de contribuir en la consolidación y fortalecimiento de la democracia en el Perú? En ese orden, el planteamiento del problema gira en torno al papel que puede desempeñar el Tribunal Constitucionales en el favorecimiento de la democracia, concretamente, si el máximo intérprete de la Constitución en el país ha logrado garantizar fortalecer los valores democráticos, ya que es un problema latente porque se desconoce cuál es el lugar de la justicia constitucional en la democracia, al menos, en la peruana. Capítulo III: Metodología: aquí se detallan los aspectos vinculados con el acceso al campo (la forma de ponerse en contacto con la realidad problemática), selección de informantes y situaciones observadas (la selección de sentencias del Tribunal Constitucional, en especial, aquellas que desarrollan o fortalecen la democracia), estrategias de recogida y registro de datos (la manera en que se recogió la información y procesó la misma, en esencia, las sentencias del Tribunal Constitucional), además, análisis de datos y categorías (selección de categorías que fueron materia de análisis con la revisión teórica y jurisprudencial). Capítulo IV: Resultados y discusión: como resultados se tiene que el Tribunal Constitucional es un órgano que ha contribuido en el fortalecimiento de la democracia, esta situación quedó establecida de ese modo con lo siguiente: (i) explícitamente el Tribunal Constitucional sostuvo que el principio democrático es el pilar fundamental de la organización política en el país, (ii) reconoció derechos de minorías sexuales, (iii) se opuso a los embates o limitaciones que deseaba efectuar el congreso en las funciones del Poder Ejecutivo (en el caso de la cuestión de confianza), entre otros; finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

Por último, luego de una evaluación profunda de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional, en especial, aquellos vinculados con la democracia, ahora, podemos

advertir y establecer que el máximo órgano de interpretación de la Constitución en el país ha logrado resonar y producir ciertos cambios, así como afirmar la orientación democrática en el país. Concretamente, se ha podido constatar que el Tribunal Constitucional –a través de la interpretación de la norma fundamental– promovió el fortalecimiento de los valores democráticos porque le dio contenido democrático a las disposiciones constitucionales, inclusive, se ha mejorado el debate en la esfera pública, esto es, dicho órgano constitucional actuó como entidad o institución nodal para afinar el debate y deliberación pública. Esto último se ha producido con mayor énfasis cuando el Tribunal Constitucional emitió decisiones reconociendo la importancia de las minorías culturales, sexuales, sociales y otros porque les dio una voz para expresar sus intereses, así como exigencias. Además, con notoriedad se ha podido advertir en los últimos años que el Tribunal Constitucional fue bloqueando y limitando la actuación extralimitada de algunos poderes del Estado –bien sea el Legislativo, Ejecutivo o Judicial–. En todo esto resulta vital explicar que la democracia en la historia política y social del país no ha gozado de continuidad, esto es, en el país se tuvo que hacer frente a varias situaciones de embates autoritarios, al menos, esto fue una constante durante el siglo XX con los gobiernos de Sánchez Cerro, Juan Velazco Alvarado o Alberto Fujimori, por lo cual, con facilidad se llega a la conclusión de que la cultura democrática fue erosionándose. Por tanto, en dicho escenario, constatar que el Tribunal Constitucional viene colaborando y contribuyendo al fortalecimiento de la democracia es un aspecto significativo para la vida política, jurídica, social y cultural del país porque trae consigo resultados positivos.

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1 La caracterización de la Justicia Constitucional (o Tribunal Constitucional) en la actualidad

La noción de Justicia Constitucional, Jurisdicción Constitucional o Derecho Procesal Constitucional son categorías –o denominaciones– que hacen referencia a un mismo objetivo, esto es, a una institución que se avoca a la defensa de los derechos fundamentales y la supremacía normativa de la Constitución. Concretamente, las Cortes o Tribunales Constitucionales son las entidades que promueven la dinamización del sistema jurídico así como las normas constitucionales, en ese sentido, no es novedoso constatar que en los últimos años la institución del Tribunal Constitucional se haya insertado dentro del esquema de organización de las instituciones como una entidad necesaria para el sistema democrático, es más, esta institución en diversas oportunidades ha venido legitimándose a través de sus sentencias, por ende, se podría sostener que adquirió luz propia porque ganó un espacio en el sistema de organización y diseño institucional.

Una noción que fue cimentándose con el transcurso de los años es que la Justicia Constitucional tiene dos propósitos concretos: (i) la defensa de la Constitución –en sentido lato–, lo cual consiste en que las disposiciones constitucionales son protegidas a través de este medio, y, (ii) la vigencia de los derechos fundamentales –protección de derechos de carácter subjetivo–. Estas son las dos funciones más conocidas a las que se avoca el Tribunal Constitucional –son sus competencias naturales–, sin embargo, en los últimos años se han ido sumando nuevos roles como es la de solucionar la constitucionalidad de los partidos políticos, la actuación a favor de la promoción de los

valores democráticos, entre otros. Ello ha supuesto que la justicia constitucional en la actualidad posea credibilidad y legitimidad, ya que su aprobación es alta porque a través de sus decisiones ha logrado estabilizar y controlar las exaltaciones del poder, a la vez, pudo construir un marco jurisprudencial coherente con la finalidad de proteger los derechos y afianzar los valores democráticos.

En ese orden, resulta casi imposible negar o restar la importancia del Tribunal Constitucional en la organización del poder, en razón a que cumplen un rol notable en la promoción y fortalecimiento de las democracias contemporáneas. Quizás esto explica la razón por la que dicho órgano se ha expandido por varios países, ya que se ha implementado en la mayoría de estos donde han ingresado a un gobierno de carácter democrático. Se puede constatar que el tránsito de un gobierno autoritario hacia un gobierno democrático, necesariamente, requiere de la presencia del Tribunal Constitucional, por ende, se le considera como una institución que busca garantizar la estabilidad democrática. Entonces, concretamente, en el caso peruano la Justicia Constitucional está expresada y representada en la institución del Tribunal Constitucional. Toda referencia que hagamos a la Justicia Constitucional o Tribunal Constitucional se hará de forma indistinta en todo el trabajo.

El rasgo característico de la justicia constitucional –o Tribunal Constitucional– en la actualidad tiene como eje central avocarse a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, en el mismo sentido, ello corresponde a que la Constitución cada vez fue incrementando la adición o introducción de contenidos de carácter material, solo así se justifica que este órgano sea el encargado de proteger los derechos constitucionales. No está demás mencionar que esta institución fue ganando notoriedad con la expansión de la noción de la fuerza normativa de la Constitución y la eficacia material de los derechos fundamentales (Rosas, 2019; Díaz, 2008).

Finalmente, la justicia constitucional en la actualidad se caracteriza por ser independiente e imparcial al momento de solucionar los conflictos que se le someten a su conocimiento, adicionalmente, sus funciones son desarrolladas según los lineamientos establecidos en la Constitución. No está demás indicar que esta institución ha recibido cobijo en varias constituciones, ello se puede advertir de la evidencia empírica que demuestra que en diversas constituciones existe un órgano encargado de velar por la integridad de la Constitución y el control del poder, el mismo que recae en una institución denominada

Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, Corte Suprema, Sala Suprema u otros. Lo que más interesa resaltar del Tribunal Constitucional es su progresivo desarrollo e implantación en el diseño institucional de diversos países, lo cual denota que el advenimiento de la democracia en cierto modo supone poner en marcha nuevos diseños institucionales, solo así se justifica la permanencia de dicha institución. No obstante lo indicado, también, se puede apreciar que existen posiciones que se oponen a que dicha institución permanezca en una democracia tal como lo expondremos más adelante.

1.1.1 El rol y función (o competencias) de la Justicia Constitucional

Una buena forma de abordar este punto es preguntándonos ¿qué hace la Justicia Constitucional? ¿Cuál es la función de la Justicia Constitucional? Es un poco complicado responder a esta interrogante teniendo en cuenta el ámbito de acción y cobertura de la Justicia Constitucional se ha extendido; por lo cual, es un poco difícil establecer las funciones específicas. En la actualidad el Tribunal Constitucional tiene diversas funciones; por tanto, no se limita únicamente a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales o la supremacía normativa de la Constitución, sino que busca expandir su radio de acción a situaciones que antes no estaban previstas.

Tras lo indicado, no resulta ocioso mencionar que la actividad realizada por los tribunales puede ser enfocada desde diversas vertientes, en este caso, una clasificación que se puede observar consiste en: (i) legitimidad para demandar: restringida, amplia, amplísima o popular, (ii) oportunidad para la tutela: preventiva, posterior, ulterior, contenidos imprescriptibles, (iii) órganos especializados: jueces especializados de primer y segundo grado, además, altas cortes como son las salas especializadas de la Corte Suprema y el pleno del Tribunal Constitucional, (iv) alcancen de la tutela o competencias de tutela: control normativo, procesos de tutela de derechos, control competencial territorial, conformidad de partidos políticos, otros, (v) alcance de los contenidos tutelados a profundidad de tutela: bloque de constitucionalidad, derechos constitucionales, eficacia de los derechos, entre otros, (vi) democratización del proceso constitucional: cerrado, abierto, audiencias públicas, entre otros, y, (vii) alcances y eficacia de la sentencia: efectos declarativos, efectos moduladores, eficacia prospectiva, entre otros (Sosa, 2018, pp. 16 y 17).

Centrándonos en las competencias reconocidas al Tribunal Constitucional en la Constitución y su Ley orgánica, con precisión se podrá advertir que las funciones que debe desempeñar esta institución son: (i) conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad, (ii) conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, y. (iii) Conocer los conflictos de competencias, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (Artículo 202 de la Constitución).

1.1.2 La Justicia Constitucional en el Perú: el rol y actuación del Tribunal Constitucional

La institución del Tribunal Constitucional se reguló por primera en la Constitución de 1979 y, posteriormente, se mantuvo en la Constitución de 1993. El papel que tuvo el Tribunal Constitucional durante los años 80 se limitó a ser una instancia de casación que solo veía cuestiones formales; sin embargo esta situación cambió con el texto constitucional de 1993 donde se introdujeron algunos cambios importantes como son los procesos constitucionales con una regulación específicas. Como la intención de esta investigación no es dar cuenta del papel de la justicia constitucional en los últimos años, sino que su tarea es mucho más modesta, en este caso, explicar a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional el logro o el aporte que ha generado hacia la democracia. En tal sentido, el rol y actuación del Tribunal Constitucional en los últimos años fue muy diversificado porque le ha tocado estar en diversos lugares y posiciones al momento de proteger los derechos fundamentales o garantizar la supremacía normativa de la Constitución.

En el propósito de explicar acerca del papel del Tribunal Constitucional, aquí se puede sostener que este órgano tuvo una actuación limitada en los años 80; sin embargo, posteriormente, desde el año 1996 hasta la actualidad tiene un funcionamiento progresivo y constante; esto es, cada vez ha ido mejorando y posicionándose en la esfera pública –en especial dentro de las instituciones públicas–. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional ha ganado mayor notoriedad, el mismo que puede ser apreciado del siguiente esquema histórico sobre su funcionamiento: (i) 1996 – 2001: es un Tribunal Constitucional cautivo y limitado en sus competencias, (ii) 2001 – 2008:

el Tribunal Constitucional se posicionó como institución y, en algunos casos, se advierte excesivo activismo, (iii) 2008 – 2014: el Tribunal Constitucional avanza sin orientación definida, pero resuelve varios asuntos, y, (iv) 2014 a la actualidad: es un Tribunal Constitucional que empieza a redefinir su papel en la esfera pública; a su vez, restringe la protección de algunos derechos (Eto, 2015).

Entonces, casi todo lo descrito en el párrafo anterior daría cuenta del papel del Tribunal Constitucional en el país durante los últimos años. En la mayor medida posible el Tribunal Constitucional ha buscado proteger los derechos fundamentales y a través de él fortalecer la democracia, es más, tuvo la oportunidad de mencionar sobre los alcances y fines de la democracia tal como lo veremos más adelante, a la vez, tuvo pronunciamientos atinados en cuanto a protección de los derechos de la minorías. Si consideramos necesario comprender el rol del Tribunal Constitucional, entonces, necesariamente se tendrá que hacer una revisión del contenido de sus decisiones para comprobar la relevancia o irrelevancia de la misma, dicha tarea es inviable en esta investigación.

1.1.3 La Constitución y el Código Procesal Constitucional como marcos normativos que dan soporte a las funciones y el desempeño del Tribunal Constitucional

La Constitución Política de 1993 ha indicado que el Tribunal Constitucional es una institución que se encarga del control de constitucionalidad, además, es un órgano autónomo e independiente. En esa misma línea, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301), en el artículo 1, precisó que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad. En tal sentido, se puede apreciar que la institución del Tribunal Constitucional es autónoma e independiente en su funcionamiento; asimismo, dicho órgano obtiene legitimidad para su actuación de la Constitución porque es la norma fundamental que traza las directrices y líneas generales sobre los alcances así como funcionamiento de dicha institución.

A su vez, el Código Procesal Constitucional, indica que la función de los procesos constitucionales es la protección de los derechos fundamentales y la garantía de la supremacía normativa de la Constitución, además, esta norma desarrolla cada proceso constitucional, esto es, explica en qué consiste cada proceso

constitucional (amparo, habeas data, cumplimiento, otros). Entonces, al momento de emitir las sentencias el Tribunal Constitucional toma en consideración lo que está regulado en la Constitución y el Código Procesal Constitucional, ello con la finalidad de cumplir con sus funciones y atribuciones de forma adecuada, es más, la intención de fondo casi siempre es tutelar los derechos porque el ser o la razón de ser de este órgano es que los derechos constitucionales no sean conculcados, sea por poderes públicos o privados, y, si se produce la vulneración, entonces, se adoptan medios para repararla oportunamente.

Finalmente, de todo esto queda claro que el Tribunal Constitucional goza de respaldo para realizar sus funciones de acuerdo a la Constitución y el Código Procesal Constitucional, en buena cuenta estas normas son la fuente de legitimación de la actuación del Tribunal Constitucional. La finalidad es la protección de los derechos y la garantía de la supremacía normativa de la Constitución. En términos formales a ello se reconduce o limitan sus funciones; sin embargo, como hemos detallado más atrás este órgano puede cumplir otras funciones o finalidades.

1.2 La justicia constitucional en el marco de la democracia: una aproximación preliminar

La justicia constitucional es un medio o herramienta para controlar y poner límites al poder. Se exterioriza o manifiesta mediante la declaración de inconstitucionalidad de una ley, la protección de los derechos fundamentales, dirimir conflictos entre órganos de gobierno, entre otros. Estas funciones las cumple porque la Constitución y las leyes le dan dicha facultad (legitimidad derivada de los representantes de las instituciones). Las condiciones que deben concurrir para que se produzca el cumplimiento de dichas funciones son: (i) el carácter normativo de la Constitución, y, (ii) la “connotación pluralista de la sociedad” (Zagrebelky, 2018, p. 35; también en el mismo sentido Aguiló, 2001, 2004, 2008; Alexy, 2009 y Gascón y Figueroa, 2016). Estos son elementos medulares para la existencia de la justicia constitucional porque dan sustento y son fuentes de legitimación de la misma, en la misma línea, ante la ausencia de dichas condiciones la justicia constitucional caería en el vacío porque no habría Constitución que vincule a sus destinatarios, además, no existiría un acuerdo de la sociedad para acoger la pluralidad y diversidad. En ese orden, la justicia constitucional es posible cuando de por medio se

presenta una Constitución de carácter normativa que responda a las expectativas heterogéneas de la sociedad y, especialmente, ponga límites al poder mediante la expulsión de normas inconstitucionales o la protección de los derechos fundamentales (Herdegen, 2006; Hesse, 2012; Hierro, 2011).

Efectuando una revisión retrospectiva sobre los alcances y rol de la justicia constitucional, notablemente, advertimos que su fuente de legitimidad la ha obtenido mediante la acción de control del poder y la protección de los derechos fundamentales. Es en este marco que Mauro Cappelletti menciona «ningún sistema efectivo de control judicial es compatible ni es tolerado por los regímenes autocráticos enemigos de la libertad, ya están colocados por los acontecimientos de muchos países de varios continentes, y más frecuentemente en Latinoamérica y África» (1986, p. 17; Breyer, 2017, p. 40). Esto resalta que el papel de los tribunales o cortes constitucionales, en su gran mayoría, son contrarios a los intereses y expectativas de gobiernos autoritarios porque odian cualquier tipo de control y fiscalización de su mandato.

Es un lugar común considerar que la labor creativa e interpretativa de los tribunales constitucionales ha logrado fortalecer la democracia; es decir, se configura como una variable para medir la democracia. En la actualidad se considera que una Constitución que no contemple mecanismos de control del poder así como la constitucionalidad de una ley, no podrá ser considerada una Constitución y menos una democracia plena. Entonces, “los jueces constitucionales –ya formen parte del Poder Judicial o se trate de un Tribunal Constitucional– han venido aportando a la consolidación del Estado de derecho, a través de la interpretación e integración constitucional, con la finalidad de garantizar la defensa de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales” (Abad, 2012, p. 80; también Ferrajoli, 2009, Landa, 2018, Pino, 2014, Prieto, 2007). Lo cual, en el fondo, implica asumir el compromiso de proteger los valores de la democracia. Este aspecto se relaciona con la investigación porque creemos, al menos, como hipótesis que la justicia constitucional tiene diversas implicancias en la construcción y consolidación de la democracia, el mismo que dependerá del modo de organización constitucional así como la participación que tenga en la esfera o dimensión pública¹.

¹ En relación a este punto, las cortes o tribunales constitucionales en el mundo y, en específico, en América Latina están asumiendo la misión de fortalecer la democracia; es decir, a través de la protección de los derechos fundamentales o la supremacía normativa de la Constitución. Un aspecto que no podemos olvidar es que todo lo expresado y contenido en la Constitución es un reflejo de la voluntad popular, de tal modo

Finalmente, en perspectiva histórica la justicia constitucional tuvo que enfrentarse a diversos problemas, en especial, los embates de los gobiernos autoritarios del siglo XX; sin embargo, pese a todos los males que tuvo que afrontar pudo progresar y consolidarse como institución, además, ha servido como un factor para la democratización. En relación al tránsito y progreso de la justicia constitucional puede afirmar que “ha sido espectacular no sólo a la vista de los resultados, sino también por la magnitud de los obstáculos que ha debido de superar” (Ahumada, 2005, p. 18). En ese sentido, la batalla que ha librado la justicia constitucional siempre ha sido, en muchas ocasiones, frontal a los gobiernos autoritarios, por consiguiente, ha estado tras la búsqueda y defensa de los ideales democráticos.

1.3 La democracia: noción, implicancias y el papel actual de la democracia representativa

En principio debemos empezar por conceptualizar la democracia para que pueda entenderse mejor sus alcances y las implicancias que tiene la misma. En ese sentido, G. Sartori nos menciona que:

La palabra griega *demokratia* se compone de *demos*, que quiere decir “pueblo”, y de *kratos*, que quiere decir “poder”. Por tanto, traducida al castellano, significa “poder del pueblo”. Si es así, las democracias “tienen que ser” lo que dice la palabra: sistemas y regímenes políticos donde el pueblo es el que manda (Sartori, 2009, p. 15).

Esto evidencia que la propiedad esencial de la democracia representa el poder del pueblo. En ello radica la importancia de la deliberación colectiva y la adopción de las decisiones basadas en el consenso y la voluntad popular (Habermas, 2005; Hakansson, 2012; Jiménez, 2012).

En tal sentido, la democracia tiene varias dimensiones, entre los aspectos más importantes podemos mencionar que sirve para promover la libertad de disenso de una sociedad pluralista, mayor distribución del poder, democratización de la sociedad civil así como la ampliación de la integración social a través de la democracia política (Bobbio, 2014, p. 73).

que cuando un tribunal o corte procede a proteger o desproteger algún contenido de la carta constitucional, lo que hace es asumir una posición frente al pueblo (sea favorable o desfavorable).

La democracia es considerada desde la perspectiva histórica y su etimología como el gobierno del pueblo para el beneficio del mismo, es así que el consenso debe apuntar a la consecución de la satisfacción de las necesidades e intereses de la mayoría de un colectivo. En ese sentido, tomando una posición y definición pacífica sobre la democracia, podemos decir que es la participación de las personas de tal como que «ningún segmento de la población sea excluida», además, representa la competencia porque existen concursos libres y regulares para lograr «apoyo de la población» y significa responsabilidad porque las personas elegidas deben responder a las expectativas del pueblo (Smith, 2009, p. 25 y 26; Catells, 2018; Levistky & Ziblatt, 2018). Esto demuestra que la vocación de la democracia es lograr que las personas participen de manera libre y que se hagan cargo de sus promesas cuando logren acceder al poder.

La democracia como forma de gobierno tiene implicancias en la vida práctica y cotidiana de las personas, ello se debe a que es un esquema de toma de decisiones libres y consentidas. Tal es así que las personas cada cierto tiempo deben elegir a sus representantes para lo cual se necesario que estén informados y participen activamente en el proceso de elección. Los medios para fomentar la democracia son varios, sin embargo, entre los tradicionales tenemos a los siguientes: partidos políticos, organizaciones civiles, representantes de las instituciones, participación de la población, entre otros, por ende, el mecanismo para medir la democracia es considerando el nivel de satisfacción que se produce en cada dimensión, es decir, la existencia de medios que hagan posible la participación libre y voluntaria (López, 2008; López, 2012; Martin, 2014; Moreso, 2014). En la actualidad, la democracia configura la vida pública y privada de las personas; esto es, cada vez que un individuo debe efectuar elecciones o acogerse a una determinada propuesta, necesariamente, utiliza su razonamiento personal para responder sobre la repercusión de la decisión.

En el presente caso, especialmente, debemos resaltar la importancia de la democracia representativa porque es el modelo mediante la cual funciona la política contemporánea. En relación a este tipo de democracia, se debe indicar que pasa por momentos difíciles en la actualidad, por eso suele mencionarse que se encuentra en un estado crítico y problemático porque las variables tradicionales y habituales de la misma están en franco proceso de devaluación, ello resulta así que los partidos políticos, los medios de comunicación, el rol de los agentes del gobierno, entre otros, vienen siendo cuestionados de forma cotidiana en los últimos años, lo cual conduce a la deslegitimación de la

democracia representativa y sus canales de funcionamiento. Así, las expectativas de la población sobre las esperanzas depositadas en la democracia van desvaneciéndose, lo cual trae consigo que la resonancia democrática decrezca. Esta situación se ha visto fuertemente afectado y muy recrudescido con: (i) fragilidad de los partidos políticos, (ii) instituciones públicas que no responden a las expectativas de la ciudadanía, (iii) actores políticos seriamente cuestionados (corrupción, entre otros), (iv) representantes políticos que actúan preocupados por satisfacer sus necesidades personales (desatención de los intereses de la colectividad), (v) pueblo que no cree en la dinámica o funcionamiento de las instituciones políticas, (vi) desprestigio de las instituciones frente a la ciudadanía (niveles altos de desaprobación), (vii) ciudadanía pide mayor ejercicio democrático (uso de mecanismos de democracia directa o participativa), entre otros (Mounk, 2018).

En síntesis, frente a los malestares producidos dentro de la esfera democrática, se plantea como una variable o dimensión para mitigarla la acción y participación de la justicia constitucional. En atención a ello, indicaremos que la única vía para salir del entrapamiento que afronta la democracia representativa no es mediante la acción y participación de instituciones tradicionales (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo o Poder Judicial), sino que mediante la justicia constitucional, al menos, de manera parcial y puntual, también, se pueden obtener resultados favorables para la democracia –tal como viene sucediendo en la actualidad–. Esta situación es posible cuando el Tribunal Constitucional, interpretando la Constitución, asume la posición de defender los valores de la democracia, sea resguardando los intereses de la mayoría, protegiendo derechos de una minoría, mediando en conflictos que tienen fuertes implicancias sociales, entre otros. En ese sentido, la investigación optará por considerar dicha dimensión porque el problema y los objetivos de la misma están orientadas a encontrar respuestas plausibles desde la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

1.3.1 Noción de democracia contemporánea

El modo en que actualmente se defiende y comprende la democracia se cimienta en los siguientes presupuestos: (i) elecciones libres, justas y competitivas, (ii) sufragio adulto universal, (iii) amplia protección de derechos y libertades de los ciudadanos, incluyendo la libertad de expresión, de prensa y asociación, y, (iv) ausencia de autoridades tutelares no elegidas (como ejércitos, monarquías o corporaciones religiosas) que limiten el poder de las autoridades elegidas para

governar (Levitsky & Way, 2010, pp. 5 y 6, también, Mounk, 2018, p. 33). También se ha defendido la idea de que la democracia es una forma de organización del poder y gobierno que se basa en la competencia libre respetando las reglas de juego que ofrece la misma –dentro del marco de la transparencia y fiscalización pública–. En tal sentido, por democracia debería entender la concurrencia de los siguientes presupuestos: (i) una democracia es un conjunto de instituciones electorales vinculantes que traducen de manera efectiva las opiniones populares en unas políticas públicas concretas, (ii) las instituciones liberales protegen con eficacia el Estado de derecho y garantizan derechos individuales, como la libertad de expresión, de culto, de prensa y de asociación para todos los ciudadanos (incluidas las minorías étnicas y religiosas), y, (iii) una democracia liberal es sencillamente un sistema político que es liberal y democrático a la vez: que protege los derechos individuales y traduce las opiniones populares en unas políticas públicas concretas (Mounk, 2018, pp. 33 y 34).

Estos son los rasgos que caracterizan la democracia contemporánea, por ende, se entiende que es una forma de gobierno que procura la máxima transparencia y el ejercicio del poder en igualdad de condiciones, adicionalmente, es un régimen donde el Estado y el sistema político se mueven en base a la garantía de los derechos; esto es, resulta impensable que la democracia sea posible concebir sin derechos, por ende, necesariamente, requiere de un régimen de derechos compatible con el sistema de gobierno. En tal sentido, corresponde precisar que la democracia y el respeto de los derechos deben conjugar, de tal modo que el principio de mayoría absoluta o bien de mayoría relativa se presenten de forma simétrica, al respecto, Sartori señala que el “primero quiere decir: los más tienen todos los derechos, mientras que los menos, la minoría, no tienen ningún derecho. En cambio, el principio de mayoría relativa se concreta así: los más tienen derecho a mandar, pero en el respeto de los derechos de la minoría. Por tanto, desde un punto de vista operativo, el demos es una mayoría, o bien absoluta o bien moderada, y la doctrina es prácticamente unánime al afirmar que la democracia tiene que inspirarse en el principio de mayoría limitada o moderada” (Sartori, 2009, p. 17).

1.3.2 La democracia representativa: rasgos y peculiaridades

Es importante mencionar que los regímenes políticos contemporáneos han instaurado la democracia representativa como una forma de gobierno porque la misma población no puede reunirse o deliberar de forma permanente para adoptar las decisiones. Liberar de la carga de la representación y deliberación son fundamentales porque en vez de la población los representantes, quienes son legitimados por el voto directo, adoptan las acciones y decisiones correspondientes para velar por los intereses de los representados. En ese orden, en la teoría política la democracia representativa implica que “las deliberaciones colectivas, es decir, las deliberaciones que involucran a toda la colectividad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin” (Bobbio, 2014, p. 52). En ese mismo orden, los representantes son entendidos como aquellas personas que reúnen las siguientes características: (i) goza de la confianza del cuerpo electoral, una vez elegido ya no es responsable frente a sus electores y en consecuencia no es revocable; (ii) no es responsable directamente frente a sus electores, precisamente porque él está llamado a tutelar los intereses generales de la sociedad civil y no los intereses particulares de este o aquella profesión (Bobbio, 2014, p. 56).

El Tribunal Constitucional ha precisado que la democracia representativa es de carácter pluralista porque la representación se encuentra sobre la base de la soberanía popular. Es sustancial que se produzcan acuerdos y consensos entre las mayorías y minorías para que no se produzcan fragmentaciones profundas en la representación política. De ahí que es importante que los partidos y movimientos políticos concurren en la formación de la voluntad popular, ello con la finalidad de evitar que sean simples acuerdos de intereses de particulares. Así, el gobierno de carácter representativo está inspirado en cuatro principios:

- (i) Elección de los representantes a intervalos regulares.
- (ii) Independencia parcial de los representantes.
- (iii) Libertad de opinión pública.
- (iv) La toma de decisiones tras el proceso de discusión.

1.4 Juez y democracia: la función democrática de la justicia constitucional

En el presente trabajo se exploran las posibilidades que tienen los jueces constitucionales para colaborar y consolidar la democracia, el mismo que es posible a través de sus decisiones o sentencias. No hay duda de que las decisiones emitidas por los altos órganos de administración de justicia (Tribunal Constitucional o Corte Suprema) producen impactos notables en el sistema jurídico, no solo ello, sino que alcanza a las instituciones del Estado y a la misma sociedad. Ello es así porque en una democracia se respeta la separación de poderes (interdicción de la concentración de poder), lo cual supone que todas las instituciones cumplen sus funciones teniendo como respaldo la Constitución y normas afines, por ende, las instituciones actúan en el marco de la cooperación y colaboración. Este escenario, repetimos, solo es posible dentro de un gobierno democrático donde se predique y cumpla la defensa de las libertades y la independencia de poderes.

Los jueces constitucionales tiene la tarea de proteger y reguardar los valores democráticos mediante sus decisiones, esto es, cada vez que tienen la oportunidad de interpretar la Constitución, de tal modo que la efectúan tomando en consideración los valores de la democracia, además, debe medir el impacto de sus sentencias tomando en cuenta que sirva a la defensa de los valores democráticos o que la fortalezca (preferencia interpretativa democrática). El marco de acción dentro del cual se mueve la justicia constitucional es la democracia, por ese motivo, los jueces tienen la tarea de apearse y maximizar principios como la participación, la deliberación, la protección de minorías, la responsabilidad de los actos, entre otros. Ello responde a que los jueces actúan vinculados a valores superiores como son la libertad, la igualdad, la tolerancia, entre otros (Ferrerres, 2011a; Ferrerres, 2011b; Gargarella, 2011; Gargarella, 2012).

Entonces, las decisiones que emiten los jueces constitucionales no solo suponen solucionar conflictos particulares o concretos, sino que también tiene proyección sobre la democracia, es decir, modelan de algún modo el esquema de decisiones que las personas tendrán presentes en el futuro. Lo cual hace referencia a que es un componente importante de la democracia la decisión adoptada por el juez constitucional, en concreto, esto implica garantizar que para casos futuros se tomará en consideración los principios democráticos.

La relación entre jueces y democracia no es muy pacífica, sin embargo, en los últimos años se han encontrado puntos de convergencia y encuentro entre los mismos porque la

democracia no tiene que suponer la oposición a la participación e intervención de los jueces en las decisiones públicas. En este caso, los tribunales o cortes constitucionales son órganos que tienen gran capacidad de colaboración y contribución hacia la democracia, ya que son entidades que pueden promover la deliberación y aclaración de algunas cuestiones controvertidas, en ese sentido, no cabe la idea de concebir a los tribunales como órganos cerrados o incapaces de fomentar el diálogo y la participación, al contrario, estos pueden servir como agentes para mejorar la calidad del debate público, a su vez, debe estimular la participación pública y promover la adopción de decisiones colectivas con alto grado de reflexividad (Nino, 1997). En ese sentido, debe quedar claro que el juez debe incentivar un diálogo entre los actores constitucionales con la finalidad de obtener o establecer la mejor respuesta posible, adicionalmente, si el juez constitucional estima que una determinada interpretación de la Constitución que ha prevalecido por mucho tiempo debe ser dejada de lado, entonces, tiene que comunicar a los involucrados en el debate sobre tal situación de tal modo que se forme nuevo debate en la esfera pública sobre el mismo asunto, por ende, el papel del juez –en algunas ocasiones– resulta relevante para comprender mejor las discusiones en el ámbito público, asimismo, se perfila como un agente que fortalece la democracia (Ezquiaga, 2013; Ferrajoli, 2009; Gascón, 1994; Gascón, y García, 2016; Gaviria, 2012).

Este marco teórico referencial debe servir para clarificar el problema de investigación y dotar de contenido a las unidades de investigación. Y lo más importante es que presenta los conceptos o constructos claves que se emplearán durante el desarrollo de la investigación. Además, como se trata de un trabajo que se realiza desde el enfoque cualitativo, también, dicho marco servirá para seleccionar y desarrollar herramientas, técnicas y métodos para recolectar, analizar datos y, posteriormente, interpretar los hallazgos de acuerdo a la intención de la investigación. En adición a lo indicado, debe quedar claro que los conceptos y categorías que se presentan aquí son limitados y preliminares porque se trata de un proyecto de investigación; sin embargo, en el informe final se ofrecerá desarrollo amplio y consistente.

1.5 Los modelos de control constitucional: el modelo sustantivista, el modelo procedimental y el modelo democrático

Resulta oportuno revisar de forma rápida y precisa acerca de los principales modelos o esquemas de control de constitucionalidad existentes según la teoría constitucional

contemporánea, ello con la finalidad de conocer sobre los presupuestos o posiciones sobre los cuales cada teoría es construida –justificada–, a su vez, establecer los fundamentos y el contenido que proyectan los mismos. Al respecto, se debe reconocer que el control de constitucionalidad de una realidad vigente en varios países, esto es, en cada Constitución de una nación se establece el modelo de control constitucional de las normas, en especial, se llega a indicar que la democracia requiere en mayor medida un sistema que vigile el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, esto es, debe existir una institución encargada de purgar de elementos normativos contrarios al texto constitucional, sin embargo, con relación a ello existen diversas posiciones: (i) posturas que defienden la presencia del control de constitucionalidad, (ii) posturas que se oponen al esquema de control de constitucionalidad, y, (iii) tesis intermedias que sostienen la presencia de control de constitucionalidad en un sistema de gobierno democrático.

En la teoría y filosofía del derecho constitucional se vienen abordando modelos teóricos sobre control de constitucionalidad; entonces, de ello se comprende que diversos autores vienen postulando y defendiendo modelos de revisión judicial. En ese sentido, la intención de este apartado es dar cuenta o encontrar si algún modelo teórico propuesto es compatible con la defensa de la democracia; esto es, si mediante el control de constitucionalidad se puede lograr el reforzamiento de la democracia y sus valores. Con la intención de establecer un modelo acorde a las finalidades proyectadas se procederá a evaluar las propuestas teóricas desarrolladas por diversos autores que den cuenta de la importancia y el papel de los tribunales o cortes constitucionales dentro de los diseños institucionales. Siendo así en esta investigación se abordará el control de constitucionalidad según los modelos propuestos y desarrollados por Ronald Dworkin, John Hart Ely y Jeremy Waldron.

1.5.1 El control de constitucionalidad según Ronald Dworkin: una aproximación desde la lectura moral de la Constitución

Dworkin sostiene que la interpretación que hagan los jueces de la Constitución debe ser desde el punto de vista moral, esto es, lectura moral de la Constitución porque todos los ciudadanos, políticos, jueces y otros actores están en la posibilidad de entender sobre los principios morales que todo texto constitucional acoge. Según este autor es importante que la labor de interpretación constitucional sea una actividad destinada a determinar la integridad de la Constitución, por eso

se indica que la lectura moral supone que los principios morales abstractos incorporan una preferencia por los derechos, como límites al poder (Dworkin, 2004). En términos precisos, la lectura moral para que no sea pervertida o usada para fines inadecuados –viene limitada y vinculada al contenido del texto constitucional–; esto es, los intérpretes no pueden tomar distancia de la historia constitucional ni las prescripciones constitucionales.

Dworkin se preocupa bastante por la democracia y considera que la misma no puede ser reducida únicamente a la perspectiva estadística, esto es, garantizar el mayor número de participación y que genere consensos mayoritarios, sino que su propuesta de democracia innegablemente introduce que el reconocimiento del valor de la decisión mayoritaria venga sujeta al respeto de determinadas condiciones de participación de los ciudadanos políticos (Landa, 2018; Landa, 2018b; Landa, 2019; Lifante, 2010).

En tal contexto, el control de constitucionalidad de las leyes para Dworkin debe ser compatible con la democracia y la defensa de los derechos, ya que los derechos constitucionales requieren de una protección sustantiva, los mismos que en situaciones determinadas no pueden ser logradas mediante el diálogo democrático, sino que con la ayuda de las cortes. Entonces, la idea fundamental es que para este autor el debate público e institucional debe garantizar el respeto de los valores morales, lo cual implica considerar que la democracia sea un espacio de deliberación sobre cuestiones morales y sustanciales como es la igualdad de estatus de todos los ciudadanos; por ende, si las instituciones respetan dichas condiciones, entonces no habrá justificación para el control de constitucionalidad, sin embargo cuando fracasen dichas instituciones, solo en ese caso, corresponderá acudir a otros mecanismos para salvaguardar y proteger los derechos, en este último caso se estaría haciendo al control de constitucionalidad.

1.5.2 El control de constitucionalidad según John Hart Ely: control procedimental de la ley

Hart Ely sostiene que el control de constitucionalidad de la ley debe ser únicamente procedimental porque la sociedad y los interesados son quienes deben asumir el compromiso de resolver aquellas decisiones fundamentales para el mismo, con lo cual la capacidad de intervención de los jueces debe estar limitada

al procedimiento, esto es, se le asigna al juez la función de defensor del procedimiento democrático, al buscar asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. Este autor considera que la democracia representativa debe ser lo suficientemente capaz de proteger los intereses de las minorías frente a los abusos de las mayorías, si es que es insuficiente entonces es probable que el Poder Judicial –en nuestro caso el Tribunal Constitucional– tenga que solucionar dicho problema. En esa línea de insistir en la postura procedimental de la lectura de la Constitución por el juez, fácilmente queda destacado que el objetivo final es liberar al juez de la tarea de adoptar o determinar los valores sustantivos alojados en la norma constitucional; por tanto, se propone que en sintonía con la tradición democrática solamente al juez se le encarga la misión de supervisar o corregir el procedimiento democrático de la adopción de decisiones sustantivas (Álvarez y Tur, 2013; Andrés, 2003; Atienza, 2008; Bayón, 1985; Bellamy, 2010; Bernal, 2006; Bocanegra, 1981).

En suma, el juez constitucional según Ely es procedimentalista porque únicamente se avoca a velar por la integridad del orden jurídico y que la decisión sustancial sea adoptada siguiendo los procedimientos adecuados, esto es, decisiones vinculados con los derechos fundamentales deben quedar en manos de los órganos competentes y probablemente de la población, pero en ningún caso debe ser competencia del juez, sino que éste solamente se limita a verificar el procedimiento llevado a cabo. Entonces, con certeza se afirma que Ely coloca al juez constitucional es una posición de control así como supervisión de las condiciones en que se desarrolla el proceso político, de este modo queda un amplio margen de discrecionalidad o libertad para que el legislador pueda tomar la decisión correspondiente. Es esencial que el proceso democrático no se vea vedado u obstruido por los jueces (Rubio, 2012; Salazar, 2006; Sanín, 2006; Sartori, 2009; Schmitt, 2002; Tirado, s/f).

1.5.3 La eliminación o restricción del control de constitucionalidad: una propuesta de Jeremy Waldron

Jeremy Waldron ha formulado uno de los ataques más difundidos contra la revisión judicial de las leyes. La tesis central de Waldron es la siguiente: siempre que en una sociedad funcionen adecuadamente las instituciones democráticas y

los ciudadanos tomen en serio sus derechos, no habrá ninguna razón concluyente que permita concluir que los derechos serán mejor protegidos por los jueces que por el legislador. Así se pone énfasis en que a pesar de los resultados positivos que se podrían obtener o establecer, no tiene mucho sentido ocultar que la intervención judicial es democráticamente ilegítima porque los jueces no tienen competencias para efectuar tareas de carácter político.

Waldron comprende que cuando un sistema jurídico ostenta control de constitucionalidad fuerte supone que los jueces tienen diversas competencias, al menos, las siguientes son las más sobresalientes: inaplicar una ley que debe ser aplicada al caso concreto, modificar el sentido interpretativo de una ley para que mantenga consonancia con el texto constitucional, en especial, cuando se trata de derechos fundamentales, y, en el instante en que expulsa una norma del sistema jurídico. Por otro lado, los modelos débiles responden a diseños institucionales donde los jueces no están investidos de las competencias que se mencionaron, más bien sus decisiones se limitan a verificar la incompatibilidad de una ley con la Constitución –al estilo de Reino Unido o Nueva Zelanda–; por tanto, se sujetan a mencionar la contradicción normativa existente, lo que no supone que la misma sea vinculante (declaración de incompatibilidad o mandato interpretativo) tanto al legislador, al Gobierno y al conjunto de la sociedad. Cabe precisar que las críticas dirigidas son hacia el control posterior de constitucionalidad, con lo cual queda a salvo la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad previo. En tal sentido, Waldron pone atención en que el control previo constituye una forma de control político que es realizada por el mismo legislador dentro del procedimiento legislativo. A la vez, este autor señala que el control previo de constitucionalidad es realizado por un juez constitucional, ello denota que no funge como juez, sino que viene a asumir el papel de una de las cámaras del órgano legislativo porque no tiene competencias estrictamente jurídicas (Waldron, 2005; Troper, 2008; Sierra, 2012).

En suma, en términos de Waldron los resultados que se obtengan con el control de constitucionalidad son irrelevantes porque no tienen ningún efecto positivo en la protección o fortalecimiento de la democracia, es más, se trata de esconder los costos democráticos justificando que se trata de la protección de los derechos fundamentales, sin embargo, ello no es así. Lo único que se logra con el control

de constitucionalidad es que el proceso legislativo sea resquebrajado, a su vez, los ciudadanos muchas veces desconocen de la decisión que se adopta a través del control constitucional porque son pocas las personas que pueden tener acceso a ella o conocer el mismo, por ende, no resulta correcto dejar en manos de los tribunales la protección y afianzamiento de la democracia porque los costos para la democracia son mucho más altos de los probables resultados positivos que se obtienen con el control de constitucionalidad; por tanto, según Waldron es un riesgo que no debe asumirse –efectuar control de constitucionalidad sobre cuestiones públicas controvertidas, estos deben quedar en manos de la opinión pública y los legisladores–.

1.5.4 Un balance de las teorías de las formas en que se pueden acoplar en el debate sobre el papel de la justicia constitucional en una democracia

Todas estas propuestas teóricas revisadas dan como resultado que existen posturas a favor y en contra del control de constitucionalidad de las leyes ejercidas por los Tribunales o Cortes Constitucionales –y en algunos países el Poder Judicial–, sin embargo, es un hecho que la mayor cantidad de los países de Europa y América Latina tienen un órgano o entidad especializado que se encarga de proteger la Constitución y los derechos –defensa de la supremacía normativa de la Constitución–. En buena cuenta, la existencia de un mecanismo o procedimiento para garantizar el control constitucional de las leyes es un hecho patente, al menos, los países que se organizan bajo la forma de gobierno democrático conciben como algo natural e, inclusive, necesario la presencia de Cortes o Tribunales para controlar la constitucionalidad de las normas (Breyer, 2017; Cappelletti, 1986; Curtis, 2009; Couso, 2004; Dahl, 2007).

Al tratar el asunto de la justicia constitucional –o control de constitucionalidad de la ley– en el contexto de una democracia, evidentemente, aparecen tesis a favor y tesis en contra, tal como lo hemos podido presentar líneas atrás (De Otto, 1985; Díaz, 2008; Eto, 2015; Guastini, 2008; Gutiérrez, 2014; Häberle, 1997). En ese orden, un hecho visible que gana importancia y trascendencia es que la mayoría de los países muestran cierto afecto y apego a estas instituciones, a su vez, el comportamiento de las mismas muchas veces es favorable para la democracia y, por supuesto, las personas, en este último caso, notablemente, se puede constatar

cuando las Cortes o Tribunales Constitucionales anulan o impiden que se consuma la vulneración de derechos de un sector de la población y, en algunos casos, impiden que se instalen gobiernos autoritarios o antidemocráticos que quieran alterar el régimen de gobierno democrático.

1.6 Los antecedentes de la investigación

En este punto se darán a conocer las investigaciones previas relacionadas con la presente investigación. El propósito de revisar los antecedentes tiene como finalidad evidenciar la problemática, los objetivos y los resultados a los que se arribaron con el trabajo de investigación. Con ello podremos justificar la originalidad y lo genuino de los resultados y conclusiones de la presente investigación.

En el plano internacional existen varias tesis que abordan el tópico de la justicia constitucional, por tanto, no existen trabajos directamente relacionados con la temática, pero que su contenido bastante proximidad con la finalidad del presente trabajo de investigación.

- a) La tesis doctoral presentada por Ortega (2017) quien arriba a las siguientes conclusiones relevantes: un asunto problemático es que el ejercicio del control judicial de constitucionalidad implica el uso de un argumento de carácter racional porque se dedica a la justificación de las decisiones de los tribunales. Otro aspecto que se menciona es que los jueces constitucionales utilizan sus decisiones para abrir discursos que permanecían cerradas por mucho tiempo, a la vez, se persigue que el impacto de las decisiones sean de carácter vinculante y que se implemente en los términos en que fueron dictados, ello en razón a que hubo un momento previo donde se abrió la posibilidad de que las partes comprometidas puedan deliberar y solucionar la problemática pertinente. Se menciona también que los jueces se han valido de diversas estrategias cuando se trató de limitar la participación e intervención de las cortes en las decisiones públicas y colectivas. Finalmente, con relación al asunto de la última palabra menciona que se refiere a quién tiene institucionalmente atribuida la palabra final dentro del proceso de interpretación constitucional; por lo tanto, se puede constatar que la última palabra supone decidir y solucionar casos constitucionales relevantes y que tengan repercusión social notable. Este trabajo nos ha servido para orientarnos y guiarnos sobre los alcances y la importancia del control de constitucionalidad, además, es

una explicación estupenda de cómo es que las cortes en los últimos años vienen deliberando –o concretamente, aportando al debate público–.

- b) Se revisó también la tesis doctoral de Roa (2017), en la misma se llega a las siguientes conclusiones: el acceso directo de los ciudadanos a la justicia constitucional es una transformación relevante del orden constitucional que fortalece la democracia constitucional. También se sostuvo que en Colombia el acceso a la justicia constitucional es abierta y así garantiza que se genere un constitucionalismo dialógico. Esta tesis fue de mucha ayuda porque traza los lineamientos del control de constitucionalidad para que los ciudadanos puedan acceder a la misma, por tanto, la Corte se vuelve en un primer poder que acoge y escucha a las personas.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 Breve caracterización del entorno problemático de la justicia constitucional

En la actualidad el ambiente constitucional respira y se beneficia cada vez más de la constante labor que desarrolla el Tribunal Constitucional (en la presente investigación los términos Corte Constitucional, Tribunal Constitucional, Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional son utilizados como sinónimos, es decir, estas denominaciones hacen referencia directa a la forma o medio a través del cual se defiende la Constitución –en sentido lato–, o, más concretamente aquella institución que “decide sobre la validez constitucional de las leyes” (Rubio, 2012, p. 1251; Eguiguren, 2002). Esta institución a través de su jurisprudencia ha ido desarrollando un derecho constitucional propio del siguiente modo: desarrollando la función de las instituciones públicas (márgenes de actuación y comportamiento), dando contenido y protección a los derechos fundamentales, resguardado la supremacía de la Constitución, solucionando conflictos de diversa índole con relevancia constitucional, entre otros². Es claro que dichos aspectos son esenciales para incrementar el debate y la discusión teórica sobre la cuestión interna del derecho constitucional (despertar el debate constitucional), inclusive, los alcances de la justicia constitucional se proyecta más allá del campo constitucional, en este caso, llega a repercutir en la misma dinámica de la democracia. Con lo cual no queda duda que la justicia constitucional es una institución necesaria para la organización política y constitucional de los Estados contemporáneos, ello consiste en que es un instrumento que se pone al servicio del control y fiscalización del poder, además,

² Es menester apuntar que el Tribunal Constitucional alimenta el debate constitucional y contribuye con el desarrollo de instituciones a través de sus sentencias.

acondiciona la práctica constitucional (procesos constitucionales) al fortalecimiento del Estado Constitucional³.

En la gramática de la justicia constitucional todavía existen cuestiones abiertas y que permanecen sin respuesta plausible, al menos, ello sucede en el país. En relación a esto, en el contexto de la justicia constitucional peruana no se conoce sobre la importancia de la justicia constitucional en la configuración y fortalecimiento de la democracia, el mismo que se problematiza así ¿Es posible que la justicia constitucional coadyuve para fortalecer la democracia? Es una cuestión que todavía permanece irresuelta, además, responder a dicha interrogante ha originado profundos y frondosos debates en la teoría constitucional contemporánea, en especial, en el marco del control de constitucionalidad. En relación a ello, nítidamente, se han elaborado y tejido distintas respuestas, entre los más destacables están: (i) tesis que aceptan que la justicia constitucional es una institución capaz de promover y fortalecer la democracia, y, (ii) tesis que rechazan y sostienen que la justicia constitucional es incompatible con un esquema de organización de gobierno basado en la democracia. Sumado a ello, no es cuestión baladí indicar que la mencionada interrogante ha causado mucho escozor e inquietud entre filósofos del derecho, constitucionalistas y, hasta, politólogos.

Considerando las precisiones preliminares ofrecidas, cabe señalar que la actuación de la justicia constitucional se ha tornado en importante para el debate constitucional contemporáneo. Este hecho puede ser corroborado fácilmente porque varios textos constitucionales, al menos, *post-Segunda Guerra Mundial* prevén mecanismos de control constitucional de las leyes que recae en manos de un órgano especializado como el Tribunal o Corte Constitucional⁴. También es de recibo mencionar que dicha institución ha ganado espacio en el debate constitucional por las funciones especiales encomendadas, tales como son: (i) protección de los derechos constitucionales (fundamentales), (ii) solución de conflictos de competencias entre los órganos autónomos del Estado, (iii)

³ En la actualidad la justicia constitucional es una pieza clave para la organización y mejor comprensión del Estado Constitucional, debido a que el control de los poderes en este tipo de Estado son mucho más consistentes y plausibles.

⁴ Los constantes golpes que ha sufrido la democracia durante el siglo XX por obra y acción de gobiernos autoritarios, sumado a ello, situaciones críticas como la pobreza y exclusión han postergado el ejercicio de los derechos fundamentales; por ende, dichos problemas de algún modo fueron canalizados a través de la justicia constitucional; esto es, dichos órganos han asumido el rol de promover los valores democráticos y, especialmente, la protección de los derechos fundamentales. Es menester indicar que en estos casos la justicia constitucional actúa como una entidad que pone límites a la actuación del poder; porque por intransigencia de estos no se puede lograr el ejercicio de los derechos y la promoción de ideales democráticos.

declaración de invalidez de una ley contraria a la Constitución, (iv) declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la participación de un partido político en la esfera pública (escenario político), (v) declarar la vacancia del Presidente de la República, (vi) mediar como actor político en aquellas controversias socialmente complejas, entre otros. Este elenco de funciones da centralidad a la justicia constitucional en la gramática constitucional; sin embargo, más allá de eso, las fronteras de la investigación reposan en otras *dimensiones o funciones* del Tribunal Constitucional, concretamente, pone atención y problematiza sobre el papel de dicha institución en la consolidación y fortalecimiento de la democracia; es decir, evaluar si mediante el ejercicio del control de constitucionalidad tanto formal y sustancial, así como a través de la interpretación de las disposiciones constitucionales promueve los valores democráticos. Ello, en líneas generales, significa determinar si la justicia constitucional encaja con los vectores de la democracia para que con su actuación pueda confortarla y vigorizarla.

En gran medida, la orientación que toma la investigación responde a que la justicia constitucional en la actualidad naufraga entre dos tesis opuestas, tal como fueron puestas a consideración en el párrafo inicial, sumado a ello, no queda claro la actuación y el lugar que ocupa en una democracia la justicia constitucional, es decir, existe desconocimiento sobre sus cualidades democráticas. En ese sentido, la situación problemática se produce y enfoca en que la dimensión democrática de la justicia constitucional en el país es desconocida (¿Qué acciones ha realizado a favor de la democracia la justicia constitucional?)⁵, por las siguientes razones: (i) no existen estudios o trabajos en el país que den cuenta de la importancia de la justicia constitucional para la democracia o la defensa de los valores democráticos (no sabemos si la justicia constitucional es una variable que puede jugar a favor de la democracia, en caso que fuese así, tampoco conocemos cómo es posible, cuáles son sus implicancias y qué evidencias existen al respecto), es así porque existe abundante jurisprudencia (o decisiones) que impiden visualizar de manera nítida la función del Tribunal Constitucional en el marco de la democracia, (ii) existen algunas decisiones del Tribunal Constitucional que han tenido repercusión mediática porque han favorecido a la democracia; sin embargo, se desconoce los alcances y el contenido de la misma, y, (iii) frente a la crisis de la democracia representativa que experimenta el país (instituciones que canalizan la voluntad popular

⁵ Está en duda en qué situaciones se ha desempeñado como un órgano para favorecer la democracia y en qué circunstancias no ha realizado dicha acción, y, lo más importante no se sabe cómo ha configurado la democracia a través de sus decisiones.

carecen de legitimidad frente a la población), la justicia constitucional ha estado tejiéndose como una institución destinada a pretender satisfacer las expectativas de las demandas sociales. En todos estos casos, existen dudas e incertezas sobre la actuación del Tribunal Constitucional en una democracia, lo cual se torna en un problema.

En la actualidad conocemos –de manera somera– a través de algunos estudios preliminares la importancia de la justicia constitucional en la promoción de los valores democráticos; pero no existe una evaluación así como análisis profundo sobre el rol de las sentencias del Tribunal Constitucional dentro del marco democrático. Tal es así que todavía creemos que dicho órgano únicamente sirve para resolver causas vinculados con la inconstitucionalidad de las normas y la protección de derechos fundamentales –o algunas de las competencias mencionadas *supra*–; sin embargo sus funciones se han extendido mucho más allá de eso. En esa línea, en términos generales y de forma preliminar, podemos desglosar algunas coordenadas y acciones desplegadas del Tribunal Constitucional en los últimos años en relación a la defensa de los valores democráticos, entre las decisiones más importantes que podemos apreciar son: cuestión de confianza (la limitación de dicha facultad por el Congreso de la República es inconstitucional), publicidad en medios estatales (la prohibición de realizar publicidad en medios de comunicación pública afecta el derecho a la información y la libertad de contratación, por ende, resulta inconstitucional la medida que promueva su limitación o prohibición), reelección de autoridades locales (las autoridades no tienen derecho a la reelección; sin embargo, ello no supone la limitación del derecho a la participación política), consulta previa a las comunidades campesinas (todas las medidas administrativas y legales debe ser consultadas, solo de esta manera el ejercicio de la democracia será plena, es decir, protegiendo los intereses de las minorías), matrimonio de las personas del mismo sexo (este sector de la población tiene derecho a que se le reconozca el matrimonio, lo cual también implica la protección de la democracia), entre otros asuntos, estos hechos que estuvieron bañados de contenido democrático, es así que la decisión adoptada por dicho órgano fue vital porque repercutió directamente en el grupo de personas a los que les interesaban. Se deduce que las sentencias que mencionamos tienen la orientación y finalidad de mejorar el rol del Tribunal Constitucional en el marco de una democracia a través de la interpretación de la Constitución, pero es desconocido el contenido y el impacto que causan los mismos en la dinámica política y jurídica.

La tesis central que problematiza la investigación es conocer y analizar el rol que tiene el Tribunal Constitucional en la consolidación de la democracia. En la actualidad la justicia constitucional constituye una dimensión relevante en la discusión de la teoría constitucional; sin embargo, es escaso el conocimiento que se tiene sobre su desempeño así como las ventajas o desventajas que representa en la democracia⁶. En concreto, en el país no se ha examinado el valor y la importancia que tiene en la promoción de los ideales democráticos. Las sentencias expedidas por este órgano son evaluados en términos técnicos; esto es, el alcance o la naturaleza de cierta institución del proceso constitucional (recurso de agravio constitucional, represión de actos homogéneos, finalidad de los procesos constitucionales, entre otros), pero no se dice mucho sobre las calidades democráticas que exhiben algunas decisiones emitidas (o las que se declaran abiertamente democráticas). En ese orden, resulta vital que el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional sean evaluadas considerando el horizonte democrático: (i) si el TC sirve como una variable para promover y consolidar la democracia o, en su defecto, (ii) es insostenible su presencia dentro del marco democrático, por ende, actúa solo como un órgano técnico. Este último punto, únicamente, será posible evaluando el comportamiento jurisprudencial y la teoría que sirve de respaldo.

Una lectura desde la perspectiva política y puramente democrática se puede llegar a considerar que el Tribunal Constitucional es una institución que solo sirve para obstruir iniciativas políticas, oponerse a reformas elaboradas por el legislativo o poner trabas en las funciones de las demás instituciones. Esto no es del todo cierto y la justicia constitucional no es del todo malo. En efecto, este órgano también busca promover la democracia y los derechos fundamentales, ello se puede constatar con facilidad de los pronunciamientos emitidos que han sido muy apegados a los valores de la democracia. Mediante interpretación de la Constitución el Tribunal Constitucional ha logrado promover la democracia porque las disposiciones del texto constitucional (interpretación en sintonía con el contenido democrático). En ese orden, la problemática de la investigación pone énfasis en la configuración de la democracia por el Tribunal

⁶ Las tesis y propuestas habituales o los lugares comunes por donde se mueve el debate sobre el control de constitucionalidad, por decirlo de alguna forma, son: (i) tensión entre Constitución y democracia, (ii) rol de la justicia constitucional en la protección de los derechos fundamentales, (iii) apertura de la justicia constitucional hacia la dimensión política, (iv) los límites de la justicia constitucional (frenos constitucionales a su actuación), entre otros aspectos, sin embargo, al menos, en el país no existe un debate o elaboración teórico que dé cuenta o explique sobre los alcances de la justicia constitucional en la democracia y si la misma puede ser una variable útil así como necesaria para fortalecerla.

Constitucional a través de la interpretación de la Constitución, es importante conocer ello para saber si está la construcción jurisprudencial responde a la promoción de la democracia o por el contrario la distorsiona y se opone a la misma. El problema se torna mucho más relevante cuando el asunto de la democracia constitucional, necesariamente, demanda la presencia de la justicia constitucional para lograr el encuadramiento entre democracia y Constitución que exige dicha forma de democracia.

Finalmente, el problema de investigación consiste conocer el rol que desempeña el Tribunal Constitucional en una democracia; es decir, si este órgano puede ser un aspecto o variable para lograr la consolidación de la democracia. Es un lugar común considerar que los canales que por excelencia fortalecen la democracia son: (i) medios de comunicación, (ii) la participación activa de la población, (iii) las elecciones periódicas, (iv) la presencia de partidos políticos, entre otros; sin embargo, poco se sabe acerca de la participación de la justicia constitucional como una variable o factor que contribuya al fortalecimiento de los valores y principios democráticos. Esto es, no se conoce con exactitud si mediante la interpretación de la Constitución el Tribunal Constitucional cumple con el rol de favorecer o dar vigor a la democracia. Frente a dicho inconveniente, explicaremos el funcionamiento de la justicia constitucional en un entorno democrático, el desempeño que tiene en la actualidad, la importancia de contar con dicha institución y, fundamentalmente, analizamos el comportamiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional para que a partir de allí establecer las coordenadas de convergencia y divergencia que se producen frente a la democracia; aquí ponemos especial énfasis en las consonancias más que en las disonancias que implique la justicia constitucional para la democracia.

2.2 Formulación del problema de investigación

2.2.1 Problema general

¿El Tribunal Constitucional es una institución que a través de la interpretación de la Constitución realiza el papel de contribuir en la consolidación y fortalecimiento de la democracia en el Perú?

2.2.2 Problemas específicos

- ¿Cuáles son los presupuestos o fundamentos teóricos para considerar a la justicia constitucional como una herramienta puesta al servicio de la consolidación y defensa de los valores democráticos?
- ¿Existe evidencia empírica (producción y desarrollo jurisprudencial) que demuestre que el Tribunal Constitucional actúa como soporte para la consolidación de la democracia?
- ¿Cómo debe organizarse el Tribunal Constitucional para que sea considerado una institución que propicie la adecuada dinámica del sistema político y la consolidación de la democracia?
- ¿Los jueces constitucionales mediante la interpretación de la Constitución pueden luchar en contra de las manifestaciones o expresiones de carácter autoritario que se susciten en un régimen político democrático?

2.3 Los objetivos de la investigación

2.3.1 Objetivo general

Explicar si el Tribunal Constitucional es una institución que a través de la interpretación de la Constitución realiza el papel de contribuir en la consolidación y fortalecimiento de la democracia en el Perú.

2.3.2 Objetivos específicos

- Establecer los presupuestos o fundamentos teóricos para considerar a la justicia constitucional como una herramienta puesta al servicio de la consolidación y defensa de los valores democráticos.
- Determinar si existe evidencia empírica (producción y desarrollo jurisprudencial) que demuestre que el Tribunal Constitucional actúa como soporte para la consolidación de la democracia.
- Indicar la forma en que debe organizarse el Tribunal Constitucional para que sea considerado una institución que propicie la adecuada dinámica del sistema político y la consolidación de la democracia.

- Explicar si los jueces constitucionales mediante la interpretación de la Constitución pueden luchar en contra de las manifestaciones o expresiones de carácter autoritaria que se susciten en un régimen político democrático.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

En esta investigación, la metodología empleada y trazada para recoger los datos e información pertinente, así como procesamiento de los resultados y discusión del trabajo y del mismo modo las conclusiones, consistieron en la revisión bibliográfica y jurisprudencial. Se tuvo presente que el enfoque bajo la cual se gestó y elaboró la investigación es el *cualitativo*, el mismo que facilitó el análisis teórico y jurisprudencial sobre el funcionamiento de la justicia constitucional, concretamente, si el Tribunal Constitucional actúa o actuó como una entidad al servicio de la democracia, esto es, cooperar con el fortalecimiento de los principios y bases democráticas. El evento o situación particular que fue materia de investigación son las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en especial, aquellas que desarrollo o abordan tópicos vinculados a la democracia. Aquí cabe enfatizar que las investigaciones desde la perspectiva o enfoque *cualitativo* se sirven de métodos hermenéuticos para comprender mejor la realidad problemática; por tanto, situaciones de medición o corroboración de datos numéricos no son parte de la investigación.

El modo en que se procedió a ordenar y sistematizar la información es siguiendo estos pasos: (i) descripción del objeto de investigación porque era importante detallar las características, el contexto y circunstancia en que se produce y analiza la situación problemática, en este caso, la ubicación de la justicia constitucional desde el plano teórico para luego contextualizarlo en el escenario nacional –esto es el país–, y, (ii) explicación de la problemática de la investigación, lo cual consistió en evaluar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial, las decisiones estrictamente vinculadas a la defensa y posicionamiento de la democracia; entonces, se explicó con bastante detalle las razones o causas que generan que el Tribunal Constitucional se haya constituido en una entidad

al servicio de la protección y defensa de los valores democráticos, a su vez, se dio cuenta de los efectos que tiene la misma frente al orden jurídico y, por supuesto, el sistema político. En suma, estas son las bases o cimientos metodológicos sobre las cuales descansa la investigación, al menos, aquella vinculada a la organización y sistematización de los datos e información recogida y almacenada en los instrumentos de investigación.

Resulta menester enfatizar sobre el enfoque de la investigación, ya que sus presupuestos y elementos sirvieron para lograr la sistematización y procesamiento de información relevante. Al respecto, de forma general es posible considerar que la investigación cualitativa enfoca o aborda determinado problema desde la perspectiva interpretativa –o hermenéutica–; por tanto, el fenómeno, problema, persona o grupo viene sometido al análisis interpretativo, por este motivo, “el investigador estudia de cerca el fenómeno, persona o grupo sin llevar una contabilidad numérica de los datos obtenidos” (Olvera, 2014). No hay que olvidar que el proceso de elaboración de la investigación es de carácter flexible, esto es, los recursos que pueden utilizarse para abordar la situación problemática son diversas, inclusive, las estrategias son abiertas y no estructuradas porque cada fenómeno que se investiga es particular y especial, por ende, requiere de interpretación para comprender los alcances del mismo.

También es menester indicar que los métodos en el campo jurídico todavía están en construcción y modificación constante, por esa razón, es imposible establecer como reglas generales determinados métodos, sin embargo, a lo largo de muchos años los juristas han ido elaborando técnicas o herramientas para abordar mejor el asunto de la investigación jurídica. Entre los métodos que cabe resaltar está el dogmático, es el único que ha logrado desarrollarse con amplitud y en cierto modo buscando explicar el fenómeno jurídico casi en todas sus dimensiones, el mismo que tiene las siguientes funciones: “1. Una función de ordenar y sistematizar el derecho, 2. Una función de estabilidad y conservación, 3. Una función de descongestión y de prohibición de negar el derecho, 4. Una función de vinculación e innovación, y, 5. Una función crítica y desarrollo del derecho” (Rüthers, 2018, p. 166; Núñez, 2014, Núñez, 2017).

Finalmente, el enfoque *cualitativo* de la investigación ha permitido que las decisiones del Tribunal Constitucional sean evaluadas desde una perspectiva concreta, en este caso, si dicho órgano a través de sus sentencias actuó como promotor de los valores y principios democráticos, a su vez, la forma en que lo hizo. En efecto, se ha podido constatar que el

Tribunal Constitucional ha garantizado –en las oportunidades que tuvo– la vigencia de los principios democráticos porque de sus decisiones se desprende el uso de argumentos democráticos para sustentar mejor una sentencia, adicionalmente, se advirtió que se ha constituido en un órgano que pone freno a la actuación de las mayorías parlamentarias, en especial, cuando estos logran desempeñarse en oposición a los principios democráticos.

3.1 El acceso al campo de la investigación

En este punto se informa sobre el modo en que se accedió a estudiar y conocer el fenómeno u objeto de investigación. Lo que se debe mencionar es que el objeto estudiado fue la institución del Tribunal Constitucional y, concretamente, las decisiones que emite dicha institución. En relación a ello cabe destacar que se presentaron dificultades para abordar el problema investigado porque el número de sentencias que emite el Tribunal Constitucional cada año y mes son bastantes, por ese motivo, se tuvo que efectuar delimitación temática, esto es, únicamente se revisó aquellas sentencias relacionadas con la democracia o que en su contenido dichas sentencias hayan abordado el asunto de la democracia, de este modo, el mismo que fue posible con ayuda del buscador implementado por el Tribunal Constitucional en su portal web (www.tc.gob.pe). Dicho buscador fue bastante útil para precisar los contornos de la investigación, esto es, se logró establecer con exactitud las sentencias que desarrollan y abordan la democracia.

El periodo de duración de esta investigación es de más de dos años, ya que previamente se tuvo que leer e informarse sobre los alcances de la justicia constitucional y los debates contemporáneos que existen sobre la misma. Luego de haber efectuado dicha tarea se procedió a elaborar el proyecto de investigación y, posteriormente, el informe final del mismo –este documento es la plasmación del mismo–. En esta investigación primó el análisis documental, ya que el acceso al conocimiento se produjo con el apoyo de material bibliográfico, asimismo, las sentencias del Tribunal Constitucional están expresadas y consideradas en resoluciones, las mismas que fueron revisadas durante el desarrollo de la investigación. En suma, se debe indicar que el acceso al campo donde se realizó la investigación fue del siguiente modo: (i) revisión bibliográfica sobre la justicia constitucional y los debates contemporáneos, (ii) análisis de las principales sentencias del Tribunal Constitucional que desarrollan asuntos vinculados con la democracia, (iii) interpretación de los resultados de la investigación de acuerdo a la teoría o doctrina

constitucional existente, en especial, aquella que justifica que la justicia constitucional puede ser una entidad que promueva el debate público, y, (iv) la discusión de la investigación se elaboró con la jurisprudencia y la doctrina que establece que la justicia constitucional puede ser una entidad que active y ponga en marcha la democracia.

3.2 La selección de informantes y situaciones observadas

La selección de los informantes obedeció a la calidad de información que los mismos podían proveer a la investigación, en este caso, concretamente, se advirtió que las sentencias del Tribunal Constitucional actúan o se constituyen en agentes que informan sobre el contenido de la investigación. Tenemos que indicar que dichas sentencias son fuentes fiables porque fueron emitidas por el Tribunal Constitucional, por tanto, sobre ellas se puede hacer interpretaciones e indagaciones que se vean por convenientes. En la presente investigación se tomó como punto central las decisiones de dicho órgano, ello porque son portadoras de información relevante para el trabajo, a su vez, el Tribunal Constitucional únicamente cuenta con esos medios para expresar y traducir su decisión al público; por ende, son fuentes altamente confiables para la presente investigación. Es imposible sostener que la investigación se realice sin considerar el contenido de las decisiones porque sin ellas no se puede detectar si el Tribunal Constitucional es relevante o irrelevante para la democracia.

Con relación a la selección de situaciones concretas se debe mencionar que en la investigación se consideran a las sentencias del Tribunal Constitucional, pero con especial énfasis en aquellas decisiones que desarrollan la democracia o se pronuncian sobre dicho tópico. El criterio utilizado para seleccionar dicha situación concreta obedece a las siguientes razones: (i) el Tribunal Constitucional tiene como único medio válido y legítimo para expresarse al público a las sentencias, (ii) las decisiones constitucionales acogen la ideología y el razonamiento que cada juez del Tribunal Constitucional posee respecto a un caso concreto –controversia concreta–, y, (iii) las sentencias constitucionales tienen una singular importancia en el sistema jurídico peruano, inclusive, impacta en el sistema político porque el órgano que las emite es la máxima instancia donde se dilucida y discute sobre el contenido de la Constitución.

El hilo conductor que se siguió para seleccionar a los informantes es considerar la información teórica recogida previamente; esto es, aquellos datos vinculados con el rol y funcionamiento de la justicia constitucional. Luego se efectuó la identificación del lugar

o sitio donde se debía recoger los datos, en este caso, los mismos que se situaron en las sentencias del Tribunal Constitucional porque de ella se extrae información relevante. En tal sentido, podemos indicar que los informantes –que estuvo compuesta por sentencias del Tribunal Constitucional– han orientado el curso de la investigación, ello sucedió del siguiente modo: (i) se analizaron el contenido de las sentencias constitucionales, (ii) se determinó si las sentencias constitucionales tenían como fin la promoción y afianzamiento de la democracia, y, (iii) se explicó el modo en que cada decisión pudo aportar a la democracia.

3.3 La estrategia de recogida y registro de datos

En este apartado se explica la forma en que se procedió a recoger la información o los datos de la investigación. Con relación al mismo se debe considerar que toda la información de la realidad fue recogida a través de los instrumentos de investigación, en este caso, la ficha de resumen y ficha de registro bibliográfica, en dichos instrumentos se pudo alojar y almacenar la información pertinente, esto es, todo lo relacionado al rol del Tribunal Constitucional y la democracia. Entonces, la estrategia de la recogida de datos respondió a las unidades y categorías de análisis porque sobre los mismos se construyen los resultados de la investigación, por ende, se tuvo que proceder con la recolección de toda la información disponible sobre la justicia constitucional y la democracia, es más, en especial, la relación entre éstas.

Sobre el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional se debe indicar que las mismas fueron materia de evaluación y análisis considerando su singularidad, esto es, tomando en cuenta que las sentencias emitidas por dicho órgano son inmensas porque cada día se emiten varias decisiones, teniendo presente ello se procedió a trabajar del siguiente modo: (i) usar el buscador de sentencias del Tribunal Constitucional para buscar la información requerida, (ii) en el buscador de sentencias se introdujo las palabras claves: “democracia” “justicia constitucional y democracia”, otros, y, (iii) una vez ubicadas las sentencias se procedió a examinarlas según el propósito de la investigación y, concretamente, vinculadas con las unidades de investigación.

3.4 El análisis de datos y categorías

Se procede a explicar sobre el procedimiento trazado y seguido durante la recolección de la información, concretamente, se concentra en la reducción de la información irrelevante

para la investigación. Para tal fin se propuso el trabajo con sistema de categorías que serían relevantes para la investigación, el mismo que consistió en:

- (i) La justicia constitucional: concepto, origen, evolución, características, implicancias y problemática.
- (ii) La democracia: concepto, origen, evolución, características, implicancias y problemática.
- (iii) El rol de la justicia constitucional en una democracia: relación entre Constitución y democracia, los jueces como promotores de la democracia, otros.
- (iv) La importancia de las sentencias o decisiones del Tribunal Constitucional: el impacto de las decisiones del TC, la configuración y desarrollo de instituciones jurídica mediante la jurisprudencia del TC, entre otros.
- (v) La Constitución y sus implicancias en el sistema jurídico: los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales.

Finalmente, el manejo de datos se realizó con la ayuda de procesador de texto, en este caso una computadora, el mismo que sirvió para redactar el contenido de la investigación. La información vinculada al objeto de investigación, en este caso, se encuentra alojada en una base de datos creada por el Tribunal Constitucional; por ende, frente a ello únicamente se tuvo que proceder a analizar y evaluar el contenido del mismo. Así, los intereses de la investigación fueron concretizados mediante el uso de técnica de interpretación y análisis de contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional en materias o pronunciamientos relacionados con la democracia, esto responde a que la “línea jurisprudencial bien estructurada deja al lector mejor preparado para entender un tema social y político complejo y apremiante. Le permite entender con mejor claridad sus opciones y garantizar que las decisiones políticas y sociales sean más realistas y comprometidos” (López, 2008, p. xxv).

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este capítulo se condensan los aspectos más saltantes sobre la participación y comportamiento de la justicia constitucional en una democracia, en especial, se analizan las sentencias del Tribunal Constitucional en el marco de la democracia. Metodológicamente la forma de presentar el contenido de este capítulo responde a la revisión de los contenidos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, a pesar que se haya hecho precisión sobre este asunto en la parte correspondiente, ahora, toca poner atención a los siguientes aspectos: (i) definición de democracia que elabora el Tribunal Constitucional, (ii) análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional con la finalidad de encontrar la colaboración que hacen a la democracia a través de los mismos, (iii) revisión del sistema de nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional, y, (iv) análisis de la experiencia comparada sobre fortalecimiento de la democracia a través de la actuación del Tribunal Constitucional.

En concreto, en este punto debemos partir de la noción de que la democracia fue por bastante tiempo un ideal extensamente compartido y practicado. Tal es así que durante la guerra fría, tanto capitalistas como comunistas coincidían en que la sociedad debía ser democrática, por ende, la concordancia era casi plena sobre los atributos y las buenas razones que ofrecía la democracia para la convivencia pacífica entre los miembros de una comunidad. En tal sentido, no era sorprendente o novedoso que los filósofos políticos despertaran considerable interés cuando se proponen expresar los requisitos básicos del principio democrático. En este contexto se promueve que el proceso democrático sea cada vez más deliberativo y que existe discusión colectiva, al menos, en aquellos asuntos de relevancia pública o interés general; por tanto, lo más importante aquí es garantizar el funcionamiento de la razón pública para crear condiciones política óptimas donde las

personas que participen en la misma se vean beneficiadas de todos los réditos que puede ofrecer la dinámica democrática. Tal vez ello ha conducido a que en los últimos años se ponga bastante énfasis en la democracia de corte deliberativa, el mismo que no solo tiene presencia en estricto dentro del proceso colectivo de participación, sino que amplía sus alcances hacia el rol y funcionamiento de las cortes o tribunales constitucionales (Oquendo, 2005).

En ese orden, en esta investigación se sostiene que el Tribunal Constitucional debe constituir un centro importante de promoción y articulación de los valores democráticos, a su vez, se debe producir la maduración del proceso democrático-constitucional, lo cual supone limitar y controlar la actividad de los poderes públicos y privados, esto es, que no actúen al margen de la Constitución y las normas. Se entiende que en el marco del Estado Constitucional es importante promover la defensa de los derechos fundamentales porque son el punto de equilibrio entre el poder público y la ciudadanía, es decir, constituye una causa común garantizar la vigencia de los derechos constitucionales. Tal vez por eso dicha razón en la doctrina nacional se menciona que la justicia constitucional requiere de un “activismo judicial moderado” (Landa, 2019) fundado en la interpretación de la Constitución y la eficacia de los derechos fundamentales. Ello resulta así porque existe un ambiente favorable a nivel internacional porque los tratados sobre derechos humanos ahora son vinculantes y de aplicación obligatoria por los países que suscriben dichos instrumentos. Otro asunto que no debe olvidarse es que dentro del Estado Constitucional están presentes nociones como la fuerza vinculante de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales, entre otros, forman parte del nuevo plexo teórico en la que se desenvuelven las cortes en los últimos años.

4.1 Los presupuestos teóricos necesarios para considerar a la justicia constitucional como el agente que moviliza y coopera con la democracia⁷

Es sustancial considerar que la justicia constitucional en la actualidad se desempeña y desenvuelve en un marco teórico novedoso que no estaba presente hace 40 o 50 años atrás. Esta situación se debe a que el constitucionalismo y el Estado Constitucional han reconfigurado el orden jurídico, lo cual supone que los sistemas jurídicos contemporáneos

⁷ Esto responde al primer objetivo específico de la investigación que corresponde a determinar los presupuestos o fundamentos teóricos para considerar a la justicia constitucional como una herramienta puesta al servicio de la consolidación y defensa de los valores democráticos.

introducen principios y aspectos morales a través de la Constitución. Ningún orden jurídico es ajeno a la moral porque los derechos fundamentales y los derechos humanos se edifican sobre la noción de dignidad, el mismo que en su centro contiene una sustancia de índole moral, ya que no puede ser explicado solamente a través de las normas jurídicas. Esto se presenta así porque en la antigüedad la moral y el derecho estuvieron unidos, sin embargo, en el Estado legislativo las reglas lograron ganar autonomía y separarse de la moral, pero, finalmente, en el marco del Estado Constitucional el derecho nuevamente se conecta con la moral mediante los principios constitucionales (Barberis, 2015).

4.1.1 Estado Constitucional: expansión y robustecimiento de la noción de Constitución

El Estado constitucional supone que los caracteres del mismo no se circunscriben a los de un Estado de derecho legislativo. Ello, en palabras Zagrebelsky (2011) supone que la posición de la ley por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución. No obstante, en consecución a la concepción del Estado de derecho, en el que, cuyo objetivo principal era la limitación del poder, el Estado constitucional, además, según el mismo autor, se debe encontrar sustentada en forma más completa posible el principio de gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases que fundamentan el Estado de derecho, lo cual resume, también, una filosofía política al entendimiento de los derechos fundamentales de la persona. En ese orden, el Estado Constitucional más allá de limitar el poder, también, procede a configurar un esquema o filosofía política donde lo más importante es que los derechos sean la brújula de orientación de los poderes públicos y privados, es decir, todo se cimienta en los ideales de la Constitución.

En este punto, siguiendo las grandes ideas trazadas por Carbonell (2015), se puede indicar que los antecedentes históricos del Estado Constitucional descansan en los siguientes textos constitucionales: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos promulgado 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Estos forman la partida de nacimiento de este tipo de Estado, ya que las bases filosóficas y los ideales políticos se

encuentran aquí. En tal sentido, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos como texto inicial redactado por Thomas Jefferson, condenaba la esclavitud y hacía recaer la responsabilidad por el inhumano tráfico de las personas de color en el monarca inglés (aunque modificada posteriormente por Adams y Franklin). La citada declaración, representa una especie de derecho fundamental colectivo en referencia a la autodeterminación de los pueblos. Que, si bien el ejercicio de la autonomía hasta llegar a la sucesión no encaja fácilmente a la acepción moderna de los derechos fundamentales, lo resaltante es que al decidir Estados Unidos su separación de Inglaterra, articulada a través de la Declaración de Independencia, los habitantes de Estados Unidos pudieron otorgarse un catálogo de derechos.

Asimismo, cabe destacar que la declaración, “no es un texto dividido en artículos”, al modo típico de un documento legislativo; por esta razón, que su análisis tiene mayor interés en la filosofía política que en los estudios de dogmática constitucional. Entonces, tal como lo explica Carbonell (2015), lo interesante de su contenido son algunas afirmaciones que contiene el segundo párrafo, en el que se exponen algunas “verdades” que los redactores del documento utilizan para justificar su separación de Inglaterra”. Una de esas denominadas “verdades” era “que todos los hombres son creados iguales”. Inclusive, la declaración agregaba que los hombres tienen ciertos derechos inalienables de los que han sido “dotados por su creador”; entre esos derechos menciona la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

En otro escenario, esto es, en Francia se puede considerar que con la Revolución francesa aparece el documento jurídico más importante del mundo moderno: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Que a diferencia de los Estados Unidos, en términos de Carbonell (2015), no se tenía que alcanzar la independencia respecto a ninguna potencia colonial sino establecer un sistema en el que no reinaran los privilegios de nacimiento y en el que no hubiera una monarquía absolutista; tal como, se advierte del artículo de la Declaración, la misma que establecía lo siguiente los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Al respecto, se debe destacar que el objetivo final de la declaración era dar a conocer los derechos y asegurar el bienestar de todos.

Los sucesos más importantes en el curso del desarrollo del Estado Constitucional se dieron en el siglo XX, concretamente, el periodo que sigue a la Primera Guerra Mundial, toda vez que este tipo de Estado defiende el orden y el sistema de intereses establecidos en la Constitución. Cabe indicar que también aparece la noción de que la Constitución es considerada como una norma jurídica y que frente a la violación o quebrantamiento del mismo existen mecanismos para de reparación. En tal contexto, también, se sostiene que el robustecimiento del Estado Constitucional responde al establecimiento de Tribunales Constitucionales que tienen como misión esencial poner de relieve la Constitución y los derechos fundamentales, es más, la democracia es entendida y comprendida en la medida en que pueda ser capaz de promover y garantizar la vigencia de los valores democrático, en razón a que la carta constitucional, normalmente, es producto del debate democrático; por ende, la justicia constitucional tiene la misión de aportar en la consolidación del Estado Constitucional.

Es importante señalar que el Estado Constitucional, necesariamente, requiere de la presencia de la Constitución, es más, este modelo de Estado profiere el robustecimiento del mismo que supone la garantía de los contenidos recogidos en el texto constitucional. En tal orden, concretamente, se puede apreciar que el cambio operado o la modificación producida entre Estado de Derecho y Estado Constitucional es que el primero estaba exclusivamente centrado en la ley, en cambio, el segundo se concentra en la Constitución; esto es, el texto constitucional pasa a ser la fuente de producción normativa y se posiciona en la cúspide del sistema de fuentes del derecho. En relación a ello, con bastante criterio se sostuvo que se presenta cambio genético del Estado de derecho al Estado Constitucional de Derecho, y es que se produce la afectación o limitación de la ley, pero se refuerza la Constitución, lo cual supone según Zagrebelsky (2011) que la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución.

El proceso de transformación del Estado de derecho al Estado Constitucional al estar orientado fundamentalmente a la subordinación de la ley a la Constitución, logró producir una profunda transformación en la concepción del Derecho y su sistema de fuentes; donde el principio de supremacía de la constitución se impone

al predominio de la ley, a la vez, los derechos y libertades adquieren plena efectividad por la fuerza normativa de la constitución y no sólo por la mediación del legislador (Hernández y Mazabel, 2010). Entonces en el ámbito de la teoría del derecho se da un cambio de paradigma del positivismo jurídico al postpositivismo, de este modo surgen nuevas teorías que realizan análisis crítico de la teoría positivista (clásica), identificada como *formalista*; es decir, teorías que se encuentran en contra de: 1) la concepción que el derecho este compuesto exclusiva o predominante por preceptos legislativos, y, 2) la sumisión de los aplicadores del derecho sólo a mandatos legislativos sin tomar en cuenta los derechos fundamentales. Teorías que postulan la supremacía e interpretación constitucional en aras de garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales de la persona. Las mismas que se encuentran identificadas como constitucionalismo principialista (y/o postpositivismo) y constitucionalismo normativista (Aguiló, 2004; Aguiló, 2008; Ahumada, 2005; Alexy, 2009).

En suma, tiene que quedar claro que el Estado constitucional recoge la síntesis de un proceso histórico que hace posible la institucionalidad de la democracia y la garantía jurisdiccional de los derechos (Zagrebelsky, 2011), es más, pone los cimientos y las bases necesarias para construir un nuevo tipo de Estado donde la Constitución y los derechos sean los aspectos más trascendentales de la actividad política y jurídica. No está demás mencionar que este tipo de Estado deja de lado algunos aspectos del derecho decimonónico porque en puridad se considera que el Estado de derecho no puede explicar los fenómenos recientes. En todo esto, quizás lo más importante es que se ha gestado un clima donde la limitación del poder, la consagración y reconocimiento de derechos, así como la elevación de la Constitución como fuente del sistema jurídico se constituyen en elementos esenciales del Estado Constitucional; sin embargo, no acaba todo allí porque se podrá constatar que el grueso de los postulados de dicho tipo de Estado se viabilizan con la activa participación e intervención de la justicia constitucional – Corte o Tribunal Constitucional–.

4.1.2 El rol de los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional: la realización de la democracia mediante la defensa de los derechos fundamentales

Con respecto a los derechos fundamentales desde el ámbito teórico del constitucionalismo principialista, Robert Alexy, tomando en cuenta la distinción de género a especie entre derecho subjetivo y derecho fundamental, parte de la concepción del primero, entendiendo así (al derecho subjetivo) como un todo integrado por tres entidades: una disposición normativa, una norma jurídica (o varias normas jurídicas) y una proposición jurídica (o varias proposiciones jurídicas). Por lo que, los derechos fundamentales, para el citado autor, ostentaría la misma estructura, es decir, vendría a ser un conjunto de normas y proposiciones de derecho fundamental que se adscribirían interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. No obstante, destaca que los derechos fundamentales son derechos subjetivos que revisten propiedades específicas como la validez jurídica (de acuerdo a las condiciones específicas de un ordenamiento jurídico), su carácter abstracto y su generalidad. Pero la diferencia específica radicaría en el carácter “fundamental” de los derechos fundamentales que solo sería exclusivo de este tipo de derechos (Abad, 2012; Aguiar, 2012; Aguiló, 2001).

Al respecto, debe destacarse que, las propiedades que constituyen el carácter fundamental de los derechos, responden a una relevancia teórica y práctica. La primera en referencia al concepto y naturaleza de los derechos fundamentales, la segunda en referencia a la comprensión de sus propiedades por parte de los aplicadores del derecho. Ahora, esas propiedades fundamentales se pueden diferenciar entre propiedades formales y materiales. Las propiedades formales se refieren al hecho de que los derechos fundamentales hayan sido establecidos en ciertas fuentes del derecho, propiedades que se identifican desde la perspectiva más restrictiva hasta la más amplia: 1) Que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución. 2) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional, 3) Que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente del derecho (como pactos, convenios, sobre derechos humanos) siempre y cuando la constitución haga un renvío de dicha fuente, y 4) que la jurisdicción constitucional reconozca su validez. Y las propiedades materiales, se corresponden en referencia

a que existen derechos fundamentales morales; por lo que, si un derecho subjetivo ostentara una propiedad material de los derechos fundamentales sería una razón para institucionalizarlo como derecho fundamental.

Por otro lado, desde el ámbito teórico del constitucionalismo normativista y desde una perspectiva formal o estructural, Luigi Ferrajoli, propone una definición teórica conforme a lo siguiente:

Son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de status de personas de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo, por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrito a un sujeto por una norma jurídica (Ferrajoli, 2004, p. 37).

No obstante, al respecto cabe destacar que, si bien tal definición toma en cuenta a los derechos fundamentales en cuanto aparezcan enunciados en normas de derecho positivo, ello no significa que se trata de una definición dogmática, toda vez que, por ejemplo, un determinado ordenamiento jurídico totalitario carece de derechos fundamentales. En tanto, la previsión derechos fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico solo será condición de validez de aquellos. Asimismo, tal definición formal de los derechos fundamentales se basa en el carácter universal de su imputación; por ejemplo, como los derechos a la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos los derechos sociales y similares, no obstante, si los derechos fueran alienables estos no serían universales (Ferrajoli, 2004, p. 37).

Siendo así, la definición derechos fundamentales, según el referido autor, permitiría fundar cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional. La primera referida a la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, lo que en tradición jurídica habría permanecido oculta tal diferencia por el uso único de “derecho subjetivo”. La segunda, en cuanto los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, formarían el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la “dimensión” sustancial de la democracia. La tercera tesis se refiere a la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales, ello, particular, por

las convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales. Y la cuarta tesis, referida a la relación de los derechos y sus garantías, ya que, la ausencia de las garantías equivaldría a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados (Ferrajoli, 2004).

Finalmente, cabe destacar que el Estado constitucional supone la centralidad de la Constitución y la eficacia de los derechos fundamentales, al mismo tiempo, todo el contenido de dicho tipo de Estado se ve más dinamizado y práctico con la justicia constitucional, esto es, mediante la interpretación de la Constitución. No es novedoso asumir que el Tribunal o Corte Constitucional es una entidad que se encarga de la interpretación de la Constitución; por tanto, en gran medida a dicho órgano corresponde asignarle un contenido democrático. Entonces, la defensa de la Constitución y la vitalidad del sistema democrático, en cierto sentido, se logra a través de la justicia constitucional porque se perfila como una dimensión sustancial para el fortalecimiento del sistema democrático –esta situación lo veremos con mayor detalle más adelante–.

4.1.3 La Constitución como orden jurídico fundamental y supremo: la repercusión de la noción de la supremacía jurídica en los sistemas jurídicos contemporáneos

Con relación al mismo, cabe destacar que desde una perspectiva histórica la noción de supremacía jurídica aparece muy temprano en Estados Unidos, específicamente, se presenta con el famoso caso *Marbury vs Madison* de 1803, donde el Juez J. Marshall plantea que la Constitución tiene superioridad jerárquica porque “O la Constitución es superior a todo acto legislativo no conforme a ella, o el poder legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria”. Con esto quedaba claro que no existe una alternativa intermedia para solucionar dicho enfrentamiento, por lo que, en la actualidad puede indicarse que:

O la Constitución es una ley superior no modificable por el procedimiento ordinario, o se halla en el mismo plano que los actos legislativos ordinarios y, como ellos, es siempre modificable por la legislatura. Si la primera parte es cierta, un acto contrario a la Constitución no es ley; si, en cambio, la segunda es cierta, la Constitución escrita habrá de ser considerada como

una tentativa absurda del poder para limitar un poder que por naturaleza es ilimitable (Álvarez & Tur, 2013, p. 89).

En ese sentido, la Constitución es una norma superior que condiciona todo el sistema jurídico, asimismo, ocupa y/o se posiciona en el vértice del ordenamiento jurídico. Situación que tiene las siguientes repercusiones: (i) el establecimiento y procedimiento de reforma están vinculados a requisitos y rasgos que no están recogidas o contenidas en las normas ordinarias, esto es, normas comunes, y, (ii) es parámetro de control de las demás normas (control de constitucionalidad). Siendo así, se puede concluir, que todo el sistema jurídico que se encuentre basado en un Estado constitucional, se encuentra impregnada de contenidos emanados de la Constitución antes que de la ley, toda vez que, la primera (la constitución) es la fuente del derecho más importante.

En relación a la supremacía normativa de la Constitución, principalmente, se plantea que el texto constitucional es fuente del derecho. Lo cual implica que es un parámetro que sirve para controlar y poner límites a la producción de la actividad jurídica (legislativas, actos administrativos, entre otros), en efecto, cualquier manifestación o creación normativa debe estar en sintonía con la Constitución.

Ya el Tribunal Constitucional, en relación a la supremacía normativa de la Constitución, sostuvo que la misma contiene los límites informadores del orden jurídico, por ende, resulta común sostener que la regulación de las fuentes del Derecho también se sitúa en el campo de la teoría de la Constitución. Ello es así porque la Constitución es considerada como norma jurídica suprema (fuente del derecho y delimitadora del sistema de fuentes) que irradia a todo el sistema jurídico, adicionalmente, incide en el sistema de fuentes del derecho porque es norma suprema y regula la producción normativa. En ese sentido, la Constitución como fuente del derecho viene íntimamente regulado a las siguientes cuestiones: Constitución como norma jurídica, la Constitución como fuente de Derecho y la Constitución como norma delimitadora del sistema de fuentes (Exp. N° 047-2004-AI/TC f.j. 9).

Así, cabe destacar que la Constitución representa una norma de máxima jerarquía que disciplina u ordena los procesos de producción del resto de las normas y, por

tanto, la producción misma del orden normativo estatal. Además, el rasgo normativo de la misma lo convierte en vinculante y directamente aplicable, en consecuencia, se posiciona como una premisa básica sobre la que debe girar la producción del derecho, esto es, actúa como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. En suma, se explica que la Constitución dentro de un ordenamiento posee fuerza normativa y vinculante, ya que todo el material constitucional producido está contenido en ella.

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). En consecuencia, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) (Exp. N° 047-2004-AI/TC f.j. 10). Lo cual conlleva a sostener que la manifestación de la Constitución como norma jurídica suprema se expresa en dos dimensiones: objetivo y subjetivo, ambos importantes porque están destinados a proteger el texto íntegro de la carta constitucional.

En este punto cabe efectuar algunas conexiones con la democracia, tomando en cuenta que en la presente investigación se explica el rol colaborativo que exhibe el Tribunal Constitucional en la protección y promoción de los valores democráticos, además, la acción que emprende como agente cooperador para el fortalecimiento así como la consolidación de la democracia. Existe vinculación estrecha entre democracia y supremacía jurídica, debido a que la Constitución es el acuerdo o pacto de voluntades de la población, por esa misma razón ostenta el carácter de supremo. Y es que en el texto constitucional descansan los intereses, valores, principios y objetivos comunes de la colectividad, por esa razón, cuando el Tribunal Constitucional interpreta y le otorga algún sentido a la Constitución, lo que efectúa es comprender y explicar mejor dicha voluntad popular que se encuentra alojada en la norma constitucional.

Finalmente, la supremacía jurídica de la Constitución tiene expresión inmediata en las fuentes del derecho, esto es, condiciona la producción jurídica del derecho doméstico porque todos los agentes que se encargan de normar, necesariamente,

deben observar el contenido dispuesto en la Constitución, entonces, por intermedio y presencia de este principio cabe sostener que la producción jurídica debe apegarse a la Constitución. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional cuando interpreta la Constitución tiene en cuenta esta particularidad, con lo cual garantiza que la voluntad popular o mayoritaria expresa y recogida en el texto constitucional sea conservada, en razón a que el respaldo y el procedimiento requerido para aprobar un texto constitucional son totalmente distintos al de las normas ordinarias. Entonces, en cierto sentido se puede constatar que garantizar la supremacía jurídica de la Constitución, a través del control de constitucionalidad, en el fondo implica proteger la voluntad popular por lo siguiente: (i) la Constitución se origina por voluntad popular, y, (ii) el contenido de la Constitución expresa de forma jurídica los intereses de la comunidad, la protección de los derechos fundamentales y establece la forma de organización del poder (Landa, 2018).

4.1.4 La peculiaridad de los textos constitucionales contemporáneos: carácter normativo de la Constitución y su fuerza normativa

En el Estado Constitucional es innegable que la Constitución posee fuerza normativa, a su vez, es una norma jurídica real y vinculante. Estos son algunos de los atributos esenciales de las constituciones del Estado Constitucional; por tanto, sin los mismos no tendría sentido explicar sobre los alcances de dicho tipo de Estado. Tal es así que concebir a la Constitución como norma jurídica se opone a la visión tradicional que se manejaba del mismo, esto es, la Constitución como un orden de valores y principios políticos, pero no que no poseían o vinculaban a sus destinatarios sino que eran meras declaraciones sin efecto y vinculación en la realidad. Ahora, las cosas han cambiado porque la Constitución es una norma jurídica porque la aplicación de su contenido debe ser garantizada por los operadores jurídicos, no solo ello, además, frente a la vulneración o intento de quebrantamiento del mismo se activan los mecanismos de control constitucional –sea para limitar el poder o garantizar la protección de los derechos–. En ese mismo sentido, se presenta también la noción de la fuerza normativa de la Constitución que supone el condicionamiento en la producción legislativa, ya que se posiciona en la cúspide de la cadena de validez normativa, por tanto, si la elaboración o producción legislativa se produce al margen del mismo, entonces,

se procederá a controlar y arreglar dicha situación –que normalmente sucede mediante el control de constitucionalidad–.

Para explicar mejor este asunto, previamente, debe destacarse que, en el marco de un Estado Constitucional, la Constitución ha ganado notoriedad y se ha convertido en una pieza importante en la aplicación del Derecho, a la vez, la aplicación del derecho se efectúa enmarcada dentro un marco constitucional democrático – Constitución que tiene origen democrático–. Solo en dicho contexto tiene relevancia considerar el carácter normativo así como la fuerza normativa de la Constitución, además, a partir de allí es fácil establecer que se produce el fenómeno conocido como la constitucionalización del derecho. Entonces, en buena cuenta se advierte que la lectura jurídica se efectúa a través de la dimensión práctica del derecho (aplicación y dinamización del derecho por los operadores jurídicos) porque se ajusta a la Constitución (vinculación jurídica).

En ese contexto, con mayor detalle se puede sostener que al tener carácter normativo (o fuerza normativa) la Constitución se presenta como uno de los elementos característicos del Estado constitucional, toda función o cualquier potestad de los órganos e instituciones de poder debe ajustarse a la Constitución, es decir, de acuerdo al principio de constitucionalidad deben ejercerse el cumplimiento de las competencias o funciones de los poderes públicos. Así, se comprende que el ejercicio de las funciones de acuerdo o conforme a la ley resultan insuficientes porque por encima de la misma se encuentra la Constitución, sin embargo, ello no supone eliminar la vigencia y utilidad de la ley, sino que la misma debe estar en función de la Constitución, pero que sigue cumpliendo un rol esencial en la dinámica y funcionamiento del derecho. Con esto queda claro que la Constitución proyecta su contenido normativo en todo el sistema jurídico, inclusive:

[L]a Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51). Según el principio de supremacía de la Constitución todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, obliga por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida

la administración pública. (STC. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC 009-2005-PI/TC, F.156).

En tal sentido, se desprende que el principio de fuerza normativa de la Constitución condiciona y/o proyecta en el ordenamiento jurídico todo el contenido del texto constitucional, esto es, las disposiciones constitucionales tienen que ser respetadas por órganos de poder. Solo así se podrá garantizar que la Constitución es una verdadera norma jurídica.

Así, si la producción legislativa o la actividad jurídica en general se produjesen fuera del marco constitucional, o contraviniesen el contenido de la constitución misma, la norma o acto contrario al texto constitucional advendría en inválido, es decir, quedaría expulsado del sistema jurídico porque pone en duda la fuerza normativa y la supremacía jurídica de la Constitución. En ese orden, debe advertirse que, el carácter normativo (o fuerza normativa) de la Constitución condiciona al sistema jurídico y las normas de inferior jerarquía a que estén en armonía con el contenido del texto constitucional.

En adición a lo indicado, también, es necesario destacar que, de la característica de la Constitución como norma, se desprende que la Constitución no es un mero documento político, sino también es norma jurídica; lo cual supone que el nacimiento del sistema jurídico se produce en la Constitución y no en la ley. El reconocimiento de la dimensión normativa de la Constitución implica que los operadores jurídicos se sujetarán a su contenido, además, las consecuencias que se desprenden, siguiendo al Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 0042-2004-AI/TC, f.j. 8, del mismo son:

- a) Dado que la Constitución es norma superior que se habrá de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional;
- b) Habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica;
- c) Habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

De este modo, la Constitución tiene eficacia directa sobre el íntegro del sistema jurídico, además, resulta ser norma aplicable de forma plena. De este modo, el carácter normativo o la fuerza normativa de la Constitución somete al sistema jurídico a las disposiciones constitucionales antes que a la ley, en efecto, se privilegia la observación y aplicación del principio de constitucionalidad antes que el principio de legalidad. Con lo que, en marco de un ordenamiento jurídico constitucionalizado, se advierte la posición y repercusión de la Constitución, ya que, el ejercicio o cumplimiento de las funciones tanto del público, así como privado no pueden hacerse al margen del principio de supremacía constitucional y del principio de fuerza normativa de la Constitución.

Asimismo, cabe destacar que la Constitución como norma supone que el texto constitucional adquiere las propiedades de una norma jurídica, es decir, su contenido es capaz de ser aplicado a situaciones o hechos concretos, por ende, las disposiciones constitucionales ya no son vistas como meras declaraciones que requieren de precisión por una norma de desarrollo legislativo –son normas plenas y con capacidad de producir efectos–. En relación a la fuerza normativa de la Constitución debemos indicar que la carta constitucional posee la capacidad para oponerse y eliminar aquellas disposiciones que se le opongan o contravengan su contenido, en especial, ello implica que cuando una norma o acto se oponga a su contenido la Constitución prevalece, precisamente, por ostentar fuerza normativa.

Finalmente, cabe indicar que la Constitución se posiciona y concibe más allá de la noción tradicional de la limitación del poder y reconocimiento de derechos; sino que, ahora se pone de relieve el carácter normativo de la misma porque se presenta y opera como un verdadero proyecto jurídico que pone énfasis en el control de la producción jurídica, la eliminación de vicios constitucionales de las normas y que el origen del poder se da en la medida de la Constitución y ya no de la ley –como antes se consideraba en un Estado de derecho legislativo–. Todo esto facilita a que el Tribunal Constitucional pueda operar y trabajar libremente con las disposiciones constitucionales, en concreto, al momento de interpretarlas puede sugerir y establecer que el canon de entendimiento se produzca tomando en cuenta los principios y valores democráticos, inclusive, tal como lo explicaremos más adelante las particularidades de la Constitución facilitarán a que puedan adaptarse

su contenido a diversos momentos y que resultará mucho más asequible efectuar lectura de índole democrática.

4.1.5 Constitución como orden valores y principios abiertos: la interpretación constitucional como método de democratización de los contenidos del texto constitucional

Queda mencionar que dentro del Estado Constitucional no existen espacios o lugares cerrados porque la Constitución es un constructo terminado que vincula y condiciona a todos los poderes tanto públicos así como privados. En definitiva, a pesar del carácter normativo y la fuerza normativa del texto constitucional, en razón a que su contenido tiene que seguir adaptándose y amoldándose a las circunstancias y situaciones concretas que se presentan en la realidad. En tal orden, la Constitución del Estado Constitucional representa una norma en constante construcción y elaboración porque los valores y principios no pueden permanecer inmutables al cambio de la realidad social y cultural, por ende, es una obra en proceso de construcción y elaboración, entonces, la dinamización de su contenido, en gran medida, estará en manos de los operadores jurídicos, concretamente, los jueces constitucionales. Así, la interpretación de la Constitución implica crear un escenario de comprensión de la democracia, a su vez, toda interpretación debe tender a afianzar la democracia.

Para abordar el tema de interpretación jurídica, específicamente el tema de interpretación constitucional, se debe empezar tomando como premisa que el fenómeno jurídico en la actualidad se produce dentro del marco constitucional, en especial, bajo el Estado Constitucional. Tal como lo indicamos en los apartados precedentes, este tipo de Estado muestra una comulgación explícita hacia los valores de la Constitución, concretamente, abraza los postulados de un texto constitucional democrático; esto es, que el mismo descansa en la voluntad popular y que sea respaldado por la mayoría de las personas.

Es importante considerar que la interpretación de la constitución se produce atendiendo al significado del texto constitucional, solo así se podrá establecer que la Constitución es la norma fundamental –o su primacía de la constitución–. No obstante, las dificultades que puede plantear comprender el significado de la Constitución, casi siempre se debe optar por comprender el carácter semántico del

mismo, luego se le debe asignar un determinado significado para conocer o encontrar el sentido de las proposiciones constitucionales (Moreso, 2014). En ese orden, se torna en vital que la interpretación constitucional siga dos pasos: (i) entender que la Constitución es la norma suprema y que es importante comprender el significado semántico de sus disposiciones, y, (ii) establecer el significado verdadero de las disposiciones constitucionales. Todo ello conlleva a sostener que la tarea interpretativa no se limita a la subsunción o comprensión literal del mismo, sino que se amplía para buscar el sentido exacto que podría ostentar (Olvera, 2014; Oquendo, 2005; Pino, 2014; Pou, 2014).

Otros autores como Guastini (2001) entiende que la interpretación constitucional (en cuanto a la realización por un órgano de aplicación del derecho) es un acto de voluntad o decisión; por tanto, suponen la atribución de un significado a un texto. En ese sentido, menciona que la interpretación constitucional es una actividad peculiar, en razón a: (i) agentes de la interpretación: tal peculiaridad de interpretación constitucional (los agentes de la interpretación), en cuanto la Constitución responde a la función modelar las relaciones sociales, se advierte que la Constitución es susceptible de interpretación directa de los aplicadores del derecho para la solución de controversias a ellos sometidos, es decir, la interpretación de la Constitución no solo corresponde a Órganos Constitucionales Supremos, y, (ii) concepción de Constitución: se parte de la noción que la Constitución posee una característica distinta de la ley, lo lleva a sostener que la interpretación del mismo es peculiar.

En ese escenario, la interpretación de la Constitución significa la atribución de significado a las disposiciones constitucionales, esto es, entender la finalidad y el sentido que guarda cada norma constitucional. Así, existen técnicas o procedimientos para efectuar la interpretación de la Constitución, lo cual supone que el intérprete no actúa de forma deliberada al momento de comprender el texto constitucional. Es más, exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica.

Los principios de interpretación constitucional sirven para orientar la operación de interpretar la Constitución. Estos principios o criterios son varios, sin embargo, aquí seguiremos lo desarrollado por el Tribunal Constitucional que consiste en:

(i) *El principio de unidad de la Constitución*: Esto implica que la interpretación de la Constitución tiene que mantenerse orientada a considerarla como un plexo normativo armónico y sistemático, en razón a que organiza el sistema jurídico en su conjunto;

(ii) *El principio de concordancia práctica*: En virtud de este principio se buscan soluciones a las tensiones aparentes que pueda producirse entre las disposiciones constitucionales para optimizar su interpretación, en otros términos, bajo este criterio debe evitarse sacrificar los valores o principios que entran en contraposición en un determinado caso. En tal sentido, todo precepto constitucional tiene un contenido exacto de la forma en que debe ser comprendido y aplicado a un caso concreto, por lo cual resulta inocuo indicar que existan contraposiciones o conflictos, si es que lo hubiese entonces la solución debe ser la de optimizar su contenido.

(iii) *El principio de corrección funcional*: Mediante este principio el juez constitucional, al momento de efectuar la función de interpretación, no busca desvirtuar las funciones y competencias del órgano que ha creado la Constitución (constituyente) porque la adjudicación y reconocimiento de funciones fue elaborado tomando en cuenta el principio de separación de poderes, por esa razón resulta inconsistente que se produzcan desviaciones o invasiones en las competencias de otros órganos.

(iv) *El principio de función integradora*: Lo que interesa con este principio es que toda interpretación de la Constitución debe promover, en la mayor medida posible, a contribuir a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

(v) *El principio de fuerza normativa de la Constitución*: Este principio busca orientar el sistema jurídico para que se garantice el respeto de la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. No está demás mencionar que dicha vinculación es de carácter general que tiene

repercusión en todo el orden jurídico, es más, alcanza a todos los poderes tanto públicos así como privados (Exp. N° 5854-2005-PA/TC f.j. 12; De Otto, 1985; Landa, 2018; Canosa, 2012 y 1988).

Siguiendo con el tema de interpretación, en el ámbito normativo, el Código Procesal Constitucional en su Título Preliminar, artículo V, menciona que el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Este criterio de interpretación de conformidad con los tratados internacionales es expansivo y reconoce que la labor del intérprete constitucional cuando se avoque a asuntos constitucionales, en la mayor medida posible, debe dar preferencia a la plena vigencia de los derechos fundamentales. Ello no solo se circunscribe al plano constitucional, sino que también se extiende a la dimensión ordinaria, es decir, los tribunales u órganos del Poder Judicial y entidades administrativas, al estar vinculados a la Constitución, también aplican y observan este criterio de interpretación. No debe olvidarse que la finalidad es promover la protección de los derechos fundamentales en todos los planos posibles, sea a nivel constitucional y ordinario.

La Constitución Política en el artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria da paso a la interpretación de las disposiciones jurídicas de acuerdos a los tratados internacionales sobre derechos humanos, en concreto, las disposiciones referidas a derechos deben ser interpretadas en sintonía con normas internacionales vinculadas con derechos humanos. Entonces, en aras de lograr una “adecuada interpretación de los derechos constitucionales” (Castillo, 2006, p. 76) debe tenerse en cuenta los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto también es extensible y exigible de todos los órganos que tienen el poder de administrar justicia; por ende, las entidades administrativas también están vinculados a la Constitución y los tratados de derechos humanos.

En este mismo orden, el Código Procesal Constitucional, en el artículo VI de su Título Preliminar, señala que: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma

constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. En tal sentido, atendiendo al principio de supremacía normativa, fuerza normativa y rigidez de la Constitución, los operadores jurídicos pueden realizar interpretaciones desvinculadas de las normas, ello siempre que rompan o contravengan el contenido del texto constitucional. Así, debe quedar claro que la Constitución se impone y prima sobre todas las demás normas, a la vez, logra proyectarse como una realidad jurídica vinculante.

Con todo lo indicado hasta aquí queda anotar que la interpretación de la Constitución no es una tarea sencilla ni mucho menos pacífica, sin embargo, en el Estado Constitucional es necesario efectuar la operación de interpretar y entender mejor el contenido del texto constitucional. Una cuestión que no debe dejarse de lado es que la interpretación de la Constitución, siempre debe estar al servicio de la democracia, esto es, que los órganos que se encargan de interpretarla deben preocuparse en garantizar que el entendimiento de un texto constitucional se produzca en consonancia con la democracia. Se tornaría es una situación tensa e incomprensible que los tribunales interpreten la Constitución para resquebrajar o quebrar las bases democráticas o, inclusive, socavar los contenidos de la carta constitucional. En cierto modo, la existencia del Tribunal Constitucional o la justicia constitucional, se justifica porque debe actuar como una entidad al servicio de la democracia y cooperar con la consolidación de los valores democráticos en los momentos más tensos y difíciles.

Finalmente, estos son los recursos para interpretar la Constitución, asimismo, debemos destacar que, el texto constitucional no se proyecta únicamente como norma sino que también es realidad política. Considerando dicha situación, ahora, resulta mucho más sencillo entender que la interpretación de la Constitución no solo se limita a una cuestión técnica o procedimental, sino que supone darle un contenido de carácter material y, a la vez, promover los valores democráticos, ello implica que cada vez que el Tribunal Constitucional evalúe un caso a la luz de la Constitución debe tener presente el impacto que tendrá la decisión en la colectividad así como en la democracia. Y es que es importante saber si una

decisión abona al fortalecimiento de los valores democráticos o, por el contrario, la resquebraja y restringe.

4.2 Las decisiones del Tribunal Constitucional y su impacto en la consolidación de los valores democráticos⁸

4.2.1 La democracia desde la perspectiva del Tribunal Constitucional: implicancias del gobierno basado en la democracia

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar que la democracia es un principio que alude al hecho del reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio de soberanía política) y de su voluntad plasmada en la norma fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la visión social del Estado, de manera tal que, a parte de la institucionalización de los causes respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (Exp. 00030-2005-PI/C, f.j. 22).

Es más tuvo la ocasión de precisar que la democracia supone la aceptación de que la dignidad de la persona humana son el fin y el inicio del Estado, en tal sentido la formación de la voluntad política debe observar y respetar la dignidad humana. Y es que la totalidad de derechos descansa en la noción de dignidad, por lo que se puede sostener que en una sociedad donde no se encuentre garantizada los derechos, sencillamente no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, herida de muerte (Exp. 00030-2005-PI/C, f.j. 22). Sin derechos la democracia no puede funcionar de manera óptica y adecuada, ya que los mismos son límites al poder y garantizan la vida digna de los individuos.

La democracia, dentro de la concepción de la teoría constitucional, supone el principio de la separación de poderes, el mismo que está recogido en el artículo 43 de la Constitución. Este principio tangibiliza que a cada uno de los poderes le

⁸ Existe evidencia empírica (producción y desarrollo jurisprudencial) que demuestre que el Tribunal Constitucional actúa como soporte para la consolidación de la democracia

corresponde una función determinada y específica, ya que es importante que el poder no se concentre solo en una entidad o una persona porque se corre el riesgo de crear un Estado absoluto. Así, el ejercicio de la función legislativa, ejecutiva y judicial siempre se debe llevar a cabo respetando dicho principio, a su vez, debe garantizar que el cumplimiento de las funciones de todos los poderes del Estado se efectúe respetando la Constitución o lo contemplado en la misma.

En suma, en este punto, se puede avizorar que el Tribunal Constitucional delimita y define acerca de lo que comprende sobre democracia, además, postula que el fundamento o la base del mismo es la dignidad humana. Esta situación refleja un aspecto formal de la democracia porque solamente considera los elementos que deben concurrir para garantizar la vigencia de un gobierno democrático. Es menester resaltar también que la precisión efectuada sobre la democracia demuestra la preocupación de dicha institución en que se mantenga dicha forma de gobierno en el país, a su vez, el respeto que debe tener la democracia por la dignidad supone que cualquier tipo de gobierno electo por la voluntad popular no siempre implicará que sea democrático, sino que para ser considerado como tal debe promover el respeto por los derechos fundamentales –es un exigencia fundamental–.

4.2.2 El Tribunal Constitucional habilita la competencia para que los órganos administrativos puedan efectuar control difuso de constitucionalidad

El máximo intérprete de la Constitución hace unos años atrás tuvo la oportunidad de precisar y reconocer que los órganos o tribunales administrativos pueden efectuar control difuso administrativo. Dicha situación quedó establecida en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, de fecha 14 de noviembre del 2005; sin embargo, el mismo fue dejado sin efecto por una sentencia posterior emitida por el mismo Tribunal Constitucional, pero dicha decisión –que reconocía o habilitaba el control difuso en sede administrativa– estuvo vigente por mucho tiempo, por ende hasta que se produzca la anulación del mismo, los órganos administrativos pudieron aplicar el control difuso.

Concretamente, el aspecto que interesa dar cuenta de esta sentencia son los fundamentos que se ha utilizado para permitir que los tribunales u órganos

administrativos puedan aplicar el control difuso. El Tribunal Constitucional precisó que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conforme a los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Dicho deber se desprende de la Constitución Política, con lo que queda claro que la eficacia y vinculación de su contenido es absoluto, por ende, todos los operadores jurídicos están en la obligación de respetar y garantizar que las disposiciones constitucionales se apliquen en un caso concreto.

El máximo intérprete de la Constitución, también, tuvo ocasión de mencionar que el deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la constitución alcanza, como es evidente, a la administración pública. Es más tiene una proyección que se extiende a todo los poderes del Estado y los órganos constitucionales, por ende, los mismos no pueden actuar o cumplir su papel fuera del marco constitucional. También de manera categórica mencionó que el sometimiento de dichos órganos a la Constitución se produce en el siguiente orden: (i) vinculación a la Constitución de forma directa, y, (ii) el principio de legalidad debe ser comprendida en el marco del artículo 51° de la Constitución. En tal orden de cosas, dejó sentado que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Además, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General indica que el principio de legalidad debe ser entendido en el marco de la Constitución porque explícitamente se menciona que “[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho” (Exp. N° 3741-2004-AA/TC, f.j. 6).

En suma, con todo lo explicado por el Tribunal Constitucional queda que exudado la administración pública es competente para aplicar el control difuso administrativo, esa situación se debe a que el deber de cumplir con las obligaciones constitucionales por parte de las entidades administrativas es más importante, a su vez, la fuerza normativa de la Constitución y el carácter normativo del mismo sustentan a que todos los operadores jurídicos son competentes para interpretar y defender el texto constitucional. Con lo cual la

regla jurídica que quedó establecida en ese momento es que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución⁹. De este modo, se puede advertir que la fuerza normativa de la Constitución, el carácter normativo del texto constitucional y la interpretación constitucional sirvieron para justificar la aplicación del control difuso de constitucionalidad por los órganos administrativos. En su momento, esta sentencia tuvo aceptación y algunas resistencias; sin embargo, desde el punto de vista del Estado Constitucional es perfectamente posible admitir que ello es posible porque los órganos o tribunales administrativos también son colaboradores en la empresa de interpretación de la Constitución y, probablemente, garantizar el posicionamiento y respeto de los valores de la democracia.

4.2.3 El cambio de sexo en el DNI de las personas transexuales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha logrado reconocer que el transexualismo no es una enfermedad y patología, por esa razón, este sector de la población tiene derecho a la identidad porque a las personas deben reconocérseles tal como se identifican y sienten. En tal sentido, el máximo órgano de interpretación constitucional sostuvo que el sexo no viene definido con exclusividad por la genitalidad, lo cual supondría acoger la posición del determinismo biológico, sino que las circunstancias sociales y culturales tienen implicancias en la misma. Teniendo en cuenta ello el Tribunal Constitucional ha ordenado que las personas transexuales pueden solicitar el cambio de identidad en su documento de identificación, en este caso, ese proceso vía judicial se podrá llevar a cabo por la vía sumarísima.

En la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 06040-2015-PA (caso Ana Romero), se ha reconocido el derecho a la identidad sexual de las personas transexuales. En este caso, se puede advertir que la parte

⁹ La efectivización o aplicación del control difuso de constitucionalidad suponía y exigía previamente el cumplimiento de presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada conforme a la Constitución.

recurrente interpone demanda de amparo con el propósito de que se le reconozca, en su condición de mujer, como Ana Romero Saldarriaga; a tal efecto, solicita tanto el cambio de su nombre como de su sexo en su partida de nacimiento y en el DNI. Sostiene que la negativa del RENIEC a realizar esta clase de modificaciones, así como la inexistencia de procesos judiciales en los que sea factible solicitar la modificación de los datos relacionados con su identidad, afectan su dignidad, su derecho al libre desarrollo de su personalidad y derecho a la identidad personal. Frente a ello el Tribunal Constitucional estimó su pedido indicando que se le habría vulnerado el derecho de acceso a la justicia por no permitir que en la vía ordinaria pueda obtener el reconocimiento y protección al derecho a la identidad personal.

Los argumentos que se han esgrimido en dicha sentencia para lograr el reconocimiento de derecho a la identidad sexual de las personas transexuales son (siguiendo a Eto, s/f.):

- a) La Constitución de 1993, si bien ha explicitado como un derecho fundamental el “derecho a la identidad”; la misma “no fue expresamente debatida” en el seno del Congreso Constituyente Democrático”.
- b) Sin embargo, ello no ha impedido que en el TC se abordara el tema, como fue a partir de dos casos emblemáticos: la STC N° 02273-2005-HC (caso Karen Mañuca) y STC N° 0139-2013-PA/TC (caso Pamela Mendoza).
- c) Ambos fallos, reconoce el actual TC, restringieron la posibilidad de un reconocimiento judicial de sexo; y, peor aún, la posición del TC anterior “bloqueaba” la posibilidad del derecho a la identidad sexual, generando como consecuencia “una elevada probabilidad de desestimar los pedidos vinculados al cambio de sexo, ya que esa doctrina jurisprudencial permitía que los jueces desestimen dichas solicitudes”.
- d) El transexualismo, de acuerdo al actual TC, debe ser entendido como una “disforia de género”, mas no como una “patología”. Este planteo, llevó al TC a rechazar tajantemente la anterior posición que afirmaba que el transexualismo era una patología o enfermedad.

- e) A partir de la presente sentencia, el TC explícitamente establece que hoy los jueces “tienen un especial margen de decisión en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad personal”. En mérito a ello, cierran la anterior doctrina jurisprudencial y precisan que este derecho debe ser desarrollado en los “procesos en la vía ordinaria”.
- f) Los efectos y consecuencias de todo este radical cambio jurisprudencial va a significar, entre otros aspectos, lo siguiente: i) que los transexuales pueden solicitar el cambio de sexo en el DNI, ii) que la vía procesal no es el amparo para obtener este derecho, sino el proceso sumarísimo (Código Procesal Civil).

Más allá de las controversias y oposiciones que pueda recibir la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, lo que más nos interesa es que a través de la interpretación de la Constitución se ha logrado establecer que las personas transexuales tienen derecho a la identidad. Es una decisión que apunta a proteger y resguardar los derechos de las minorías, ya que este sector de la población no ostentaba reconocimiento de ningún tipo hasta antes de la sentencia, por lo que, acoger e introducir dentro de la agenda pública los derechos de las minorías es un paso notable en el fortalecimiento de la democracia. Se tiene entendido que la democracia no representa la convivencia o congregación de personas que piensan y sienten lo mismo, sino que la potencialidad y riqueza de la democracia es el sentido de tolerancia y el respeto por la diversidad. Entonces, con todo lo dicho se puede afirmar, ahora, que los jueces tienen un especial margen de decisión en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad personal, lo cual repercute en que la democracia sigue fortaleciéndose porque voces apagadas e incomprensidas saltan y ganan espacio en la deliberación pública.

4.2.4 La moción de censura, cuestión de confianza y crisis total del gabinete: un caso de exceso de mayoría parlamentaria

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0006-2018-PI/TC declaró inconstitucional la Resolución Legislativa N° 007-2018-CR, el mismo que modifica el artículo 86° del Reglamento del Congreso, concretamente, la parte vinculada a la cuestión de confianza y moción de censura. Se debe considerar que el parlamento ha visto por conveniente modificar su reglamento, el mismo que fue

contrario al texto constitucional, frente a ello el Tribunal Constitucional tuvo que intervenir y expulsar la norma inconstitucional del sistema jurídico. Algunas de las razones que justificaron la acción del máximo intérprete de la Constitución son:

- El Congreso de la República no posee competencias para restringir atribuciones constitucionales propias del Presidente de la República o de los ministros porque son entidades autónomas.
- La cuestión de confianza es un elemento importante para la separación y equilibrio de poderes, ya que es una función adjudicada y reconocida al Poder Ejecutivo.
- En este caso, la disposición que se modificó limitó las funciones del Presidente de la República, concretamente, cuando se trató de nombrar y designar ministros, esta situación es inadmisibles porque es una facultad constitucional del titular del Ejecutivo.

Con dicha modificación el Congreso de la República actuó más allá de las competencias que le correspondía, por tanto, se debe considerar que hubo invasión y limitación en las funciones del Poder Ejecutivo. Situación que contraviene y pone en riesgo el principio de separación de poderes porque cada poder del Estado posee una función limitada y específica según la Constitución, el mismo que no puede ser contravenida.

4.3 El caso de la expulsión de la norma que prohibía el gasto en publicidad por el Estado

El máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Exp. N° 0012-2018-AI/TC, ha declarado inconstitucional la Ley N° 30793 que regula el gasto de publicidad del Estado peruano, en razón a que vulnera los derechos a la libertad de información y de contratación. Teniendo en cuenta que el congreso pretendía regular la publicidad efectuada en los medios de comunicación por el Estado; por tanto, se configuraría la prohibición de realizar difusión en medios de comunicación privadas con ello quedaba únicamente los medios públicos. Con relación a los fundamentos esgrimidos por el órgano constitucional para declarar inconstitucional la norma, se esgrimen los siguientes aspectos:

- La publicidad estatal tiene cobertura constitucional porque se encuentra dentro del marco del derecho a la libertad de información, adicionalmente, una vez efectuada el test de proporcionalidad de la ley no lo supera.
- La prohibición de realizar publicidad estatal en medios públicos vulnera el derecho a la contratación, ya que imposibilita el establecimiento de una relación contractual entre las empresas privadas y el Estado con fines lícitos.

Se nota claramente que el Tribunal Constitucional ha dado preferencia a la libertad de información, ya que es un derecho fundamental, además, mediante la misma se difunde información relevante para el interés nacional y social, entonces, a juicio de dicho órgano las sociedades democráticas garantizan en la mayor medida posible el acceso a la información porque es el único modo de garantizar la transparencia y que sea pública. En dicho contexto, cualquier tipo de limitación al derecho a la información es una forma de afectar la democracia porque se estaría prohibiendo el ejercicio de un derecho fundamental.

De todo esto, se tiene establecido que la justicia constitucional –a través del Tribunal Constitucional– es una entidad fundamental para la promoción y protección de la democracia. Esta situación se presenta con mucha más fuerza porque actualmente la democracia representativa se encuentra desprestigiada y pasa por un mal momento porque los políticos no buscan el bien común, sino que persiguen sus intereses personales para satisfacerlas a su medida, lo cual genera diversos problemas a nivel del orden democrático.

4.4 La organización del Tribunal Constitucional que garantiza mejor la defensa y consolidación del sistema de gobierno democrático¹⁰

La organización del Tribunal Constitucional es la mejor carta de presentación frente a la sociedad, esto es, un sistema de administración de justicia constitucional que tiene una composición plural y con diversos puntos de vista tiene mayor acogida frente a la población porque expresa la pluralidad de intereses y no se limita a concentrar una sola posición. Y es que las causas que se conocen en sede del Tribunal Constitucional son muchas veces polémicas, por lo que la Constitución (su fuerza normativa y supremacía

¹⁰ Cómo debe organizarse el Tribunal Constitucional para que sea considerado una institución que propicie la adecuada dinámica del sistema político y la consolidación de la democracia.

jurídica) lastimosamente no sirven como un elemento que pueda filtrar o garantizar la imparcialidad, sino que es sumamente necesario que cada posición o postura que asuma un magistrado o Juez constitucional sea debidamente acreditada y sustentada, sin embargo, siempre es complejo y complicado lograr que sus miembros puedan actuar con imparcialidad y objetividad, sino que muchas veces se interponen los intereses políticos y la visión personal de las cosas que poseen los magistrados. En tales situaciones, con la finalidad de evitar equívocos o alteraciones del orden constitucional así como la democracia por obra y acción de los jueces constitucionales, se debe promover un sistema de elección objetivo e imparcial, de tal modo que los jueces no tengan que responder a determinada agrupación política al momento de emitir un fallo.

Las pasiones e intereses de los jueces son imposibles de eliminarlos porque son la esencia misma del ser humano, más bien lo que se puede efectuar es generar un buen sistema de elección de miembros del Tribunal Constitucional que sea objetivo y plural para que los intereses personales se vean difuminados y contraídos. En el mundo existen diversas formas de organizar la justicia constitucional; sin embargo, cada una de ellas tienen fallas y alteraciones que impiden que pueda funcionar adecuadamente. Lo mismo sucede en el caso peruano. Y es que el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional es bueno, pero en determinado momento empiezan a fallar porque los intereses políticos se sobreponen y condicionan el sentido de las decisiones de los jueces. Se parte de la idea que los jueces constitucionales son independientes y libres en la adopción de sus decisiones, inclusive, dicha situación no siempre se puede lograr porque determinado magistrado tiene una filiación política o una opción ideológica fija; por ende, es imposible que el sentido de sus decisiones vayan variando, sino que en esos casos se requiere de pluralidad porque serán otros jueces quienes aporten una visión distinta – pluralismo de puntos de vista sobre un determinado tema como el aborto, la eutanasia, entre otros–.

En el caso peruano, el sistema de elección de magistrados se concentra en el Congreso de la República, estos son quienes eligen a los miembros del Tribunal Constitucional por un periodo de 5 años. Los integrantes del mismo son en un número de 7. El Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, en el artículo 2, establece que dicho órgano se compone de siete Magistrados elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de por lo menos dos tercios del número legal de sus miembros y por un periodo de cinco años. No hay reelección inmediata. Ejerce sus atribuciones jurisdiccionales con

arreglo a la Constitución, a su Ley Orgánica, al Código Procesal Constitucional y a este Reglamento. De aquí se desprende que este sistema de elección de magistrados responde al parlamento; por tanto, éste es quien tiene la voluntad final de a quien elige como Magistrado del Tribunal Constitucional.

Este sistema tiene algunas perversiones porque al final los representantes del Congreso no permiten que los magistrados puedan desempeñarse con soltura y autonomía, o, en el peor de los casos, los congresistas proponen y eligen a un magistrado de su opción política y que posteriormente sea fácil obtener una ventaja o un voto favorable en determinada decisión. Entonces, este sistema de elección no garantiza por completo la estabilidad jurídica del Tribunal Constitucional, es decir, la elección de magistrados puede efectuarse tomando en cuenta determinada opción política o atendiendo a intereses concretos, lo cual dista y se aleja de lo que se espera de dicho proceso, esto es, la transparencia, la objetividad y la meritocracia porque son los bastiones que dan fuerza y son puntos de apoyo sólidos elegir a un miembro de dicha alta corte del país.

En algunos países como España, Italia y Portugal el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional no se concentra únicamente en un órgano o entidad, sino que se reparte en varios tal es así que el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo cada entidad propone a una persona para que sea elegida como parte del Tribunal Constitucional, en tal sentido, ya no existen el copamiento o concentración en la elección en un solo órgano del Poder Público sino que se descentraliza. En algunos casos como en Bolivia, el sistema de elección de miembros del Tribunal Constitucional recae en manos del pueblo, estos son quienes eligen a los magistrados, sin embargo, los candidatos deben efectuar campañas para lograr acceder a la magistratura constitucional. La intención es que no se produzca la asfixia o copamiento de la justicia constitucional con la presencia de magistrados que mantienen un solo pensamiento, sino que se debe diversificar la ideología y, a su vez, los mismos tienen que actuar de forma imparcial para no comprometer su decisión.

Finalmente, todo lo desarrollado lleva a sostener que si se desea la presencia de un Tribunal Constitucional comprometido con los valores de la democracia y lograr el afianzamiento de la misma, necesariamente, se requiere de un buen sistema de elección de magistrados para evitar posibles coaliciones y concentraciones alrededor de un caso. Mucho depende de cómo los jueces constitucionales actúen y se desenvuelvan al

momento de resolver una controversia porque son estos quienes determinan si una decisión fortalece o debilita el sistema democrático, al menos, en aquellos casos donde se conocen casos vinculados con la protección de los derechos de las minorías, y es que este grupo ha estado excluido del debate público; por tanto, la emisión de una sentencia del Tribunal Constitucional avalando sus exigencias tendrá efectos e impactos, en algunos casos positivos y otros generará resistencias, en la opinión pública.

4.5 La justicia constitucional como una herramienta para luchar contra regímenes de gobierno autoritarios: Tribunal Constitucional frente a las arremetidas antidemocráticas¹¹

Es un lugar común que en varios países regímenes de gobierno autoritario quieran apropiarse y quedarse en el poder, esto es, buscan perpetrarse en el gobierno por mucho tiempo para implementar y garantizar que su programa de gobierno y político se vea plasmado a largo plazo. Este tipo de gobiernos normalmente tienen aires de autoritarismo porque impiden que otras personas puedan acceder al cargo que vienen ocupando. Muchas veces se valen de reformas constitucionales para satisfacer sus intereses y lograr con su cometido. Entonces, en dicho escenario cabe hacernos la siguiente interrogante ¿cuál es el rol del Tribunal Constitucional frente a los embates del autoritarismo? Quizás la respuesta nítidamente puede bifurcarse en: (i) Tribunal Constitucional asume una abierta oposición a las acciones de los gobierno autoritarios y buscan el ilimitado poder que poseen, y, (ii) Tribunal Constitucional actúa complaciente con el gobierno de tinte autoritario y logra justificar las acciones antidemocráticas.

En este caso analizaremos en caso del Perú y Colombia donde se ha podido advertir que frente a los enfrentamientos del poder gubernamental, el Tribunal Constitucional asumió una postura de oposición al mismo, esto es, ha impedido que las razones autoritarias triunfen en el seno de la democracia, logrando enfrentarlo rechazando las iniciativas que son contrarias a la democracia. Esta situación del gobierno del autoritarismo en países latinoamericanos es frecuente porque este continente no posee una tradición democrática sólida, más bien la historia política ha estado sacudido por constantes actos de interrupción de la democracia, a su vez, se ha implantado como moneda corriente los embates autoritarios. En tal escenario, que las cortes o tribunales estén promoviendo o

¹¹ Los jueces constitucionales mediante la interpretación de la Constitución pueden luchar en contra las manifestaciones o expresiones de carácter autoritario que se susciten en un régimen político democrático

ayudando a consolidar la democracia es un paso significativo para la estabilidad política y jurídica.

En los inicios de la década de los noventa del siglo pasado en el país asumía la presidencia de la República Alberto Fujimori Fujimori quien gozaba de respaldo popular. La intención de Fujimori era quedarse bastante tiempo en el poder, solo ello justificaría que en la Constitución de 1993 se permitiera la reelección inmediata para Presidente de la República. Sin embargo, el mismo Fujimori ha solicitado que se produzca interpretación auténtica de la cláusula de la reelección presidencial, en razón a que su periodo presidencial inició en el año de 1990 y culminaba en 1995, el mismo que vendría a ser el primero periodo; los otros años que gobernó fueron de 1995 – 2000 que sería el segundo periodo presidencial y el que estaba permitido por la Constitución de 1993, pero Fujimori solicitó que se efectúe interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución para que sea aperturada un tercer periodo, esto es, de 2000 – 2005 el mismo que fue aprobado por el Congreso; sin embargo, el Tribunal Constitucional en 1996 declaró inaplicable la norma que favorecía la reelección de Fujimori, debido a que en el año 2000 habría cumplido su segundo periodo presidencial; por lo tanto, una tercera estaría prohibida, el que comprende de 2000 – 2005. Con ello advertimos que le pone frenos al poder el Tribunal Constitucional para que no siga continuando resquebrajando el sistema democrático.

En el caso de Colombia se puede advertir que una de las características más sobresalientes de la Constitución fue la creación de una Corte Constitucional, la misma que tuvo poderes notables porque era capaz de anular leyes o reformas constitucionales cuando estas sean inconstitucionales. Al inicio de su funcionamiento, esto es, en los primeros años de existencia institucional, dicha Corte logró emitir sentencias garantistas que buscaban la protección de los derechos fundamentales, el mismo que se dio en varios campos vinculados con las libertades individuales y los derechos sociales. De esta manera, muchas personas vieron que sus reclamos podían ser eficazmente tramitados en la Corte como lugar donde vive la democracia en lugar del Congreso. En la misma línea, logró limitar de manera estricta los estados de excepción que eran un denominador común, pero que el mismo permitió que se torne en legislación permanente, además no era controlado por el Presidente.

Luego de varios años podemos advertir que se aprobó la prohibición de reelección presidencial como límite adicional al ejecutivo, sin embargo, en el año 2002 Álvaro Uribe fue elegido como Presidente de la República. Quien era una persona carismática porque llegó al poder con un amplio respaldo popular y por fuera de los partidos tradicionales, es más, su plan de gobierno contemplaba el diálogo de paz con la guerrilla de las FARC; por tanto, Uribe prometía mitigar dicha situación. En ese contexto, se promovieron diversas reformas constitucionales, ello con la finalidad de implementar los cambios prometidos, pero, también, para instrumentalizar las herramientas constitucionales para consolidar su poder. Lo más peculiar fue que una de las primeras reformas constitucionales más profundas fue permitir la reelección presidencial inmediata en Colombia, situación que se presentaba luego de muchos años. Uribe logró aprobar dicha enmienda constitucional rápidamente porque contaba con el respaldo del Congreso de la República (donde el gobierno contaba con amplias mayorías). Y naturalmente los miembros de la oposición veían con recelo esta reforma y la demandaron ante la Corte. A pesar de ello, esta declaró que una reelección presidencial por una única vez no alteraba principios esenciales de la Constitución porque las funciones del presidente no se incrementaban necesariamente con la extensión de su mandato. A la postre, Uribe sería reelegido con un amplio respaldo popular para el periodo 2006-2010.

Sin embargo, nuevamente, en el año 2009 el Congreso aprobó una ley de referendo para una segunda reelección auspiciada por la coalición mayoritaria. No obstante, dicha reforma fue declarada inconstitucional porque la primera reelección había creado un desbalance con otros órganos de control, como ocurrió con la misma Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo y el Banco de la República, entre otros. Uribe acató la sentencia dado que, tradicionalmente, la Corte ha gozado de un gran respeto y los ejecutivos han cumplido con sus decisiones. En este punto, claramente la Corte se opuso al talante reeleccionista de Uribe con lo cual se ha establecido que dicha institución ha logrado poner límites al poder de reelección de Uribe, de este modo logró impedir que el mismo pueda asumir la presidencia de la República de Colombia por otro periodo presidencial, entonces, fue la corte que puso frenos a medidas de carácter antidemocrático que estaba poniendo en marcha Uribe.

4.6 Evaluación general sobre el comportamiento del Tribunal Constitucional en su rol de promover y fortalecer la democracia

Luego de haber evaluado sobre las dimensiones y formas en que se manifiesta la justicia constitucional como un actor que promueve y fortalece la democracia, ahora, corresponde efectuar algunos balances generales sobre el mismo que dejar sentado que los Estados Constitucionales contemporáneos, cada vez más sostienen que es necesario la existencia de una institución imparcial e independiente que defienda la Constitución y no solo ello, sino que, además, sirva como un instrumento o herramienta para fortalecer la democracia representativa que está en muy malas condiciones en los últimos años. El crecimiento exponencial y la conquista de régimen democráticos realizados por la justicia constitucional se puede apreciar en varios lugares del mundo, a la vez, fue ganando espacio en la esfera pública porque la aceptación popular es mayoritaria y contundente hacia la misma, en ese sentido, abiertamente se ha reconocido que es una institución que sirve para influenciar en los sistemas jurídicos y la democracia porque interpreta la Constitución de acuerdo a los valores democráticos que sostienen la misma.

El prestigio notable que mantiene el Tribunal Constitucional en la actualidad se puede apreciar en la confianza y credibilidad que genera la misma, ya que según estadísticas del Instituto de Desarrollo e Investigación de Ciencias Económicas (IDICE) se ha podido constatar que la institución que tiene mayor prestigio en la impartición de justicia es el Tribunal Constitucional ya que el 33,1 % de personas han expresado confiar en la misma. Lo cual supone que el respaldo y la aprobación van en incremento gradual hacia dicho órgano por el rol que desempeña.

En efecto, no cabe duda que el Tribunal Constitucional ha ido presentándose y perfilándose como una institución que “cumple una función central para la consolidación del Estado de Derecho, en el sentido de ser garante directo de la coherencia, consistencia y predictibilidad de la eficacia de los dispositivos constitucionales en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos” (Canales, 2014, p. 175). Esto supone que su legitimidad viene ampliándose progresivamente porque recibe apoyo por la población y la autoridad que ejerce se traduce en que sus decisiones se tornan en relevantes para la sociedad. Ha llegado a considerarse que sin Tribunal Constitucional sería imposible pensar sobre la dinámica y funcionamiento de la democracia, esto podría parecer equivocado porque el fortalecimiento de la misma se produce a través de medios y

mecanismos distintos como son la participación ciudadana y los partidos políticos; por consiguiente, la justicia constitucional no podría sustituir ello, en razón a esto se explica en el trabajo que se limita a considerar la justicia constitucional como una dimensión que promueve y fortalece la democracia.

En buena cuenta se puede sostener que los Tribunales o Cortes Constitucionales son agentes que contribuyen con la deliberación democrática, el mismo que se logra a través de los siguientes aspectos: (i) *enriquecimiento de la deliberación parlamentaria*: consiste en ofrecer mejores informaciones y razones posibles para la adopción de una decisión; por tanto, ello implica que los tribunales pueden constituirse como foro para la expresión y un canal que garantice la comunicación de argumentos, ofrecer nuevos argumentos para la solución de casos y enfrentar o contradecir los existentes, (ii) *constituirse en un foro para la expresión y actuar como un canal de comunicación de argumentos*: cortes actúan como entidades que garantizan la expresión de diversas voces que no han podido encontrar un lugar o no fueron oídos en la deliberación parlamentaria y, en su defecto, pública, (iii) *evalúa argumentos considerados en sede parlamentaria*: tiene como finalidad explicar y hacer notar a la mayoría parlamentaria que existen razones de peso que fueron obviados –que no fueron considerados– o que los mismos poseen contradicciones y puntos flacos, entonces, se evalúa con bastante énfasis el fundamento o las razones que subyacen a una determinada decisión, y, (iv) *proveer de nuevos argumentos*: cuando los tribunales participan o forman parte de un problema, estos presentan argumentos para solucionar la controversia, el mismo que debe ser considerado por los actores políticos (Niembro, 2019, p. 196). En todas estas dimensiones el Tribunal Constitucional actúa como una entidad que colaborar con el fortalecimiento de la democracia, a su vez, garantiza que las instituciones funcionen tomando en cuenta la imparcialidad y la deliberación pública (Prieto, 2007; Prieto, 2009; Rojas y Patrón, 2006; Rosas, 2019; Rubio, 1998).

Por otro lado, resulta de interés considerar que los debates sobre el control de constitucionalidad, al menos, en la actualidad se inscriben dentro de un debate teórico más cimentado y trabajado, el mismo que vendría a ser la democracia deliberativa porque las cortes o tribunales al final de cuentas son entidades que cooperan con la democracia a través de sus decisiones, por lo menos, así quedó demostrada en los capítulos anteriores, en razón a que sus sentencias apuntan a mejorar la calidad de la deliberación o la discusión pública, a su vez, buscan garantizar que algunas ramas del poder se sobrepongan u

obstruyan con su comportamiento de deliberación democrática. En dicho escenario, abordar la actuación de la justicia constitucional para establecer su incidencia democrática son aspectos esenciales, debido a que el grueso de la discusión democrática viene orientándose o sosteniéndose en la democracia deliberativa.

4.6.1 El nuevo debate democrático: la democracia deliberativa como ideal moral y participativo de la decisión pública

En la línea de comprender mejor el debate contemporáneo sobre la democracia así como el impacto del modelo deliberativo de la democracia, ahora corresponde enfocarnos, al menos, liminarmente sobre los alcances de dicho tipo de democracia, ello con el propósito de ubicar a la justicia constitucional dentro de dicho escenario. En ese orden, debemos precisar que los partidarios de la democracia deliberativa sostienen que la acción colectiva y pública se sostiene así como se defiende en un entorno abierto donde el proceso de discusión es amplio y robusto porque ningún actor que interviene debe ser reemplazado, por ende, las ideas así como las razones son defendidas en un marco abierto y libre de deliberación extensa. En este escenario, el rol de las instituciones políticas persigue como objetivo colectivo crear las condiciones básicas para que se produzca un debate extendido. En relación a esto, dos de los autores más representativos de este modelo de democracia, Jurgen Habermas y Carlos Nino, sostienen que “la democracia en sí como un ideal político fundamental y no simplemente como un ideal derivado que se basa en los valores de la imparcialidad o la igualdad en respeto” (Habermas, 2005; Nino, 1997).

No obstante que existen algunos matices en las propuestas elaborados por Habermas y Nino sobre la democracia deliberativa; sin embargo, los contrastes son notables y evidentes en ambos autores ya que sostienen que la relación entre derechos humanos y proceso democrático es esencial, lo cual supone que el proceso deliberativo no podría prescindir de los derechos o restringir los mismos, sino que deben converger y garantizar la participación (Niembro, 2012; Nino, 1997; Nino, 2013). Al respecto, se sostiene que un proceso de deliberación colectiva y legítima supone estar en sintonía con la lógica de los derechos; por tanto, en ningún caso se justifica la oposición a los mismos. En este punto, quizás Nino es más claro e incisivo porque sostiene que el proceso de deliberación debe

poseer un contrapeso cimentado en la noción de derechos, con lo cual Nino se posicionaría como un defensor de la tradición liberal porque algunos derechos individuales que no pueden ser violados bajo ninguna circunstancia, ni siquiera con el consentimiento de la mayoría de los ciudadanos (Nino, 1997). Con todo ello, en este punto, preliminarmente debe quedar claro que la democracia deliberativa, por lo menos, concebido desde la posición de Habermas y Nino ponen como un contrapeso a la deliberación colectiva los derechos individuales, esto es, que los mismos no pueden ser limitados sino que deben ser garantizados; en tal sentido, cabe preguntarnos ¿quién sería el encargado de proteger los derechos? Quizás la respuesta sea casi obvia porque la única entidad que podría facilitar ello es el Poder Judicial o las Cortes Constitucionales.

En la parte teórica de esta investigación, esto es, el marco teórico se ha desarrollado el modelo de control de constitucionalidad de Ronald Dworkin quien tiene una posición marcadamente fuerte sobre el asunto, es decir, las Cortes y Tribunales deben interpretar el contenido de la Constitución porque son órganos legitimados para tal finalidad y que no caben objeciones de carácter democrático. En este punto, concretamente, sobre la democracia el citado autor tiene una concepción singular y bastante interesante porque para él los derechos sirven como cartas o mandatos de triunfo frente a la voluntad de las mayorías, ello se corresponde con que nadie puede limitar o restringir los derechos –por lo menos de forma ilegítima–, en razón a que los derechos humanos son bases esenciales para participar en una democracia. En tal orden, propone que la democracia es un espacio para garantizar tanto la participación colectiva así como la promoción de los derechos fundamentales. Esta también es una posición liberal porque supone la necesidad de apelar a una noción de defensa de los valores e intereses individuales de los sujetos.

En suma, cabe mencionar que la democracia deliberativa es un modelo de democracia que persigue que todos los actores de la sociedad sean partícipes y puedan expresar sus deseos de forma libre, imparcial y autónoma. Concretamente privilegia la participación de los interesados en la esfera pública, esto significa que las personas deben participar de forma libre en el ámbito público y que todos sus derechos –durante el proceso de deliberación– sean garantizados. Hemos podido notar también que la democracia deliberativa tiene un ideal moral que

consiste en el respeto de los derechos fundamentales. Y es que ningún proceso de participación puede ser íntegro y loable, si es que se limitan derechos de quienes intervienen en el debate.

4.6.2 ¿La justicia constitucional puede considerarse como un actor al servicio de la democracia deliberativa?

Se ha explicado que la democracia deliberativa es una forma de participación directa de los ciudadanos donde son ellos quienes expresan sobre aquellos puntos que les aqueja, es más, la última palabra la tienen las personas del foro público. El hecho de que exista deliberación supone que la intervención de la ciudadanía es robusta y que la colectividad se identifica, en mayor medida, con la agenda de la deliberación pública, a su vez, considera que es importante. En tales circunstancias ¿cómo es posible sostener que la justicia constitucional pueda ser una pieza de la deliberación colectiva? ¿Las cortes tienen la capacidad para promover debate público, aún más, generar consensos y participación ciudadana? Estas y otras interrogantes surgen a raíz de admitir que la justicia constitucional puede ser un ente que colabore con la deliberación y discusión pública.

En relación a lo anterior, cabe mencionar que dentro de la teoría del diálogo o el constitucionalismo discursivo se puede considerar a las cortes como un colaborador para el mejor entendimiento de las disposiciones constitucionales. En tal orden, el juez constitucional actúa como un colaborador más al servicio de la construcción del significado constitucional; sin embargo, ello no implica que las cortes vayan a apropiarse de todos los sentidos o interpretaciones que pueden ser adjudicadas a la Constitución, sino que se limitarán a ofrecer determinada interpretación de carácter democrático cuando ello le sea solicitado. Es más, la decisión constitucional tendrá que ser puesta en conocimiento de los actores y órganos públicos competentes. Con lo cual debe quedar claro que la interpretación de los jueces no es la única ni es irrevocable, sino que puede ser objeto de perfeccionamiento constante y progresivo (Niembro, 2012). De cierta manera las sentencias constitucionales establecen diálogos de carácter inter-orgánico, esto es, la justicia constitucional empieza a trabajar con el parlamento, el ejecutivo, entre otros, con el propósito de que se produzca cooperación entre las instituciones.

Tal vez teniendo en cuenta que la deliberación es un asunto amplio y denso se pueda establecer que la justicia constitucional sea una pieza factible para el proceso de deliberación. En este caso, en las decisiones que hemos podido revisar se advirtió que el Tribunal Constitucional ha logrado garantizar el diálogo entre los actores políticos y públicos, asimismo, logró salvaguardar los derechos fundamentales, los mismos que se veían amenazados con el proceso democrático. El proceso de diálogo que se inicia con una decisión constitucional tiene dos vertientes, al menos, ello sucede así visto desde la democracia deliberativa: (i) el Tribunal Constitucional ordena que determinada medida o política se implemente, pero para ello es necesario generar consensos y diálogo con los actores o instituciones involucrados en el mismo, esto último correrá a cuenta de la dependencia pública pertinente (Ministerios u otros), y, (ii) el Tribunal Constitucional emite sentencias que buscan la protección de los intereses y valores democráticos, en especial, cuando sostiene que todos los grupos o sectores de la población deben participar de una decisión pública, concretamente, quienes resultan más afectados con la misma.

En suma, hay que destacar que existen diversos trabajos que dan cuenta o se inclinan en explicar que los jueces constitucionales tienen la última palabra en materia de interpretación constitucional, pero no tiene que ser así porque en contextos de participación tal como sugiere la democracia deliberación, la última palabra en la comprensión del texto constitucional recaerá en el pueblo porque son los miembros de una determinada comunidad quienes conocen la forma en que les afectará el proceso de deliberación. En dicho escenario, conviene destacar que la justicia constitucional no siempre tiene la última palabra al momento de interpretar la Constitución, sino que es un agente que se pone al servicio de la democracia y establece dentro de la agenda pública algunas situaciones concretas que deben ser atendidas, en razón a que la misma dinámica de la democracia ha impedido o no ha puesto atención sobre determinados aspectos. Esto se explica mejor cuando se advierte que el Tribunal Constitucional ha resuelto casos de exclusión de minorías étnicas, sexuales o exhortar al poder público en la elaboración de políticas públicas en materia de derechos sociales, entre otros, ya que a través de una sentencia constitucional se pone en la agenda pública; asimismo, los órganos del poder público empiezan a actuar con el propósito de

concretizar los fallos, a la vez, involucrar en el diálogo a los personas que serán afectados.

CONCLUSIONES

- Durante el desarrollo de la investigación se arribó a la conclusión de que el Tribunal Constitucional es una institución que a través de la interpretación de la Constitución realiza el papel de contribuir en la consolidación y fortalecimiento de la democracia en el Perú. El mismo que se plasma en los siguientes aspectos: (i) el supremo intérprete de la Constitución tuvo oportunidad de precisar sobre los alcances de la democracia, (ii) se ha considerado que en el país el principio de gobierno que rige por excelencia es el democrático, (iii) la democracia se sustenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el fin del Estado, (iv) la democracia peruana se caracteriza porque garantiza la separación de poderes, (v) se puso límites y se ejerció control sobre la actuación de los demás poderes, en especial, cuando actuaban con clara intención de poner en riesgo los valores democráticos, y, (vi) se promovió el reconocimiento y respeto de los derechos de las minorías sexuales y culturales. En todos estos casos, el Tribunal Constitucional ha buscado delimitar, precisar y afianzar la democracia como forma de gobierno, es más, en algunas ocasiones fue un colaborador eficaz.

- Se ha concluido que los presupuestos o fundamentos teóricos para considerar a la justicia constitucional como una herramienta puesta al servicio de la consolidación y defensa de los valores democráticos descansan en: (i) el Estado Constitucional: es un nuevo paradigma de Estado donde rige la vigencia de la Constitución, es más, todo el orden jurídico actúa sometido y vinculado al texto constitucional, (ii) la supremacía normativa y jurídica de la Constitución: el Tribunal Constitucional al interpretar el texto constitucional considera como un elemento importante su supremacía y normatividad, ya que a través de ella condicionan todo tipo de actividad dentro del Estado, y, (iii) la interpretación

constitucional: el Tribunal Constitucional se vale de herramientas de interpretación constitucional para precisar y entender mejor los alcances de una determinada cláusula constitucional, pues resulta que en algunas ocasiones es más fácil encontrar una interpretación que sintonice con la democracia.

- Se determinó que existe evidencia empírica (producción y desarrollo jurisprudencial) que demuestre que el Tribunal Constitucional actúa como soporte para la consolidación de la democracia. Esta evidencia se traduce en varias sentencias que ha ido emitiendo dicho órgano constitucional; sin embargo, con precisión se da cuenta de los siguientes: (i) el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar que la democracia es una forma de gobierno que inspira la libertad de elección de los representantes y la libre toma de decisiones, (ii) el máximo intérprete de la Constitución ha emitido sentencias donde actuó como un órgano al servicio de la defensa de la democracia, ya que ha declarado que existe el derecho a la identidad sexual, ha tenido la oportunidad de expulsar leyes expedidas por el Congreso de la República que contravenían los principios de transparencia y publicidad estatal (se buscaba limitar la publicidad en medios públicos por parte del Estado lo cual afectaba seriamente la transparencia) y tuvo ocasión de precisar que el Congreso de la República no puede limitar el uso de la cuestión de confianza que es una facultad constitucional del Presidente de la República. En todos estos casos, concretamente, se ha podido advertir que el Tribunal Constitucional actúa a favor de la defensa de la democracia y su fortalecimiento.
- Se concluyó que el mejor sistema de nombramiento y elección de los jueces constitucionales –magistrados del Tribunal Constitucional– es aquella que apuesta por la pluralidad y diversidad, esto es, cuando se propicia que más entidades o actores sean quienes elijan a los miembros del Tribunal Constitucional, en este caso, la concentración en una sola entidad –bien sea el legislativo u otra entidad– para cumplir dicho papel afecta los principios de pluralidad y autonomía porque muchas veces los magistrados actúan respaldando los intereses de las personas que les han propuesto y elegido; por tanto, para que el Tribunal Constitucional continúe aportando a la democracia es menester que el sistema de elección de sus miembros se produzca respondiendo a criterios de pluralidad.

- Enfáticamente se sostuvo que los jueces constitucionales mediante la interpretación de la Constitución pueden luchar en contra las manifestaciones o expresiones de carácter autoritaria que se susciten en un régimen político democrático. Ello se ha podido advertir en los casos de Perú y Colombia. En el primer caso es conocido que Alberto Fujimori en la década de los noventa quería asegurar su continuidad en el poder para lo cual modificó la Constitución, sin embargo su talante reeleccionista fue impedido y limitado por el Tribunal Constitucional, ya que éste órgano inaplicó la ley que habilitaba la reelección, con lo cual se posicionó dicha institución como una entidad al servicio de la democracia. En el segundo caso, se produjo también intento de modificación y alteración de la Constitución para lograr una tercera reelección del presidente Álvaro Uribe, pero la Corte Constitucional con bastante criterio indicó que ello no era posible porque dicha modificación constitucional –reelección– vulneraba la pluralidad y la rotación en el poder –esencia de la democracia–.

RECOMENDACIONES

- Se sugiere que los jueces sean constitucionales u ordinarios usen las herramientas constitucionales para fortalecer y defender la democracia, ya que en la actualidad bajo el esquema del Estado Constitucional tienen un gran margen de actuación amplia y robusta.
- Se sugiere que el sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional sea plural, esto es, que se produzca bajo criterios de pluralidad y diversidad, por tanto, no debe quedar concentrado en un solo órgano o entidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, S. (2012). “La importancia de la justicia constitucional en América Latina”, en *Fundación Konrad Adenauer*.
- Aguiar de Luque, L. (2012). El gobierno judicial en el derecho comparado: entre la dirección política y la gestión administrativa. *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aguiló Regla, J. (2001). “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24).
- _____ (2004). “El método jurídico como argumentación jurídica”, *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Aguiló Regla, J. (2008). “Tener una Constitución, darse una Constitución y vivir en Constitución”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (28) 2008.
- Ahumada Ruiz, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Navarra: Editorial Civitas.
- Alexy, R. (2009). “Los derechos fundamentales en el Estado democrático”. M. Carbonell (Edit.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Álvarez Conde, E. & Tur Ausina, R. (2013). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Andrés Ibáñez, P. (2003). “Democracia con jueces”, Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (Compiladores). *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa Editorial.

- Atienza, M. (2008). *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Barberis, M (2015). *Introducción al estudio del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Bayón, J. (1985). “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, *Revista de las Cortes Generales*, (4).
- Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Bernal Castro, C. (2006). La Corte Constitucional dentro del Estado social de derecho colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad. Ricardo Sanín (Coord. Académico). *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis.
- _____. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derechos constitucional y teoría del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2014). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bocanegra, R. (1981). Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1, (1).
- Breyer, S. (2017). *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Canosa Usera, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (2012). “La interpretación constitucional como modalidad del control del poder”, Peter Häberle y Domingo García (Coords.) *El control del poder. Libro-homenaje a Diego Valadés*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega – Iustitia.

- Cappelletti, M. (1986). “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (17).
- Carbonell, M. (2015). Los orígenes del Estado Constitucional y de la filosofía del constitucionalismo. En M. Carbonell, & Ó. Cruz Barney, *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas.
- Castillo Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. (Vol. I). Lima: Editorial Palestra.
- Catells, M. (2018). *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza Editorial
- Courtis, C. (2009). “El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, *Ecos cercanos. Escritos sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá; Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.
- Couso, J. (2004). “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”. *Revista de Ciencia Política*. Vol. XXIV, (2).
- Dahl, R. (2007). “La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8 (1).
- De Otto, I. (1985). *Defensa de la Constitución y partidos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Díaz Revorio, J. (2008). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Quid Juris*, 6 (3).
- Dworkin, R. (2004). “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, H. Hongju y R. Slye (comps.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Eguiguren Praeli, F. (2002). *Estudios Constitucionales*. Lima: Ara Editores.
- Eto Cruz, G. (2015). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Eto, G. (s/f.). *Últimas sentencias del Tribunal Constitucional*. Recuperado de: www.mxprocesoconstitucional.com/eto-comentarios-htfp

- Ezquiaga Ganuzas, J. (2013). *La argumentación en la justicia constitucional*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta
- _____. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. M. Carbonell (Edit.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Ferreres Comella, V. (2011). “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición.
- Gargarella, R. (2012). La teoría democrática en la organización y gobierno del poder judicial. Luis Aguiar (Director). *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón Abellán, M. (1994). La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 14 (41).
- Gascón, A. y García, A. (2016). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- Gaviria, C. (2012). Colegitimidad democrática y control constitucional. Dunia Martínez Molina (Editora). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gutiérrez Canales, R. (2014). *Tribunal Constitucional en el Perú. Elección y legitimidad*. Lima: Universidad César Vallejo.

- Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta.
- Hakansson Nieto, C. (2012). *Curso de derecho constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Hart, E. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.
- Herdegen, M. (2006). La Corte Constitucional en la relojería del Estado de derecho. Ricardo Sanín (Coord. Académico). *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hierro, L. (2011). “Derechos, democracia y justicia constitucional”, *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI jornadas de la asociación de letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jiménez Asensio, R. (2012). El gobierno del poder judicial en España y el sistema político. *El gobierno del poder judicial. Una perspectiva comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kahn, P. (2017). *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Landa Arroyo, C. (2018a). *La constitucionalización del derecho. El caso del Perú*. Lima: Palestra Editores.
- _____ (2019). “Prólogo”. Ingo Sarlet. *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Levistky, S. y Way, L. (2010). *Competitive authoritarianism*. Nueva York: Cambridge University Press.

- Levitsky, S. y D. Ziblatt (2018). *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel.
- Lifante Vidal, I. (2010). “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- López Medina, D. (2008). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes.
- López, S. (2012). El control de constitucionalidad como garantía frente al Legislativo: una visión crítica y necesaria que se funda en la argumentación. Dunia Martínez Molina (Editora). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Martin, A. (2014). “Introducción”, *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreso, J. (2014). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Segunda ed.). Lima: Editorial Palestra.
- Mounk, Y. (2018). *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*. Bogotá: Editorial Nomos S.A.
- Niembro, R. (2012). Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo institucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. (95).
- _____ (2017). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Tesis para optar el grado de doctor. Universidad Pompeu Fabra de España.
- _____ (2019). “Contribuciones de la suprema corte a la deliberación democrática. El caso *Marihuana*”, en Pedro Salazar, Roberto Niembro y Carlos Alonso (Coordinadores). *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Nino, C. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

- Nino, C. (2013). *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Núñez Vaquero, A. (2014). “Ciencia jurídica: un mapa conceptual”, *Modelando la ciencia jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- _____. (2017). *Teorías normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas*. Lima: Palestra Editores.
- Olvera García, J. (2014). *Metodología de la investigación jurídica: para la investigación y la elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Oquendo, A. (2005). Más allá de la democracia deliberativa. *Polis Revista Latinoamericana* URL: <http://journals.openedition.org/polis/7484> ISSN: 0718-6568.
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pou Giménez, F. (2014). “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”, *César Rodríguez (Coord.). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo Veintiuno Editores: Buenos Aires.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.
- _____. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Roa, J. (2017). *La legitimidad democrática del control constitucional. El ciudadano ante la justicia constitucional*. Tesis para optar el grado de doctor. Universidad Pompeu Fabra de España.
- Reybrouck, D. (2017). *Contra las elecciones. Cómo salvar la democracia*. Madrid: Taurus.

- Rojas, A. y Patrón, D. (2006). El segundo reparo antidemocrático de la justicia constitucional. Ricardo Sanín (Coord. Académico). *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis, pp. 223 – 244.
- Rosas Castañeda, J. (2019). Rasgos esenciales de los derechos fundamentales y las técnicas argumentativas de proporcionalidad y ponderación. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. (139).
- Rubio Llorente, F. (1998). La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8, (22).
- _____ (2012). “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rüthers, B. (2018). *Teoría general del derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fondo de Cultura Económica.
- Sanín Restrepo, R. (2006). *Stare decisis: variaciones sobre un tema inconcluso*. Ricardo Sanín (Coord. Académico). *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*. Bogotá: Legis.
- Sartori, G. (2009). *La democracia en treinta lecciones*. México: Editorial Taurus.
- Schmitt, A. (2002). “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?” P. Navarro y C. Redondo (comps.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.
- Sierra, H. (2012). Críticas, ventajas y efectos del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento político y en el sistema de fuentes del Derecho. Dunia Martínez Molina (Editora). *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Smith, P. (2009). *La democracia en América Latina*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

- Sosa Sacio, J. (2018). *Acceso a la justicia constitucional. Procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Tirado Barrera, J. (s/f). *Un ensayo de interpretación en torno a las relaciones entre el legislador democrático y el juez constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Troper, M. (2008). *Ensayos de teoría constitucional*. México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Waldron, J. (2005). *Derechos y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El Derecho ductil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.
- _____. *Justicia constitucional. Historia, principios e interpretaciones*. Puno: Zela.



ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia del problema de investigación

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	UNIDADES DE ANÁLISIS Y CATEGORÍAS	MÉTODOS Y ENFOQUE	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	TIPO DE INVESTIGACIÓN
<p>Pregunta general.</p> <p>- ¿El Tribunal Constitucional es una institución que a través de la interpretación de la Constitución realiza el papel de contribuir en la consolidación y fortalecimiento de la democracia en el Perú?</p> <p>Preguntas específicas.</p> <p>- ¿Cuáles son los presupuestos o fundamentos teóricos para considerar a la justicia constitucional como una herramienta puesta al servicio de la consolidación y defensa de los valores democráticos?</p> <p>- ¿Existe evidencia empírica (producción y desarrollo jurisprudencial) que demuestre que el Tribunal Constitucional actúa como soporte para la consolidación de la</p>	<p>Objetivo General.</p> <p>Explicar si el Tribunal Constitucional es una institución que a través de la interpretación de la Constitución realiza el papel de contribuir en la consolidación y fortalecimiento de la democracia en el Perú.</p> <p>Objetivos Específicos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Establecer los presupuestos o fundamentos teóricos para considerar a la justicia constitucional como una herramienta puesta al servicio de la consolidación y defensa de los valores democráticos. - Determinar si existe evidencia empírica (producción y desarrollo jurisprudencial) que 	<p>(i) La Justicia Constitucional (Tribunal Constitucional): organización, funciones e importancia.</p> <p>(ii) La democracia: concepto, importancia, alcances, rol en la actualidad, problemas en su funcionamiento, entre otros.</p> <p>(iii) La relación entre justicia constitucional y democracia: conexión necesaria, conexión innecesaria o conexión imposible.</p> <p>(iv) El rol de la</p>	<p>Métodos:</p> <p>Descriptivo, dogmático, hermenéutico y análisis de casos</p> <p>Enfoque:</p> <p>- Cualitativo.</p>	<p>Técnicas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Análisis documental. <p>Instrumentos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ficha de resumen bibliográfico, ficha bibliográfica y ficha de observación 	<p>Tipo de investigación.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Explicativo o descriptivo. - No experimental. <hr/> <p>UNIVERSO Y MUESTRA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con la democracia.

<p>democracia?</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo debe organizarse el Tribunal Constitucional para que sea considerado una institución que propicie la adecuada dinámica del sistema político y la consolidación de la democracia? (composición plural de sus miembros, actuación independiente y autónoma) - ¿Los jueces constitucionales mediante la interpretación de la Constitución pueden luchar en contra las manifestaciones o expresiones de carácter autoritaria que se susciten en un régimen político democrático? 	<p>demuestre que el Tribunal Constitucional actúa como soporte para la consolidación de la democracia.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Indicar la forma en que debe organizarse el Tribunal Constitucional para que sea considerada una institución que propicie la adecuada dinámica del sistema político y la consolidación de la democracia. - Explicar si los jueces constitucionales mediante la interpretación de la Constitución pueden luchar en contra las manifestaciones o expresiones de carácter autoritaria que se susciten en un régimen político democrático. 	<p>justicia constitucional en una democracia: evaluación teórica y análisis jurisprudencial.</p> <p>(v) Interpretación democrática de la Constitución: Tribunal Constitucional como agente único y máximo que interpreta el contenido del texto constitucional de forma vinculante.</p> <p>(vi) El valor de la jurisprudencia: impacto en el sistema jurídico y posibilidades para la consolidación de la democracia.</p>		
--	--	---	--	--

Anexo 2. Proyecto de ley**PROYECTO DE LEY N° 4566/2019****Proyecto de Ley que modifica la elección de
miembros del Tribunal Constitucional****PROYECTO DE LEY**

El Congreso de la República ha dado la siguiente Ley

Ley que modifica la elección de miembros del Tribunal Constitucional**Artículo único: De la elección de los miembros del Tribunal Constitucional**

La elección de los miembros del Tribunal Constitucional se efectuará con imparcialidad, objetividad, transparencia y pluralidad. Las propuestas para conformar el Tribunal Constitucional serán presentadas del siguiente modo:

1. Dos miembros del Tribunal Constitucional propuestos por el Poder Legislativo.
2. Dos miembros del Tribunal Constitucional propuestos por el Poder Ejecutivo.
3. Dos miembros del Tribunal Constitucional propuestos por el Poder Judicial.
4. Un miembro del Tribunal Constitucional propuesto por los organismos constitucionalmente autónomos.

Los miembros elegidos serán aprobados con la mayoría de los parlamentarios, esto es, más de dos tercios del número total de Congresistas de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA**

En la actualidad la forma de elección de los miembros del Tribunal Constitucional viene causando serios problemas y deslegitima a dicha institución, concretamente, se advierte que el Congreso de la República viene copando el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, el mismo que se produce atendiendo intereses de carácter político antes que los intereses de carácter social y atención de la imparcialidad.

La organización del Tribunal Constitucional es la mejor carta de presentación frente a la sociedad, esto es, un sistema de administración de justicia constitucional que tiene una composición plural y con diversos puntos de vista tiene mayor acogida frente a la población porque expresa la pluralidad de intereses y no se limita a concentrar una sola posición. Y es que las causas que se conocen en sede del Tribunal Constitucional son muchas veces polémicas; por lo que, la Constitución (su fuerza normativa y supremacía jurídica) lastimosamente no sirven como un elemento pueda filtrar o garantizar la imparcialidad, sino que es sumamente necesario que cada posición o postura que asuma un magistrado o Juez constitucional sea debidamente acreditada y sustentada; sin embargo, siempre es complejo y complicado lograr que sus miembros puedan actuar con imparcialidad y objetividad, sino que muchas veces se interponen los intereses políticos y la visión personal de las cosas que poseen los magistrados. En tales situaciones, con la finalidad de evitar equívocos o alteraciones del orden constitucional así como la democracia por obra y acción de los jueces constitucionales, se debe promover un sistema de elección objetivo e imparcial, de tal modo que los jueces no tengan que responder a determinada agrupación política al momento de emitir un fallo.

Las pasiones e intereses de los jueces son imposibles de eliminarlos porque son la esencia misma del ser humano, más bien lo que se puede efectuar es generar un buen sistema de elección de miembros del Tribunal Constitucional que sea objetivo y plural para que los intereses personales se vean difuminados y contraídos. En el mundo existen diversas formas de organizar la justicia constitucional; sin embargo, cada una de ellas presenta fallas y alteraciones que impiden que pueda funcionar adecuadamente. Lo mismo sucede en el caso peruano. Y es que el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional es bueno, pero en determinado momento empiezan a fallar porque los intereses políticos se sobreponen y condicionan el sentido de las decisiones de los jueces. Se parte de la idea que los jueces constitucionales son independientes y libres en la adopción de sus decisiones, es más, dicha situación no siempre se puede lograr porque determinado magistrado tiene una filiación política o una opción ideológica fija, por ende, es imposible que el sentido de sus decisiones vayan variar, sino que en esos casos se requiere de pluralidad porque serán otros jueces quienes aporten una visión distinta – pluralismo de puntos de vista sobre un determinado tema como el aborto, la eutanasia, entre otros–.

En el caso peruano, el sistema de elección de magistrados se concentra en el Congreso de la República, estos son quienes eligen a los miembros del Tribunal Constitucional por un periodo de 5 años. Los integrantes del mismo son en un número de 7. El Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, en el artículo 2, establece que dicho órgano se compone de siete Magistrados elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de por lo menos dos tercios del número legal de sus miembros y por un periodo de cinco años. No hay reelección inmediata. Ejerce sus atribuciones jurisdiccionales con arreglo a la Constitución, a su Ley Orgánica, al Código Procesal Constitucional y a este Reglamento. De aquí se desprende que este sistema de elección de magistrados responde al parlamento, por tanto, éste es quien tiene la voluntad final de a quien elige como Magistrado del Tribunal Constitucional.

Este sistema tiene algunas perversiones porque al final los representantes del Congreso no permiten que los magistrados puedan desempeñarse con soltura y autonomía. O, en el peor de los casos, los congresistas proponen y eligen a un magistrado de su opción política y que posteriormente sea fácil obtener una ventaja o un voto favorable en determinada decisión. Entonces, este sistema de elección no garantiza por completo la estabilidad jurídica del Tribunal Constitucional, es decir, la elección de magistrados puede efectuarse tomando en cuenta determinada opción política o atendiendo a intereses concretos, lo cual dista y se aleja de lo que se espera de dicho proceso, esto es, la transparencia, la objetividad y la meritocracia porque son los bastiones que dan fuerza y son puntos de apoyo sólidos elegir a un miembro de dicha alta corte del país.

En algunos países como España, Italia y Portugal el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional no se concentra únicamente en un órgano o entidad, sino que se reparte en varios tal es así que el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo cada entidad propone a una persona para que sea elegida como parte del Tribunal Constitucional, en tal sentido, ya no existe el copamiento o concentración en la elección en un solo órgano del Poder Público sino que se descentraliza. En algunos casos como en Bolivia, el sistema de elección de miembros del Tribunal Constitucional recae en manos del pueblo, estos son quienes eligen a los magistrados, sin embargo, los candidatos deben efectuar campañas para lograr acceder a la magistratura constitucional. La intención es que no se produzca la asfixia o copamiento de la justicia constitucional con la presencia de magistrados que mantienen un solo pensamiento, sino que se debe

diversificar la ideología y, a su vez, los mismos tienen que actuar de forma imparcial para no comprometer su decisión.

2. IMPACTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La modificación legislativa que se propone no entra en contradicción con la norma constitucional, sino que busca mejorar el sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional para que no sea copada por miembros de un solo partido político, tal como es el caso del Congreso de la República.

3. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

Este proyecto de ley no genera costos al erario de la nacional porque se modifica la legislación nacional sobre modificación de elección de los miembros del Tribunal Constitucional.