



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTADO DEMOCRÁTICO

CÉSAR LANDA ARROYO

VOLUMEN I

4ta. edición



Publicación  
editada  
en el Perú  
por Palestra Editores



Cultura Paracas (entre los años 700 y 200 d.C.)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y  
ESTADO DEMOCRÁTICO

VOLUMEN I

Cuarta edición  
corregida y aumentada

César Landa Arroyo

VOLUMEN I

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y  
ESTADO DEMOCRÁTICO

Cuarta edición  
corregida y aumentada

Lima — 2022



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTADO DEMOCRÁTICO  
VOLUMEN I

César Landa Arroyo

Palestra Editores: primera edición Digital, octubre 2022

© 2022: César Landa Arroyo

© 2022: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / [www.palestraeditores.com](http://www.palestraeditores.com)

Diagramación y Digitalización:

Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-09937

ISBN Digital: 978-612-325-293-9

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright

# Contenido

PRESENTACIÓN

PRÓLOGO

1. Una aportación excepcional sobre un tema capital. Elogio de la obra de César Landa
2. Observaciones atinadas que merecen señalarse
3. Conclusión

NOTA A LA CUARTA EDICIÓN

NOTA A LA TERCERA EDICIÓN

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

INTRODUCCIÓN

Primera Parte

EVALUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

*Capítulo I*

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Experiencia anglosajona
  - 1.1. Control judicial de la ley en el Reino Unido
  - 1.2. Control judicial de la ley en los Estados Unidos
2. Experiencia europea-continental
  - 2.1. Orígenes de la justicia constitucional
  - 2.2. Experiencia europea del siglo XX
  - 2.3. Justicia constitucional contemporánea

*Capítulo II*

CONTEXTO Y EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PERUANA

1. Constitucionalismo autoritario y constitucionalismo democrático
  - 1.1. Constitución de 1979 y praxis política
  - 1.2. Autogolpe de Estado de 1992
  - 1.3. Constitución de 1993 y dictadura
  - 1.4. Crisis y transición democrática

- 1.5. Reforma constitucional total frustrada
- 1.6. Proyecto de Asamblea Constituyente
- 1.7. Perspectivas del constitucionalismo peruano
- 2. Incorporación e implementación de la jurisdicción constitucional
  - 2.1. En el constitucionalismo de los siglos XIX-XX
  - 2.2. En el constitucionalismo contemporáneo

### *Capítulo III*

## BALANCE DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

- 1. Custodio de la ley
- 2. Defensor del Estado social
- 3. Sentencia sobre la Bolsa de Trabajo
  - 3.1. Igualdad ante la ley
  - 3.2. Libertad de sindicación
  - 3.3. Libertad de contratar
- 4. Sentencia sobre competencia municipal en el transporte público
  - 4.1. Autonomía municipal
  - 4.2. Garantía institucional de la autonomía local como límite a la ley
  - 4.3. Test de la competencia
- 5. Valoración del Tribunal de Garantías Constitucionales
  - 5.1. Como órgano constitucional
  - 5.2. Como órgano judicial

### *Capítulo IV*

## MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

- 1. Acción de Inconstitucionalidad
  - 1.1. Legitimidad procesal
  - 1.2. Funciones del control constitucional
  - 1.3. Tipos de sentencias de inconstitucionalidad
  - 1.4. Efectos de las sentencias
  - 1.5. Supremacía de la interpretación constitucional
- 2. Hábeas corpus
  - 2.1. Requisitos del hábeas corpus
  - 2.2. Características del hábeas corpus
  - 2.3. Tipos de hábeas corpus
  - 2.4. Hábeas corpus en Estados de excepción
  - 2.5. Jurisdicción del hábeas corpus
  - 2.6. Hábeas corpus contra resoluciones judiciales
  - 2.7. Hábeas corpus y debido proceso
- 3. Acción de Amparo
  - 3.1. Requisitos del amparo

- 3.2. Características del amparo
- 3.3. Amparo contra normas
- 3.4. Amparo contra resoluciones judiciales
- 3.5. Amparo y debido proceso
- 3.6. Amparo contra amparo
- 3.7. Medida cautelar
- 3.8. Efectos de la sentencia
- 4. Hábeas data
  - 4.1. Origen del hábeas data
  - 4.2. Reforma del hábeas data
  - 4.3. Naturaleza y presupuestos
  - 4.4. Funciones del hábeas data
  - 4.5. Tipos de sentencias
- 5. Acción de Cumplimiento
  - 5.1. Origen de la acción de cumplimiento
  - 5.2. Naturaleza y presupuestos
  - 5.3. Acción de cumplimiento y acción de amparo
- 6. Acción Popular
  - 6.1. Origen de la acción popular
  - 6.2. Naturaleza y presupuestos
  - 6.3. Acción popular y contencioso administrativo
  - 6.4. Efectos de la sentencia
- 7. Conflictos constitucionales
  - 7.1. Origen del conflicto constitucional
  - 7.2. Naturaleza y presupuestos
  - 7.3. Conflicto normativo y test de la competencia
  - 7.4. Efectos de la sentencia

### *Capítulo V*

## BALANCE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1. Vaciamiento y Desarrollo de la jurisdicción constitucional
  - 1.1. Vaciamiento de la justicia constitucional
  - 1.2. Desarrollo democrático de la justicia constitucional
- 2. Sentencias del Tribunal Constitucional en cautiverio
  - 2.1. Sentencia sobre el sistema de votación del Tribunal Constitucional
  - 2.2. Sentencias sobre la reelección presidencial
- 3. Sentencias del Tribunal Constitucional en libertad
  - 3.1. Sentencia sobre la legislación antiterrorista
  - 3.2. Sentencia sobre la reforma constitucional
  - 3.3. Sentencia sobre la disolución del congreso

#### 4. Límites y posibilidades del Tribunal Constitucional

4.1. Problemas del Tribunal Constitucional

4.2. Perspectivas del Tribunal Constitucional

ANEXO N° 1

BIBLIOGRAFÍA

# PRESENTACIÓN

La presentación que hacen los investigadores mayores de los trabajos científicos de los jóvenes investigadores, así como el desarrollo del género literario de las entrevistas científicas, como por ejemplo de F. Balaguer-Callejón a P. Häberle, en el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, 1997, N.º 9, pp. 9-49, como también de C. Landa a P. Häberle y a K. Hesse, ambas en *Pensamiento Constitucional*, 1996, N.º 3, pp. 279 ss., y, 1998, N.º 4, pp. 209 ss., respectivamente, se han afirmado como una larga tradición en los países iberoamericanos.

El suscrito como alemán se incorpora con mucho gusto también en ese marco cultural, en tanto es una fecunda forma de hacer ciencia y doctrina, que de manera personal al autor César Landa y su destacada investigación, muestran los fundamentos de cómo a partir de ella se pueden establecer los cimientos del puente entre las comunidades científicas alemana y de habla hispana, como la peruana.

C. Landa ha trabajado como becario de la Fundación Alexander von Humboldt 1997/1998, durante más de un año en el Departamento de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth, en particular en el Centro de Investigaciones de Derecho Constitucional Europeo. Él tomó parte también de mi Seminario sobre Derecho Comparado junto con otros colegas de Bayreuth, del interior de Alemania y de otros países extranjeros, a fin de ampliar su investigación desde una perspectiva de la doctrina alemana. De ello, ha surgido una sobresaliente investigación, en la cual trata a la jurisdicción constitucional no sólo como una pieza clave en el estado actual de desarrollo del Estado constitucional, sino también, como una garantía de la democracia para el Perú.

Sobre esa base C. Landa toma la vasta experiencia del Derecho Constitucional Comparado, de los Estados Unidos, como también de España, Suiza y en particular Alemania (Parte Segunda, Cap. II). El trabajo no sólo a los clásicos de Weimar, sino también se apoya en las contribuciones teóricas que se han dado bajo la Ley Fundamental de Bonn, material que ha utilizado en su erudito trabajo. Así, a veces C. Landa obtiene resultados exitosos en la mediación de los conflictos entre las escuelas alemanas, al otorgar el peso específico a cada una de las escuelas. Esto puede ser una referencia de especial ayuda para el Perú.

Desde el punto de vista alemán la nueva Constitución de 1993 ha quedado claramente rezagada en el progreso hacia el Estado constitucional que dispuso la Constitución de 1979, lo que debería ser una tarea de la Ciencia Jurídica, recuperar el futuro perdido, mediante una próxima reforma constitucional.

Además, C. Landa alcanza nuevos conocimientos en los niveles abstractos para una correcta organización de la jurisdicción constitucional, en el marco general del sistema y funciones del balance de los poderes del Estado (Parte Tercera), como también en temas concretos como la elección de los jueces constitucionales (Parte Segunda, Cap. III) que también debería ser observado en Europa. El tratamiento de los asuntos referidos a la protección interamericana de los derechos humanos (Parte Tercera, V. *Excursus*), redundará a su vez en provecho del fortalecimiento de la jurisdicción constitucional en el Perú.

El suscrito escribe este prólogo además de lo señalado, por una muy grata razón más allá de lo personal: La comunidad científica alemana puede envidiar a la comunidad científica española entre otras, por el puente cultural con que cuenta el conjunto del mundo de habla hispana (comparar el artículo 11-3 de la Constitución de 1978). Pero, ya desde el siglo XIX hubo intensas relaciones entre la ciencia del Derecho Público alemana y española (sobre eso, revisar mi contribución en: *Estudios de Derecho Público*, II, pp. 1161-1188, Madrid, 1997) y hasta ahora subsiste un intenso intercambio entre ambos países en distintos foros (por ejemplo, entre el Tribunal Constitucional de Karlsruhe y el de Madrid, entre otros) y en la literatura jurídica (por ejemplo, A. Jimenez Blanco, *Europäische Staatsrechtslehrer* — Constitucionalista europeo — sobre E. García de Enterría, en *JöR* 45, 1997, pp. 145 y ss.; ver también K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., 1992; P. Häberle, *Retos Actuales del*

*Estado Constitucional*, Bilbao, 1996; autores varios, *Libertad, Igualdad, Fraternidad*, Madrid, 1998), así con el tiempo se va formando una relación triangular que incluye a los países iberoamericanos, especialmente al Perú.

El inicio de ese proceso comenzó con los trabajos tempranos de la innovativa Constitución Peruana de 1979 en el *Anuario de Derecho Público, JöR*, tomo 36, 1987, pp. 641 y ss., luego se retomó con la colaboración de D. García Belaunde, sobre la nueva Constitución del Perú de 1993, *JöR* 43, 1995, pp. 65 y ss., así como, con la colaboración de C. Landa *Justicia Constitucional en el Perú, JöR* 44, 1996, pp. 583 y ss. El suscrito está también agradecido por las muchas traducciones de sus trabajos que se han realizado en Lima (publicadas, por ejemplo, en *Pensamiento Constitucional* 1994, pp. 45 y ss.).

Por todo ello, me gustaría que el libro de C. Landa ayudara al Perú en el progreso hacia el círculo de Estados Constitucionales con efectivos control de la jurisdicción constitucional y, en el intercambio activo de conocimientos entre la Universidad Católica en Lima y la Universidad de Bayreuth, como también en la construcción de una comunidad científica peruano-alemana.

Profesor Dr. Dr. h.c. Peter Häberle  
Bayreuth, noviembre de 1998.

# PRÓLOGO

## 1. UNA APORTACIÓN EXCEPCIONAL SOBRE UN TEMA CAPITAL. ELOGIO DE LA OBRA DE CÉSAR LANDA

**M**i amigo y colega César Landa, profesor de la Universidad Católica de Lima, ha tenido la amabilidad de pedirme que escriba unas páginas sobre su libro *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*.

Basta la presentación del maestro Peter Häberle, tan conocido en España, para señalar la importancia del profesor peruano. Considerando que este libro se publica en Perú y la amistad profunda que mantengo con el profesor limeño, me complace redactar unas breves consideraciones sobre su libro. Conviene añadir que en Perú hay una intensa preocupación por la Teoría de la Constitución y el Derecho Constitucional comparado como lo corroboran maestros como Domingo García Belaunde y los autores que colaboran en la revista *Pensamiento Constitucional* asesorada por Landa y en la que hemos colaborado profesores españoles: Pedro de Vega, Francisco Fernández Segado y quien escribe.

Impresiona la bibliografía consultada y certeramente comentada por el autor, que como es sabido es abrumadora, procedente de Alemania, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Italia y España, así como los diversos centros de investigación que visitó en aquellos países sin olvidar, la de Iberoamérica: Argentina, México, Brasil, etc.

## 2. OBSERVACIONES ATINADAS QUE MERECE SEÑALARSE

A lo largo de este libro, he comprobado la coincidencia de diversas afirmaciones que cuadran con mis posiciones en tema tan importante. Así, por ejemplo, cuando apoyándose en Pedro de Vega escribe «...la justicia constitucional no puede defenderse de sus enemigos basándose en

construcciones legales e interpretaciones hiperformalizadas que constantemente contradicen la realidad», pone de manifiesto que las normas constitucionales y legales que regulan el Tribunal Constitucional han de fortalecer la limitación del gobierno por el Derecho defendiendo el orden y los valores constitucionales. «Esto sólo es posible, partiendo de reconocer junto al carácter jurídico de la labor del Tribunal Constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de las resoluciones del mismo». Me remito a mis consideraciones sobre lo anterior a mi *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 847 y ss.

Landa argumenta que la tarea jurisprudencial del Tribunal Constitucional debe concebirse como instrumento de transformación de la realidad socioeconómica. Tesis que comparto, así como su crítica del positivismo jurídico que falsea los supuestos reales de la vida constitucional. Para evitar el riesgo, mantiene una posición institucionalista completándola con la doctrina de los valores.

Su crítica del neopositivismo constitucional es densa y minuciosa. Describe, muy bien el desarrollo histórico del positivismo jurídico desde el racionalismo individualista hasta nuestro tiempo. Son páginas de obligada reflexión.

Las referencias que acabo de hacer no significan que la obra del profesor peruano incurra en largas consideraciones filosófico jurídicas. Tampoco de índole sociológica o científico política, aunque éstas son imprescindibles para desentrañar el concepto de Constitución, la naturaleza de las normas fundamentales, su correspondiente interpretación y su finalidad. Son reflexiones indispensables para estudiar y comprender una institución básica del Estado Social y Democrático de Derecho, y es que mediante la Justicia Constitucional con su función examinadora y jurisprudencial *la Constitución se sabe a sí misma, adquiere autoconciencia de su naturaleza y de su función*.

La aportación de César Landa confirma esta posición que a mi entender es decisiva para calibrar, adecuadamente, el significado del Tribunal Constitucional en cuanto defensa de la constitucionalidad, es decir, un *Hüter der Verfassung* y no el *Herr der Verfassung*.

El autor denomina el Derecho Constitucional comparado, no como simple cotejo descriptivo, sino en el profundo sentido de las características, operaciones y finalidad de los Tribunales Constitucionales, que en síntesis, es la defensa del Estado Social y Democrático de Derecho.

### 3. CONCLUSIÓN

Este libro es una aportación cuya lectura y reflexión depara el sentido capital de los tribunales constitucionales que contribuyeron, con su jurisprudencia a la comprensión cabal de su función, a saber la autoconciencia que tiene la Constitución de ella misma; dicho con otras palabras: la interpretación máxima pero no la única de una Ley Mayor.

Considero, sin ánimo de adular a un colega, sin embargo amigo, ya que la aportación del profesor César Landa honra a la escuela peruana del Derecho Constitucional cuyas investigaciones, en este campo y en otros, ensalza al Perú y por supuesto a la doctrina peruana que cada vez es más conocida y apreciada en España.

Pablo Lucas Verdú  
Madrid, octubre de 1999.

# NOTA A LA TERCERA EDICIÓN

**E**s indudable que cada obra es tributaria del tiempo y de la realidad del autor. Por ello, esta tercera edición busca poner al día las reflexiones y propuestas formuladas a los problemas concretos que presenta el Tribunal Constitucional en relación con el proceso democrático. Y no podría ser de otro modo, si se recuerda que el quehacer de la justicia constitucional nació históricamente como respuesta a las demandas de control de los excesos del poder —primero, autocrático y, luego, democrático— y de afirmación de los derechos y libertades fundamentales; desarrollo que no ha estado exento de tensiones con los poderes a controlar.

Si bien, en el plano normativo, queda claramente justificado el rol que cumple el Tribunal Constitucional como guardián de los valores jurídicos y políticos consagrados por el poder constituyente, en la transición democrática se ha planteado el problema de los límites de su quehacer contralor; sobre todo, frente a los poderes de origen democrático y a los órganos judiciales especializados del Estado de Derecho. Este escenario ha caracterizado el desarrollo del Tribunal Constitucional desde la aparición de la segunda edición de este libro en el año 2003, lo cual ha puesto en debate la propia naturaleza y competencia del supremo intérprete de la Constitución.

En relación al control constitucional de las leyes se ha señalado que el Tribunal Constitucional viene violentando el principio de división de poderes, al asumir atribuciones de *legislador positivo* propias del Congreso cuando expide sentencias atípicas de inconstitucionalidad de las leyes —aditivas, sustitutivas o exhortativas—; así como también, se ha cuestionado que el Tribunal Constitucional, en su rol protector de los derechos fundamentales, esté invadiendo las competencias del Jurado Nacional de Elecciones, por

cuanto las resoluciones electorales no son revisables por ninguna autoridad judicial.

La jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional en todos los procesos constitucionales, a través de las sentencias típicas —declarando a secas la constitucionalidad o inconstitucionalidad— o atípicas —precedentes vinculantes normativos—, en materia de defensa de los derechos fundamentales y del orden jurídico constitucional, se ha caracterizado tanto por la evolución y profundización de su doctrina jurisprudencial, como por el reconocimiento de la opinión pública y, sobre todo, especializada de su legitimidad en la labor interpretativa de la Constitución que ha venido desempeñando, no sin voces aisladas en contrario.

Sin embargo, a propuesta del Jurado Nacional de Elecciones, el Congreso modificó, mediante Ley N.º 28642, del 8 de diciembre de 2005, el artículo 5º-8 del novísimo Código Procesal Constitucional, prohibiendo al Tribunal Constitucional la revisión jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, no obstante violen el derecho a la tutela procesal efectiva. Asimismo, el 20 de enero del año 2006 el ex Presidente del Congreso, Ántero Flores-Araoz, propuso reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y dicho Código, para eliminar tanto la competencia del Tribunal Constitucional de supremo intérprete de la Constitución, como su facultad para poder emitir sentencias atípicas de inconstitucionalidad de las normas legales. Este proyecto de ley quedó archivado en la Comisión de Constitución del Congreso, debido a que no logró consenso para su aprobación.

Ello pone en evidencia que, donde el poder no está limitado, se excede y explica —pero no justifica— el rechazo de dicho poder y organismo a ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. Como la esencia de un gobierno constitucional constituye en controlar los excesos de los detentadores del poder, solo cuando exista conciencia de la naturaleza y funciones de esta institución de control constitucional y se asuma con lealtad el principio democrático, se contribuirá a otorgar estabilidad jurídica e independencia a todos los órganos y poderes del Estado constitucional.

Pero como, desde siempre, el poder solo se detiene frente a otro poder —*le pouvoir arrête seulement le pouvoir*—, el debate político y académico está abierto en un escenario de transición democrática; iniciado el siglo XXI entre los gobiernos democráticos sucesivos de los Presidentes Paniagua, Toledo y García.

Proceso de transición institucional que demanda afirmar el modelo constitucional de control y balance entre los poderes antes que fosilizar la clásica división de poderes. Si bien es inevitable la presencia de un escenario de tensiones, balances y ajustes de los poderes y organismos constitucionales, estos deben ser resueltos dentro de los cauces jurídicos legítimos.

De ahí que este escenario de debate deba ser más técnico que político; por cuanto, en el fondo de la controversia se aprecia dos concepciones distintas del Derecho: una, positivista-normativista y, otra, principista-valorativa. Para la primera, el Derecho se construye sobre la base de la potestad del legislador como creador de normas; para la segunda el Derecho se crea a través de los precedentes judiciales. La República se erigió como Estado de Derecho basado en la legislación —*civil law*—, pero con su transformación hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución, el Derecho no se crea solo a través de la ley, sino también de las sentencias constitucionales —*common law*—; lo cual pone en evidencia la raíces del viejo debate entre las dos familias del Derecho.

La posición y el rol que viene ocupando la justicia constitucional durante la transición democrática, por tanto, debe ser entendida en este contexto. Debate no exento de la legítima preocupación, por un lado, de estar orientando al Estado hacia una forma de gobierno de los jueces y, por otro lado, de esclarecer quién o cómo debe controlarse al controlador. Sin embargo, es preciso señalar que no se pretende que el Derecho sustituya a la política o que sus jueces se conviertan en políticos, sino que el poder se someta al Derecho constitucional; única garantía racional contemporánea que asegura las vías para brindar tanto seguridad jurídica como bienestar ciudadano. Ello es posible a partir de superar el debate entre el neopositivismo y el neiusnaturalismo, a través del institucionalismo jurídico.

Ello nos ha llevado a replantear en la actualización de la Primera Parte, además del estado actual del proceso constitucional, el acápite de los tipos de sentencias constitucionales estimativas y desestimativas o atípicas; el amparo contra amparo, el origen, naturaleza y presupuestos, entre otros, del hábeas data, acción de cumplimiento, acción popular y conflicto constitucional; así como, también, la incorporación en el balance del Tribunal Constitucional el análisis de su sentencia sobre la reforma constitucional del sistema pensionario. En la Segunda Parte, en el capítulo del fortalecimiento del Tribunal

Constitucional se analizan los nombramientos de los tres últimos magistrados; asimismo, el perfil que deberían tener los mismos.

En la Tercera Parte, en el capítulo de la relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, se añade el estudio del conflicto jurisdiccional que se produjo con la Corte Suprema a raíz del caso de la inconstitucionalidad de la *Ley Wolfenson*. En el último capítulo, denominado Tribunal Constitucional y el sistema Interamericano de derechos humanos, se incorpora el análisis del Caso *Lori Berenson* de la Corte Interamericana y se añade un *Excursus* sobre la relaciones del Tribunal Constitucional con el Jurado Nacional de Elecciones. Por último, se incorpora un índice de los cuadros estadísticos correspondientes actualizados hasta el mes de julio del presente año. Todo ello ha sido posible gracias al esmerado apoyo de Jorge León y Carolina Canales, asesores del Tribunal Constitucional y asistentes de cátedra en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú, respectivamente.

Lima, noviembre de 2006.

# NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

**H**ace más de un año que la primera edición de este libro se agotó. Por este motivo recibí algunas propuestas para reeditarlos de manera sintética. Sin embargo, iniciado el proceso de revisión tuve una doble preocupación. Por un lado, asumí la necesidad de actualizar la información y el análisis constitucional, en pleno proceso de transición democrática; así como, por otro, mejorar sustancialmente la calidad de la propia edición.

Al emprender la primera tarea en un plazo determinado, me surgió un nuevo dilema: revisar el libro suponía la reelaboración a fondo del mismo, dado los nuevos avances de Tribunal Constitucional en su recomposición y la dinámica jurisprudencial emprendida; así como, los desafíos que se presentaban con el desarrollo del proceso de reforma constitucional, iniciado con el gobierno transitorio del Presidente Paniagua y continuado con el gobierno del Presidente Toledo.

Ello me llevó a tomar una pausa en mis tareas docentes, a fin de responder a la necesidad inmediata de reeditar el libro, con la imprescindible actualización del análisis del proceso democrático y constitucional; así como del análisis de la jurisprudencia constitucional e internacional; además de una leve corrección de estilo.

Motivo por el cual, la presente obra ofrece información actualizada, aunque no se encuentra a la altura de la reflexión constitucional deseada de los muchos tópicos que son abordados; labor intelectual que queda pendiente para desarrollarla dentro y fuera de las aulas universitarias.

Se ha dicho que las ideas complejas no tienen por qué ser explicadas de forma complicada. De ahí que se ha buscado, en esta oportunidad, que el estilo sea el adecuado no sólo para el lector interesado e informado en el quehacer constitucional. Más aún, para los estudiosos acuciosos, se ha añadido al final de

cada una de las tres Partes la bibliografía utilizada; así como, al final del libro un índice de autores. Todo ello con el propósito de facilitar la consulta de las fuentes utilizadas, más resaltantes del Derecho constitucional peruano y comparado.

Este libro fue escrito en un momento grave del proceso político en el Perú, como fue el desmantelamiento del Estado constitucional durante la década de los noventa del régimen de Fujimori; pero, dada la fragilidad de las instituciones políticas, sociales y económicas, todavía mantiene latente sus raíces. Por ello, no resulta agravante al actual Estado de Derecho, recordarle que la justicia constitucional es la institución que más caracteriza a las democracias maduras.

Es preciso señalar que su existencia es una señal de buena salud democrática cuando, ante los ataques institucionales de los poderes públicos y privados a la Constitución, el Tribunal Constitucional defiende y promueve el Estado de Derecho tutelando los derechos fundamentales y controlando los excesos del poder.

Finalmente, deseo expresar mi reconocimiento al Max-Planck-Institut para el Derecho Público y Derecho Internacional por su generosa acogida durante mi estancia en Heidelberg; así como a la Fundación Alexander von Humboldt por su puntual auspicio.

Asimismo, agradecer a mis asistentes Claudia Del Pozo, Miyanou Dufour y Jorge León por la larga y acuciosa colaboración; así como, a mi secretaria Cynthia Argumedo y auxiliar Jesús Ramos, por el leal apoyo que me prestaron a la realización de esta obra.

Heidelberg/Lima, agosto del 2003.

# INTRODUCCIÓN

**E**l origen de la crítica situación del constitucionalismo de comienzos del siglo XXI, en el Perú, radica en el fracaso del positivismo jurídico. Ello por cuanto éste ha pretendido ser una ciencia jurídica a-valorativa, sometida a la legalidad formal, excluyendo los valores democráticos que le dieron origen y legitimidad. En este sentido, el positivismo jurídico, sobre la base del principio de legalidad, ha servido tanto a gobiernos democráticos como a dictaduras, pero sin lograr establecer la estabilidad jurídica ni la justicia democrática que la sociedad demanda.

Frente a este estado de cosas, las respuestas no se han hecho esperar; así, desde el Estado o la propia sociedad civil se han intentado realizar una reforma del Estado: unos, a través de los golpes de Estado (militares y civiles); otros, mediante movimientos sociales que degeneraron en la violencia de la década de los ochenta, y; aquellos, quienes en forma menos ruidosa han dado lugar al establecimiento de una sociedad informal.

En efecto, los distintos ensayos realizados desde el Estado para resolver este problema no han tenido éxito, porque no se ha reconocido que la implementación del Estado constitucional tiene una emergente demanda social insatisfecha. La misma que expresa la necesidad de contar con un sistema de protección de los derechos fundamentales, de permitir el control y la descentralización del poder, de crear las condiciones mínimas de Bienestar socio-económico y de asegurar un sistema de justicia legítimo y eficiente para todos.

En un esquema democrático, ello supone que las iniciativas de participación de la ciudadanía sean aceptadas por el gobernante y los actos del gobierno sean materia de control. Sin embargo, los estados de emergencia, la seguridad nacional o la economía libre de mercado siempre han operado como conceptos

arbitrarios; detrás de los cuales se ha ocultado siempre la vocación autocrática del poder, olvidando que en una democracia le corresponde al pueblo, como soberano, decidir acerca de los conceptos discrecionales en última instancia.

En ese sentido, el positivismo jurídico ha sido el instrumento ideológico para el ejercicio autocrático del poder, en la medida que no ha sometido al gobernante a la norma, sino la norma al gobernante de turno. Sin embargo, la solución no pasa por la reforma del modelo normativo del Estado (basada en el voluntarismo estatal o en la autosuficiencia individualista de la sociedad civil, por lo demás ajena a las tradiciones culturales comunitaristas de la sociedad peruana). La reforma del Estado, por el contrario, debe suprimir todo rasgo autoritario de la clase gobernante de los canales del proceso democrático, mediante la institucionalización de la participación de la sociedad en la acción política y jurídica. Ello con el fin de llegar a acuerdos fundamentales sobre la forma de resolver y procesar los conflictos sociales existentes; así como, de crear, al mismo tiempo, elementales condiciones para el ejercicio de la libertad de todos los ciudadanos.

Para ello, se deben buscar nuevos presupuestos de legitimidad y de eficiencia de la vida democrático-constitucional, teniendo a la teoría constitucional como principio esencial en la reconstrucción de las bases sociales para una convivencia social. Pero no de cualquier teoría, sino de la teoría constitucional institucional que se postula en esta obra; como el pensamiento jurídico ético, que se encuentra asentado en una realidad histórica, integrada en la defensa de los intereses generales de la sociedad e interesada en una regeneración ética de la política.

En consecuencia, el pensamiento constitucional institucional debe mantenerse siempre abierto a nuevas ideas, pues su exigencia ética no es la verdad o la justicia absolutas, sino, entre todas, las que se orienten mejor hacia la protección de los intereses generales. Por ello, dicho pensamiento se institucionaliza en el Estado democrático constitucional, convirtiéndolo tanto en un fin como en un medio, simultáneamente.

En ese sentido, la democracia es un sistema perfectible, lo que supone un proceso lleno de aciertos y yerros, como toda obra humana personal y colectiva. Desde esta perspectiva ética de la democracia, se trata de recuperar la realidad de la cultura política del pueblo que es y no la quisiéramos o debería ser. El secreto de la democracia está en esa íntima y verdadera parte de la

opinión pública oculta a la realidad, en ese fondo oscuro y privado del alma popular, que no se siente vinculado a las ideas de la democracia formal que discurren en el Estado.

Es sobre la base de ese subconsciente popular de la libertad y de la justicia, que se debe buscar afirmar el Estado constitucional; sin pretender tener la razón absoluta, ya que éste es el camino directo para caer en las promesas de los caudillos iluminados, lo que siempre ha terminado en grandes tragedias para la humanidad.

Frente a este panorama es que se puede ubicar el rol de la justicia constitucional, como un instrumento de control del poder, ante el fracaso político del autocontrol de la democracia representativa. Este rol no es otro que el judicializar el poder; dicho de otra forma, de la judicialización del Derecho constitucional, pero sin despolitizar al Estado. Tensión que debe tener garantías de éxito mediante las nuevas técnicas de la jurisdicción constitucional; de lo contrario, cualquier Tribunal Constitucional se convertiría en una burla para la sociedad y en un instrumento para mantener el *status quo*.

La justicia constitucional moderna es una institución propia de los Estados democráticos contemporáneos; sobre todo, de aquellos países que han salido de una etapa de dictadura política. Por eso, cuando cae el nazifascismo y se desintegra el socialismo-soviético con la caída del Muro de Berlín, se abren las vías políticas para construir sociedades abiertas, con economías sociales de mercado y Estados limitados por los derechos fundamentales. En ese marco, se recrea y expande la justicia constitucional, mediante los tribunales constitucionales o las funciones de control constitucional de las cortes supremas.

En ese mismo sentido, cuando en América Latina se reinstaura la democracia representativa a finales de la década de los setenta, se inicia un claro proceso de incorporación de la jurisdicción constitucional, en la forma de tribunales o cortes constitucionales. Esto pone en evidencia la relación de dependencia que existe entre la justicia constitucional y la democracia. Por ello, los regímenes cerrados o dictatoriales son enemigos y estrangulan, no sólo a la democracia, sino también, a los tribunales constitucionales.

En consecuencia, se debe recordar que, la concepción positiva de la democracia de comienzos del siglo XX, permitió la aparición y desarrollo de partidos y movimientos totalitarios, que llegaron al poder con las reglas —

positivistas— del Estado de Derecho, para luego desmontarlos y destruirlos. Entonces, se debe concluir que no basta que un líder, un partido o movimiento político haya ganado las elecciones; sino que, la práctica de su gobierno se corresponda con los principios del pluralismo político y la tolerancia social, que no es otra cosa que el control del poder. Lo cual se expresa en la idea de que la democracia no se define unilateralmente por la autoridad gobernante, sino por el respeto que tenga a nivel real de la oposición política y de las minorías sociales.

Por ello, la justicia constitucional al tener como finalidad juridificar el proceso político, racionalizando la actuación de los poderes públicos y privados, requiere coadyuvar a replantear el pacto; si no quiere convertirse en un falso instrumento del Estado democrático. Es decir, se requiere un nuevo contrato social, a través de la reforma de la Constitución, que asuma un compromiso ético con los valores civiles emergentes de la solidaridad social y de la autonomía personal. Bases sobre la cual se debe asentar el constitucionalismo democrático y la jurisdicción constitucional, como garantías de la realización de la Constitución.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, como defensor de la constitucionalidad, se convierte en la reserva moral y en la práctica en el tutor del sistema democrático, que jurídicamente ha consagrado la Constitución. Aquí yace el origen de la gran responsabilidad de los magistrados constitucionales, como guardianes de las fronteras, muchas veces porosas, de las actividades judicial y política. Por cuanto, transgredir su función jurisdiccional, supondría transformar al Tribunal Constitucional de un órgano constituido en un órgano constituyente; así como, a los jueces en señores y no guardianes de la Constitución. Proceso que no se agota en la jurisdicción nacional, sino que en esta nueva etapa de la globalización, se extiende hacia la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

Sobre la base de estos presupuestos, la presente obra se divide en tres partes. La Primera Parte aborda la jurisdicción constitucional comparada y peruana, desde una perspectiva histórica y analítica. La Segunda Parte plantea los desafíos teóricos de la jurisdicción constitucional, a partir de la teoría institucional. En la Tercera Parte, se analiza la posición del Tribunal Constitucional en el sistema de división de poderes; para, finalmente, extender sus alcances en su progresiva relación con el Sistema Interamericano de

Derechos Humanos. De esta manera, la obra trata de revisar la posición teórica y práctica del Tribunal Constitucional, con miras al fortalecimiento del Estado democrático.

Para esta investigación he tenido la oportunidad de consultar diversas bibliotecas. Entre ellas quiero destacar, cronológicamente, la colaboración de la Biblioteca del Congreso y de la *American University*, en Estados Unidos; las bibliotecas del Centro de Estudios Constitucionales, de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad Santiago de Compostela, en España; la biblioteca de la Universidad de *Warwick* en Inglaterra, y las bibliotecas de la Universidad de *Bayreuth* y, sobre todo, del Instituto *Max Planck* para el Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg, en Alemania; las cuales he visitado a lo largo de los últimos dos años y que me han permitido culminar esta investigación postdoctoral.

Por otro lado, deseo señalar que el presente trabajo ha sido posible gracias al creativo impulso intelectual del Prof. Dr. Dr. hc. Peter Häberle, Jefe del Departamento de Derecho Público y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth; así como, al apoyo brindado por el Prof. Dr. Dr. hc. Jochen Abr. Frowein, Director del Instituto Max Planck para Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg. Mis estancias académicas en Bayreuth y en Heidelberg no hubieran sido posibles sin el concurso de la beca para investigadores de la Fundación Alexander von Humboldt, a quien agradezco en el nombre de su Director Dr. Reimar Lust y de la Dra. Gisela Janetzke.

También, deseo expresar mi especial reconocimiento al Dr. Salomón Lerner, Rector de la Pontificia Universidad Católica, por su política de promoción docente; la cual me permitió asumir mis compromisos académicos y familiares sin mayores contratiempos. Finalmente, extiendo también mi agradecimiento a mis ex asistentes en la enseñanza del Derecho constitucional: Joseph Campos, Luis Huerta y Daniel Soria, por su colaboración, y a los doctores Domingo García Belaunde, Eduardo Hernando y César Delgado Guembes por su comunicación permanente.

Heidelberg, noviembre de 1998.

# NOTA A LA CUARTA EDICIÓN

**C**on motivo del Bicentenario de la Independencia, el establecimiento de la República del Perú en base a la Constitución de 1823 y las batallas de Junín y Ayacucho en 1824, en la actualidad se ha llegado a una etapa de reflexión acerca del estado de la Nación, en cuanto a las promesas de libertad, justicia e independencia con que el general José de San Martín juró junto al pueblo de Lima el fin del colonialismo de la monarquía española. Efeméride que sirve de oportunidad para poder ofrecer al público la presente edición revisada y actualizada del presente libro, gracias a la invitación de Palestra Editores.

En particular, el desarrollo de la justicia constitucional en el marco del actual proceso democrático constituye un escenario donde se condensa todas las posibilidades y promesas de una sociedad más justa y solidaria, como de la impronta de las poblaciones vulnerables para que sus intereses no sean afectados. Sin embargo, a los valores de la protección constitucional de los derechos y libertades del pueblo y, del control del poder público y privado, se han añadido en los últimos tiempos la protección de los derechos sociales y económicos; a fin de nivelar la desigualdad que históricamente se ha mantenido y que el modelo económico de la Constitución de 1993 consagró explícitamente.

No obstante, el Tribunal Constitucional desde el año 2001 emprendió un proceso de reinterpretación de la Constitución, configurando con matices un modelo solidario de los derechos sociales y económicos, en particular en materia laboral, pensionaria, educativa, sanitaria y ambiental; pero, también, ha extendido protección especial a poblaciones vulnerables, como las mujeres, los pueblos indígenas, los discapacitados, los presos y las personas LGTBI, en principio. Sin embargo, en los últimos no ha sido necesariamente así, en

función de las últimas mayorías conservadoras ideológicamente en la composición de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Así, desde el año 2007 se puede apreciar con claridad —la fecha de la última edición fue el 2006—, como ante la inicial consolidación y avance de la justicia constitucional, los poderes públicos y/o de *facto* se interesaron en controlar el ejercicio independiente de la justicia constitucional, produciéndose un recodo no solo en la lucha judicial contra la impunidad en materia de derechos humanos, en contra de la corrupción, e, incluso del narcotráfico; sino que, la sombra de la corrupción la caracterizó hasta el 2014, en que se renueva la composición del Tribunal Constitucional con la incorporación de nuevos seis magistrados, que a la fecha han vencido su mandato y el Congreso ha nominado a otros seis nuevos magistrados; motivo por el cual, se puede señalar que la justicia constitucional se encuentra al acecho de las viejas y nuevas fuerzas políticas parlamentarias aliadas en el control de la independencia del Tribunal Constitucional.

De allí que, en la Primera Parte de la presente edición se de cuenta del contexto y evolución de la justicia constitucional de los últimos 15 años, así como, del balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La Segunda Parte se renueva con la doctrina interamericana sobre la justicia constitucional, el nuevo debate sobre el sistema de elección y recambio de los magistrados constitucionales, así como de las reformas al sistema de votación y los procesos de acusación constitucional de la mayoría parlamentaria.

En la Tercera Parte el análisis se centra en la actualización de la posición del Tribunal Constitucional en relación al régimen político, sus relaciones de control con el Parlamento, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial con algunos organismos constitucionales autónomos; así como se analiza la relación dialógica surgida entre el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caracterizada por establecer un horizonte expansivo de protección de nuevos derechos, que ha permitido a los jueces constitucionales y ordinarios avanzar en la protección sobretodo de las poblaciones vulnerables.

Por último, la justicia constitucional es el reflejo del fortalecimiento o debilitamiento democrático, más aún en épocas de crisis social y económica, como la generada a partir de la pandemia del COVID-19; la misma que ha puesto en evidencia el agotamiento del modelo constitucional de 1993, así como del surgimiento de movimientos radicales con vocaciones antisistema, ya

no del espectro rural andino, sino de la urbe capitalina, negacionistas de la reforma constitucional. Lo cual nos recuerda que la justicia constitucional apareció hace un siglo precisamente como un sistema de control de los excesos de los poderes públicos y luego privados, para proteger los derechos sobretodo de los más vulnerables.

Por ello, con motivo del Bicentenario de la Independencia y las batallas de Junín y Ayacucho se deben buscar y encontrar los consensos democráticos necesarios para realizar una reforma integral de la Constitución, no exenta de una eventual convocatoria a una Asamblea Constituyente, previo proceso de reforma del artículo 206 de la Constitución; para lo cual, los dilemas de este necesario proceso constituyente no deben estar ajenos de la labor de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, quienes tienen una tarea histórica de pacificar, racionalizar y ordenar los conflictos, de conformidad con el orden público ya no solo constitucional, sino también convencional.

Finalmente, quiero expresar mi agradecimiento por el esmerado apoyo recibido de Sebastián Shimabuku y Juan Carlos Jara, destacados asistentes de docencia en el curso a mi cargo de Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lima, mayo de 2022

# PRIMERA PARTE

