



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL



LOS ELEMENTOS PARA LA PRODUCCIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS EN EL MARCO DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Carlos Hakansson Nieto

Cuadernos de Investigación
Centro de Investigaciones Judiciales
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Serie:
Derecho Constitucional

Agosto 2022

3

**LOS ELEMENTOS PARA LA PRODUCCIÓN
DE LAS FUENTES JURÍDICAS
EN EL MARCO DE LA REVISIÓN JUDICIAL
DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES**



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL



LOS ELEMENTOS PARA LA PRODUCCIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS EN EL MARCO DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Carlos Hakansson Nieto

Cuadernos de Investigación

Centro de Investigaciones Judiciales
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Serie:
Derecho Constitucional

Agosto 2022

3

CARLOS HAKANSSON NIETO

Los elementos para la producción de las fuentes jurídicas en el marco de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes

1.ª ed. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales,

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2022.

Colección: Cuadernos de Investigación

Serie: Derecho Constitucional n.º 3

80 pp., 14.5 x 20.5 cm



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

© CARLOS HAKANSSON NIETO

© PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Centro de Investigaciones Judiciales

Fondo Editorial

Palacio Nacional de Justicia, 2.º piso, oficina 244; 4.º piso, oficina 421

Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú

Teléfono: (511) 410-1010, anexos: 11260 y 11576

Correo electrónico: fondoeditorial@pj.gob.pe

BRUNO NOVOA CAMPOS

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

ROBERT CÁCERES MARTÍNEZ

Coordinador de la Unidad de Investigación y Fondo Editorial

GLADYS FLORES HEREDIA

Responsable del Fondo Editorial

YULIANA PADILLA ELÍAS

Correctora de textos

MIGUEL CONDORI MAMANI

Diagramador

RODOLFO LOYOLA MEJÍA

Diseñador de portada

Primera edición electrónica: agosto de 2022

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-02838

ISBN: 978-612-4484-40-7

DOI: [10.35292/pj.gob.pe/book/978-612-4484-40-7](https://doi.org/10.35292/pj.gob.pe/book/978-612-4484-40-7)

Se terminó de producir digitalmente en agosto de 2022
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.



LICENCIA CREATIVE COMMONS. ALGUNOS DERECHOS RESERVADOS.

Se autoriza la reproducción y distribución pública del presente documento de trabajo siempre que se reconozcan los créditos de la obra, no sea utilizado con fines comerciales y no se altere, transforme o genere una obra derivada a partir de esta.

Índice

Presentación ELVIA BARRIOS ALVARADO	9
Prólogo HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE	13
1. El fin del Estado legal e inicio del constitucional	19
1.1. El surgimiento del juez constitucional sobre el legal	20
1.2. Las fuentes jurídico-constitucionales en la Constitución peruana	23
2. La Constitución vista como un documento que contiene principios y reglas	24
2.1. Los principios fundamentales del Estado	25
2.1.1. Los derechos fundamentales	28
2.1.2. La separación de poderes	34
2.1.3. El principio del Estado social y democrático de derecho	38
2.2. Los principios técnico-jurídicos del ordenamiento	41
2.2.1. El principio de supremacía	42
2.2.2. El principio de aplicabilidad directa	43

2.3. Los principios inspiradores para la actuación de los poderes públicos e informadores del derecho	44
2.4. Los principios informadores del derecho	45
2.4.1. Los principios tributarios	46
2.4.2. Los principios laborales	47
3. Tribunal Constitucional y fuentes del derecho	50
3.1. La jurisprudencia constitucional como fruto de la <i>auctoritas</i>	53
3.2. Los principios surgidos de la jurisprudencia	55
3.3. La asimilación del derecho consuetudinario como fuente jurídico-constitucional	58
3.4. Los libros de la autoridad	61
3.5. La producción del derecho positivo y su presunción de constitucionalidad	64
4. La producción de las fuentes jurídico-constitucionales, su efecto ondulatorio y herramienta para la revisión judicial de su constitucionalidad	67
4.1. El judicialismo y sus efectos ondulatorios	68
4.2. La aplicación del efecto ondulatorio por los operadores judiciales	73
Referencias	75

Presentación

El Poder Judicial tiene como política institucional promover y difundir la cultura jurídica. En ese sentido, se trazó como objetivo otorgar instrumentos doctrinarios útiles para el desarrollo de su quehacer judicial. Su efectivo cumplimiento está a cargo del Centro de Investigaciones Judiciales, como órgano de apoyo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en concordancia con las funciones que tiene establecidas en la Ley Orgánica de este poder del Estado.

Los Cuadernos de Investigación nacen a fin de viabilizar dicho objetivo. Por ello, su contenido busca constituirse en fuente especializada de consulta sobre diferentes temas jurídicos y en una herramienta útil en beneficio de toda la colectividad jurídica, en especial, de los jueces, las juezas, los servidores y las servidoras judiciales a nivel nacional.

En esta oportunidad, nos complace presentar *Los elementos para la producción de las fuentes jurídicas en el marco de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes*, del Dr. Carlos Hakansson Nieto, quien cuenta con una reconocida trayectoria profesional en derecho y una profusa e importante producción doctrinaria. Este documento forma parte de la serie Derecho

Constitucional de la colección Cuadernos de Investigación, que busca coadyuvar a la mejora de la administración de la justicia.

Se sabe que el poder absoluto del legislador, como reflejo de la voluntad política, dio paso a un cambio de paradigma en el cual el control de la constitucionalidad de las leyes se constituyó en límite a los poderes políticos y garantía del respeto al pacto social recogido en nuestra Constitución. Ello nos invita a reflexionar sobre el importante rol del juez y de la jueza dentro del Estado constitucional de derecho.

En esta publicación, el autor destaca el protagonismo del juez y de la jueza, así como su jurisprudencia como fuente del derecho constitucional. En los países bajo el modelo del *common law*, el importante rol de los jueces y las juezas para la creación del derecho mediante su jurisprudencia es reconocido por toda la comunidad jurídica, lo que no ocurre en los países de influencia romano-germánica, en donde prima la ley como fuente de derecho.

En Perú, tener un sistema de jurisdicción constitucional mixto permite la producción de normas de carácter general que puedan influir en casos futuros mediante la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, a través de su labor de interpretación y control de la constitucionalidad; así como por medio de los precedentes judiciales vinculantes emitidos por el Poder Judicial, en los cuales se exponen reglas jurídicas para el caso particular, establecidas como generales y de obligatorio cumplimiento para los jueces y las juezas de todas las instancias.

En consonancia con tan importante función, mediante el presente texto, el Dr. Hakansson se aparta de la concepción

kelseniana de comprender a la carta magna solo como una norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico, sino que debe leerse a la luz del contenido de la jurisprudencia del órgano que cumple la función de máximo intérprete de la Constitución. Por eso, la comprensión de los principios de supremacía y aplicabilidad directa (efecto directo) debe reformularse de acuerdo con una visión ajustada a los fines constitucionales.

Además, el autor precisa que una concepción positivista del derecho constitucional no es inclusiva de la jurisprudencia como productora del derecho y del valor que ocupa al momento de reconocer los derechos y las libertades de la persona.

Asimismo, señala que la Constitución es una norma fundamental que preside y es la fuente de validez del ordenamiento jurídico hacia un Estado constitucional de derecho, el cual debe concebir a la carta magna como el núcleo de producción de las fuentes constitucionales que los poderes Legislativo y Ejecutivo deben tener presente en su producción normativa, y que los jueces y las juezas deben observar para saber dimensionar la constitucionalidad a través de sus fuentes. En tal sentido, es necesario apostar por una concepción que nos permita asimilar la idea de Constitución como un cuerpo vivo que irradia el contenido y la naturaleza de sus disposiciones en las fuentes del derecho, siempre producto de una correcta interpretación judicial.

Consideramos que este documento de alto nivel académico es un importante aporte que fortalecerá el rol del juez y de la jueza, así como su jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico, y les brindará herramientas de trabajo. De la misma

manera, incrementará el conocimiento sobre el tema en sus lectores y lectoras, pues contiene información respecto a las últimas tendencias; finalmente, propiciará y enriquecerá el debate jurídico.

De este modo, ponemos a disposición de la comunidad jurídica y la colectividad en general la presente publicación, cuyas líneas estamos seguros de que capturarán su atención y despertarán su interés en profundizar sobre la materia.

DRA. ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta del Poder Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia de la República

Prólogo

El presente texto, denominado *Los elementos para la producción de las fuentes jurídicas en el marco de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes*, ha sido desarrollado por el Dr. Carlos Hakansson Nieto, quien cuenta con una destacada trayectoria profesional, de la que podemos resaltar sus estudios en Derecho en la Universidad de Lima, su grado de doctor en Derecho en la Universidad de Navarra (España) y sus estancias de estudios de investigación en la Universidad de California, San Diego (Estados Unidos), en la Universidad de Oxford (Reino Unido), así como en la Universidad de Santiago de Compostela, la Universidad de Navarra y la Universidad de Vigo (estas últimas en España). Actualmente, es profesor ordinario en Derecho Constitucional, Derecho de Integración y Derecho Constitucional Comparado en la Universidad de Piura, e investigador en campos como constitucionalismo iberoamericano, derecho procesal constitucional, historia constitucional, interpretación jurídica e interpretación constitucional, entre otros. También podemos destacar su producción doctrinaria como autor de más de cincuenta publicaciones individuales y conjuntas, en libros y revistas.

Su trayectoria profesional y su notoria labor en investigación es reconocida por toda la comunidad jurídica; asimismo, en el Poder Judicial hemos podido contar con su enriquecedora participación en actividades de capacitación del capital humano, por lo que en esta oportunidad emitiremos unas palabras que busquen promover la lectura de esta publicación, así como resaltar aquellos aspectos que consideramos más destacados. Estamos seguros de que este texto será de utilidad para toda la comunidad jurídica y en especial para los jueces y las juezas en su importante labor de intérpretes de la Constitución.

Daremos inicio al tema de este prólogo señalando que las fuentes del derecho —entendidas como manifestaciones exteriores de normas jurídicas— se jerarquizan según las particularidades de cada sistema jurídico. Tradicionalmente, en los países de influencia romano-germánica como el nuestro, la construcción del derecho se centraliza en mayor medida en el poder político, y se privilegia a la ley en comparación con otras fuentes. En cambio, en el derecho anglosajón, aunque la ley también es considerada fuente del derecho, se privilegia a la jurisprudencia emitida por sus tribunales de justicia.

Actualmente en el Perú, como nos refiere César Landa (2013), la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como fuente suprema del derecho, por lo que de ella se emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados. Ello se condice con lo determinado por el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente n.º 047-2004-AI/TC, donde se señala que la Constitución es la principal fuente del derecho y se enmarca como el fundamento de todo el orden jurídico nacional, al ser un

parámetro de validez formal y material para la creación de las normas. Ese fenómeno de cambios no es exclusivo del Perú, pues como nos advirtió el Dr. Carlos Hakansson (2016), el derecho constitucional iberoamericano se encuentra viviendo acelerados cambios de forma y de fondo.

En esta oportunidad queremos resaltar la visión del autor para comprender el modo de aparición y el progresivo desarrollo de las fuentes en el ámbito constitucional. Ya habíamos apreciado a manera de antecedentes de su pensamiento algunos artículos como «La posición constitucional de los principios de la carta de 1993» (2003) y «El efecto ondulatorio de las fuentes en un estado constitucional de derecho» (2015); ahora nos complace tener mayores aportes, al igual que un panorama completo y actual.

En el presente documento, el Dr. Carlos Hakansson concibe a la carta magna como un núcleo productor originario de fuentes jurídico-constitucionales a partir de su contenido integrado por principios y reglas, y destaca la importancia de darle su lugar a la jurisprudencia como fuente del derecho. En ese sentido, destaca el rol del juez y de la jueza como intérpretes de la Constitución dentro de su labor de revisión de la constitucionalidad de las leyes, para convertirla en un documento vivo (*living document*). Para ello, precisa que la jurisprudencia de las cortes y los tribunales especializados iberoamericanos fue la partida de nacimiento de los principios de unidad, supremacía, corrección funcional, aplicabilidad directa y *favor libertatis*, que se constituyen en criterios fundamentales para comprender la naturaleza del conjunto de disposiciones constitucionales. Asimismo, resalta la posición de la jurisprudencia de los órganos supranacionales dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales

y la labor de sus jueces y sus juezas en la aplicación del control de convencionalidad. Destaca a la costumbre, a la doctrina de autoridad y a la ley como importantes fuentes jurídico-constitucionales, aunque no bajo la concepción kelseniana; puntualiza que todas estas fuentes —de acuerdo con su producción jurídica— forman movimientos ondulatorios desarrollados alrededor de la Constitución.

A fin de fundamentar su propuesta nos sumerge en una visión histórica del tránsito del juez y la jueza legal al constitucional y ejemplifica la dispersión de las fuentes jurídico-constitucionales en la Constitución actual; del mismo modo, nos brinda un enfoque de la carta magna como un documento que contiene principios y reglas, y las desarrolla; explica cómo se puede afirmar que existe una aproximación de la clásica teoría europea continental a los pilares de la tradición anglosajona y el papel de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano.

Igualmente, podemos destacar su interesante proposición relativa a que los poderes Legislativo y Ejecutivo tomen en consideración el conjunto de fuentes constitucionales antes mencionados para la producción del derecho positivo, bajo pena de ser declarado inconstitucional; asimismo, que los jueces y las juezas las observen para saber dimensionar la constitucionalidad. Sostiene como metodología de trabajo para estos últimos —en su labor de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes—, el emplear en principio el test de proporcionalidad, y seguidamente complementar su argumentación jurídica mediante el concurso de fuentes jurídico-constitucionales, es decir, con la aplicación de una cadena argumentativa que se inicia con la Constitución y prosiga con las fuentes jurídicas surgidas a partir de ella.

Esta propuesta resulta muy útil y enriquecedora, estando al sistema dual de control de leyes que posee el derecho constitucional peruano desde 1979 (Eguiguren, 2006, p. 133), que garantiza el respeto de las disposiciones constitucionales. De esta manera, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, por medio del control concentrado y el control difuso —respectivamente—, permiten declarar la inconstitucionalidad y la derogación de las normas con carácter *erga omnes*, así como la inconstitucionalidad de la norma con efecto *inter partes* dentro de un proceso judicial.

Vivimos una época en la que el rol del juez y la jueza constitucional ha adquirido mayor relevancia, el juez y la jueza dejan de ser «la boca que pronuncia las palabras de la ley», cuya actividad se limitaba a aplicar la norma al caso concreto, para convertirse en garantes de los principios constitucionales y los derechos fundamentales en el Estado de derecho. Por ello, creemos que esta lectura será ilustrativa y confiamos en que se transformará en una herramienta útil en el quehacer de todos los operadores de justicia.

Finalmente, agradecemos la labor que viene desplegando la Presidencia del Poder Judicial en la difusión de la cultura jurídica, así como el Centro de Investigaciones Judiciales, en la edición y la publicación del presente documento, que fomentará el debate sobre la materia y la curiosidad por profundizar los tópicos aquí desarrollados.

DR. HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE
Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Consejero responsable del Consejo Consultivo
del Centro de Investigaciones Judiciales

Referencias

- Eguiguren, F. J. (2006). La jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma. En Carrasco, M., Pérez, F. J., Urías, J. y Terol, M. J. (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (vol. 2, pp. 3845-3859). Aranzadi Thomson Reuters.
- Hakansson, C. (2016). Los rasgos y perspectivas del constitucionalismo iberoamericano. *Derecho & Sociedad*, (47), 83-100. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18875>
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>

1. El fin del Estado legal e inicio del constitucional

El estudio de las fuentes constitucionales merece especial importancia por el derecho; en esta rama especialmente, porque la Constitución es de origen anglosajón y naturaleza judicialista, dos factores que fomentan su progresivo desarrollo. El propósito de realizar una visión sobre las fuentes constitucionales parte, en primer lugar, con la idea de no seguir asociando su estudio con el clásico dictado que se imparte en una asignatura de Introducción a las Ciencias Jurídicas o Teoría del Derecho, cuando su campo de estudio es el derecho constitucional; en segundo lugar, porque la explicación que se realiza respecto a las fuentes puede ser un tanto positiva y estatal, la primera por limitarse en la práctica a reconocer solo aquellas fuentes que la Constitución indica como tales y la segunda por circunscribirse preponderantemente a la ley como máxima expresión jurídica estatal; una afirmación que puede empezar a cambiar gracias al tránsito hacia un Estado constitucional de derecho, marcado en gran medida por el avance del judicialismo surgido a partir de las resoluciones de las cortes y los tribunales constitucionales especializados, sus precedentes vinculantes y normas constitucionales adscriptas.

Se trata de una propuesta a los operadores judiciales para distanciarse de una concepción piramidal del derecho hacia una

circular, más parecida a una ondulatoria, que tiene a la Constitución como núcleo productor originario de fuentes jurídico-constitucionales a partir de contenido compuesto por principios y reglas. El primer paso consistió en concebir a la Constitución como una realidad surgida desde la política, pero desarrollada por los jueces, un binomio que requiere del concurso de un conjunto de principios que informen la naturaleza especial de una Constitución, aunque también sea considerada como una norma fundamental.

A diferencia de la ley, que es un concepto abstracto, una categoría normativa, la Constitución es una realidad concreta, no nació para expresar la regularidad de comportamientos individuales como la ley, sino para convertirse en un cauce para que la sociedad se conduzca políticamente y en libertad. Por otra parte, las constituciones carecen de una estructura normativa similar a las leyes (un supuesto normativo, la subsunción del hecho y una consecuencia), contienen, en cambio, unas disposiciones de carácter autoaplicativo, otras más bien heteroaplicativas, pero todas igualmente vinculantes y de observancia por los jueces. Finalmente, toda Constitución reconoce y garantiza derechos y libertades con el objetivo de que los ciudadanos puedan autodeterminar su conducta en condiciones de igualdad, para así establecer unos órganos y procedimientos judiciales que la interpretarán y harán cumplir (Pérez, 1994, pp. 102-103).

1.1. El surgimiento del juez constitucional sobre el legal

El tránsito formativo del juez legal al constitucional responde a un proceso que podríamos dividir en tres momentos. El primero

data del siglo XIX, producto del pensamiento positivista de los juristas internacionales de la época y la irrestricta aplicación de la ley; luego, a mediados del siglo XX, tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, se convino en reconocer al Gobierno, reconstructor de una Europa en escombros, como el gran administrador y con posibilidad de legislar vía delegación parlamentaria, además de aprobar determinados decretos con carácter de urgencia y con fuerza de ley ante graves circunstancias económicas y financieras. Finalmente, a inicios del siglo XXI se nos adelantan para decirnos que se trata del momento de los jueces y que abarca desde Europa continental hasta Iberoamérica, tras la difusión de los tribunales constitucionales y los órganos supranacionales para la protección judicial de los derechos humanos, una vez agotada la jurisdicción interna en cada comunidad política. No obstante el paso del tiempo y las etapas descritas, lo cierto es que no fueron tan marcadas como las estaciones en Europa, en especial por el papel que cumplía el juez en Iberoamérica en los años ochenta o noventa de fines del siglo XX.

En el Perú, a comienzos del siglo XXI se aprecia un desarrollo jurisprudencial a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional, la recepción de conceptos como el contenido de los derechos fundamentales, el bloque de constitucionalidad, el estado de cosas inconstitucionales, las denominadas sentencias manipulativas, los precedentes y, a través de ellos, las normas constitucionales adscriptas a la directamente estatuida por el legislador constituyente. En la jurisdicción supranacional también se produjo un importante desarrollo e influencia. El sistema regional, presidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adquiere mayor protagonismo a partir del control de convencionalidad consolidado en el caso *Almonacid*

Arellano vs. Chile (2005), cuyos fallos debidamente motivados tras interpretar la Convención Americana son de observancia obligatoria en las cortes y los tribunales judiciales de los Estados miembros.

El tránsito del juez legal al constitucional en Europa continental convierte a los magistrados en administradores de la justicia con base en el conjunto de principios y reglas reconocidos por la Constitución para la solución de procesos concretos (producidos en cualquier rama del derecho y resueltos en instancia plural), así como procesos abstractos en los fallos que, en única y definitiva instancia, resuelve el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad. Los principios son aquellos estados ideales en el derecho que carecen de un curso de acción concreto; por eso, cuando son invocados por las partes, los jueces los aplican en la medida de lo posible al caso concreto. Los principios dan cabida a valores, a la moral, a ciertos elementos que hacen al derecho más rico, más sustancial y material. Las reglas son las normas cuya estructura se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica en forma de un derecho o un deber. Por eso, la regla tiene un supuesto de hecho claro y una consecuencia jurídica clara. La fuente jurídica por excelencia es la Constitución, contiene los principios y las reglas fundamentales para el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales que inspiran el buen gobierno civil; a partir de ella, los jueces constitucionales producen y reconocen el resto de fuentes del ordenamiento jurídico, brindándole unidad y coherencia interna al conjunto.

1.2. Las fuentes jurídico-constitucionales en la Constitución peruana

Con relación a las fuentes jurídicas, las constituciones iberoamericanas no dedican un título o un capítulo especialmente a ellas, más bien se encuentran dispersas por todo su articulado. Por citar un ejemplo, en la Constitución peruana los artículos 51 y 138, segundo párrafo, establecen la supremacía y la jerarquía constitucional. Luego, el inciso 4, artículo 200, establece las normas con rango de ley. También encontramos los artículos 102 al 109, que regulan la formulación y la promulgación de las leyes; con especial mención del artículo 104, que permite los decretos legislativos; el artículo 106, que define la finalidad de las leyes orgánicas; el artículo 206, que regula la ley de reforma constitucional; el inciso 20, artículo 118, que crea y regula los decretos de urgencia; y el inciso 3, artículo 32, que menciona las ordenanzas municipales (ver además el inciso 4, artículo 200). Por otro lado, hay que considerar los artículos 55 al 57, que regulan los tratados, así como el artículo 3 y la cuarta disposición final, que, interpretándolos, brindan jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos.

El inciso 1, artículo 102, también trata sobre las resoluciones legislativas del Congreso; el inciso 8 del artículo 118 reconoce en el presidente de la República la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. Como se puede apreciar, si bien las fuentes están reconocidas formalmente por el texto constitucional, su contenido y su significado responden más a un Estado legal que constitucional de derecho; es decir, se encuentra más asociado a la idea de la posición que tiene el

derecho positivo en un ordenamiento presidido por una Constitución, cumbre de una pirámide como suele graficarse desde una concepción kelseniana¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano y su jurisprudencia, como su máximo intérprete, ha establecido su posición reivindicando el papel que cumplen las fuentes en el ordenamiento constitucional. En ese sentido, basándonos en lo resuelto por el mismo colegiado, proponemos una visión alternativa al constitucionalismo iberoamericano, para comprender el modo de aparición y el progresivo desarrollo de las fuentes en el ámbito constitucional.

2. La Constitución vista como un documento que contiene principios y reglas

Los principios y las reglas que reconoce la Constitución en sus disposiciones nos permiten conocer su estructura interna desde la organización de sus principales instituciones: los principios fundamentales del Estado, los principios técnico-jurídicos del ordenamiento, los principios inspiradores para la actuación de los

-
- 1 Al respecto, el profesor Otto (1987) explica argumentando que «el concepto de Constitución como norma suprema presupone, por tanto, una determinada estructura del ordenamiento y, en ese concreto sentido, es un concepto histórico: no todo ordenamiento tiene una Constitución. No hay Constitución cuando creación y aplicación de derecho están aún unidas, por ejemplo, en los sistemas de derecho judicial. Tampoco la hay si la creación de derecho no está sometida a su vez a normas, por ejemplo, en el sistema de soberanía del parlamento» (pp. 14-15).

poderes públicos e informadores del derecho y, finalmente, los principios informadores del derecho. A continuación, desarrollaremos el contenido de cada uno.

2.1. Los principios fundamentales del Estado

Los principios que sostienen un régimen constitucional se componen del reconocimiento de los derechos y las libertades, la separación de poderes y, en consecuencia, los principios de soberanía y del Estado social y democrático de derecho. El reconocimiento de los derechos fundamentales y la separación de poderes son imprescindibles para la legitimidad del gobierno civil. El primero se convirtió con el tiempo en un catálogo de derechos abierto al reconocimiento de otros también derivados de la dignidad humana; por ejemplo, las constituciones iberoamericanas contemporáneas han reconocido el derecho al agua², la jurisdicción supranacional hizo lo propio con el derecho a la verdad³. Por eso, menos que expandir la lista en el futuro, resulta conveniente sintetizarla en aquellos principios que terminan fundamentándose en los derechos y las libertades reconocidos en las constituciones. Nos estamos refiriendo a la

2 «El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos» (art. 7-A de la Constitución peruana de 1993).

3 «Ya el derecho a la identidad, al igual que el derecho a la verdad, se desprenden de determinados derechos consagrados en la Convención Americana, se trata más bien de una necesaria construcción jurisprudencial, que, a su vez, conlleva al desarrollo progresivo del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (Corte IDH, 2005, f. j. 21).

vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la propiedad, una síntesis que solo la visión y la formación judicialista del derecho podría poner en práctica para conceptualizar nuevos derechos a partir de casos concretos.

El clásico catálogo de derechos se conserva, pero a partir del reconocimiento de los derechos implícitos que la jurisdicción constitucional también pueda reconocer; efectivamente, como bien señala el Tribunal Constitucional de Chile (2008), las constituciones no han creado esos derechos

sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el «respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» (fundamento 47).

El desarrollo de los modelos de jurisdicción constitucional iberoamericanos contemporáneos, compuestos por precedentes, productor de normas constitucionales adscriptas, que reconoce principios para la interpretación judicial de la Constitución y adopta figuras o herramientas jurisprudenciales como el estado de cosas inconstitucional o el bloque de constitucionalidad⁴,

4 Dicha práctica interpretativa se puede apreciar en las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2013) cuando establece que «si bien el Estado, en aras del bien común, puede disminuir temporalmente las remuneraciones en situaciones de emergencia económica, estos remedios tienen límites y condiciones a la luz del bloque de constitucionalidad»; esta Corte de Justicia también alude a la misma institución cuando sostiene que «el principio de interés

puede cambiar con progresividad la tendencia positivista de ampliar la lista de derechos por su reconocimiento judicial y a partir de casos concretos resueltos por la máxima instancia constitucional. La Corte Constitucional colombiana ha brindado varios ejemplos que rompen con la tradición judicial conservadora en la región, irradiando a través de su jurisprudencia más de una institución en los tribunales de la región.

A nivel supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace lo propio mediante el denominado control de convencionalidad, al producir un diálogo entre cortes y tribunales regionales para la aplicación con carácter vinculante del contenido de sus resoluciones⁵. Un proceso que hace treinta años sería impensable, pero hoy es una realidad palpable en los Estados comprometidos con la competencia contenciosa de la Corte⁶, así como el legítimo reclamo de la persona, como nuevo

superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, [...] forma parte del bloque constitucional de conformidad a lo establecido en la Constitución» (f. n.º 67. XLIX; F.74. XLIX del 18 de junio de 2013).

- 5 Por ejemplo, la Corte Constitucional de la República de Colombia (2014), sobre el derecho de objeción de conciencia, ha sostenido que el objetor «al servicio militar obligatorio es aquella persona cuyas convicciones religiosas, filosóficas, éticas, morales más profundas entran en conflicto con la obligación de formar parte de un cuerpo regido por la disciplina militar que se caracteriza por el uso de la fuerza. Este derecho a objetar emana de la dignidad de la persona y en tal sentido es, ante todo, un derecho fundamental reconocido tanto en la Constitución como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, norma que se incorpora al ordenamiento interno por vía remisoria del bloque de constitucionalidad».
- 6 «En razón de ello, se encuentra comprometido ineludiblemente a cumplir todas las obligaciones de los Estados Partes de dicho tratado, que comprenden el acatamiento por los órganos jurisdiccionales peruanos

sujeto de derecho internacional público, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte de la Convención.

2.1.1. Los derechos fundamentales

Los derechos humanos, comprendidos como bienes (humanos), cuotas de perfección humana para su plena realización como persona, responden a la armadura compuesta por principios que permiten la conceptualización de otros, ya sea en los tratados internacionales, los órganos supranacionales para su última defensa y protección, en los textos constitucionales y en la jurisprudencia nacional de su máximo intérprete. Como mencionamos, los principios síntesis que, como estados o situaciones ideales, permiten el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades que operan como una armadura para el pleno desarrollo y realización humana, se resumen en vida, dignidad, libertad, igualdad y propiedad.

La vida, comprendida como derecho a la existencia humana, en cualquier estado o momento, desde la concepción y el último aliento por causas naturales, es decir, una condición de sujeto o centro de imputación de derechos y deberes, hasta el hecho futuro y cierto como fin de la persona y su tránsito a objeto de derecho con protección jurídica. Como sabemos, las primeras constituciones de la posguerra reconocieron el principio

de las decisiones contenidas en los fallos o sentencias emitidas por la Corte IDH, en armonía con lo puntualmente recogido en el artículo 68.1 de la Convención; acatamiento que comprende no solo cumplir la parte resolutive del fallo, sino asumir y seguir los criterios que lo fundamentan» (Blume, 2015, p. 88).

de dignidad de la persona humana como fundamento de sus derechos reconocidos constitucionalmente, lo cual significó el inicio de una nueva sensibilidad hacia los derechos humanos, como ser individual, social, cultural y espiritual, que dio lugar a su internacionalización mediante distintos instrumentos internacionales⁷. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 fue la primera en reconocer al principio de dignidad de la persona humana encabezando el título dedicado a los derechos fundamentales⁸; lo mismo hizo años más tarde España en su Carta de 1978; y, casi dos décadas después, el preámbulo de la Constitución polaca de 1997.

La Constitución peruana de 1979, heredera directa del constitucionalismo moderno, fue la primera en reconocer el principio de dignidad humana en su artículo 1. Similar ejemplo ha tenido la actual Constitución de 1993 y ha establecido que «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado». De este modo, formulada esta disposición tan vinculante como todas las siguientes en el texto constitucional, debemos comenzar diciendo que si la dignidad humana es un fin en sí mismo, podemos afirmar que todo lo humano comparte su mismo fin y deber de defensa;

7 El primero de dichos documentos internacionales es, sin lugar a dudas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (1948).

8 La jurisprudencia del Tribunal Federal alemán acierta cuando sostiene que «la dignidad de la persona exige que la autoridad no disponga de su derecho sin mayor consideración; la persona no debe ser solo *objeto* de la decisión judicial, sino que debe poder pronunciarse antes de una decisión que afecte sus derechos, para poder influir en el proceso y su resultado» (Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional de Chile, 2015, p. 66); n.º 1 BvR 396/55, del 8 de enero de 1959.

es decir, si la persona humana goza de dignidad, todas sus dimensiones, individual, social, cultural y espiritual deben ser respetadas en esa misma dignidad⁹.

Las diferentes dimensiones humanas que posee la persona y que gozan de igual dignidad constituyen en su conjunto una fuente de bienes humanos que necesitan igual protección; por eso, si por el concepto de bien comprendemos aquello que perfecciona al ser, concluimos que el conjunto de bienes humanos que procura la plena realización de la persona son los llamados derechos humanos; los cuales una vez reconocidos por la Constitución son denominados derechos fundamentales¹⁰. A diferencia de los derechos humanos que nacen limitados, son ilimitables por la legislación y solo delimitables por la judicatura y los parlamentarios a través de sus leyes. La dignidad humana carece de límites porque la persona es un fin en sí misma, por tanto, si los derechos tienen como último propósito realizarla, el reconocimiento de su dignidad se interpreta como el deber de justicia para alcanzar su máxima realización.

9 Con relación al trato de una persona, miembro de una comunidad indígena, detenida para permanecer en el resguardo de San Lorenzo, la Corte Constitucional colombiana sostiene que «se ha vulnerado su identidad cultural y dignidad humana, al no recibir un tratamiento acorde con su condición de indígena, ya que resulta imperioso, en caso que se le recluya en un establecimiento ordinario, que se respete su cultura y se armonice los mandatos de justicia y diversidad cultural. Señala que la privación de libertad en estos establecimientos debe ser excepcional, y solo procederá cuando así lo acuerden las comunidades a las cuales pertenecen; lo que no sucede en el presente caso, ya que ellas solicitan tener competencia para conocer de este asunto» (Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional de Chile, 2015, p. 688); véase Rol n.º T-921/13, del 5 de diciembre de 2013.

10 Véase Castillo (2007, pp. 30-32).

La libertad es la facultad de todo ser humano para obrar de un modo u otro, o decidir no hacerlo, pero siempre ejercida sin ningún tipo de coacción física o moral. Por eso, cualquier tipo de norma, acción pública o privada que termine afectando el derecho a la autodeterminación y ausencia de la coacción¹¹, elementos que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, produce una infracción constitucional a la madre de todas las libertades, o la libertad propiamente dicha. La libertad alude a sus dos dimensiones básicas: individual y personal. El contenido al derecho a la libertad individual se configura como la facultad o el bien humano de toda persona libre para tomar decisiones sin amenaza, coacción o restricciones inconstitucionales. En el caso de la libertad personal, es el ejercicio de la facultad de desplazamiento, ya sea de ir o volver, la posibilidad de movilizarse o no, pero reservada a la integridad de toda persona física.

El principio de igualdad tiene dos dimensiones, una formal y otra de índole material, en este espacio nos ocupa explicar la primera. La igualdad formal responde al reconocimiento general de que toda persona humana, sin importar alguna condición particular de origen, procedencia, cultura, posición social, económica, política y cultural, comparte la misma dignidad, por tanto, el mismo trato que cualquier otra. La igualdad material parte del supuesto de que las diferencias se manifiestan con evidencia en una comunidad política, el Estado está llamado a poner todos los medios para disminuirlas brindando medios y oportunidades para la plena realización de los derechos humanos. La primera alude a la igualdad entendida como formal, la

11 Véase Nuñez (1997, p. 137).

segunda corresponde a su dimensión material, que demanda implementar un conjunto de políticas públicas a través de la distribución de la riqueza obtenida por medio de los principios que inspiran el sistema tributario¹². Al respecto, la Corte Suprema de Justicia argentina sostiene que la Constitución no establece derechos absolutos, pues todos se gozan conforme

a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional. Agrega, además, que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de un modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes), lo que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas (Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional de Chile, 2015, p. 558)¹³.

En los catálogos de derechos también observamos que la propiedad ha quedado un tanto apartada con relación al estatus que guardan los demás derechos en la doctrina y la jurisprudencia¹⁴, pero su elevación a principio se fundamenta porque su ejercicio pone en marcha la vigencia de los principios vida, dignidad, libertad e igualdad. La plena difusión de la propiedad

12 De modo similar, el Tribunal Constitucional de Chile (2010a) distingue en el derecho de igualdad señalando una doble dimensión, «la igualdad como principio, según la cual los individuos, sin distinción alguna, tienen la misma aptitud jurídica [...]. Por otra parte, está la igualdad como ideal de igualdad efectiva que las normas e instituciones deben lograr en forma progresiva, atenuando las desigualdades de hecho» (fundamento 63).

13 Véase la Sentencia A. 910. XLVI del 4 de diciembre de 2012.

14 En la Constitución peruana de 1993 se encuentra reconocida en el artículo 70, en el título tercero, que regula el régimen económico.

permite la primitiva realización de los demás derechos. Por citar un ejemplo histórico, la difusión de la tierra a los colonos norteamericanos permitió la igualdad social entre ellos, donde no se reconocían títulos nobiliarios, la libertad para tomar decisiones respecto a su presente y futuro, trabajar el campo y vivir obteniendo sus beneficios, edificar su vivienda y consolidar su patrimonio. El tránsito del Estado liberal al social trajo una percepción distinta en cuanto al sentido constitucional del derecho a la propiedad, que se complementa con las políticas públicas para su correcta difusión en la sociedad, reconocido el derecho de expropiación estatal en aras del bien común previo pago de una indemnización justipreciada¹⁵; en ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina resalta el deber de armonizar el derecho de propiedad de los dueños y el interés público¹⁶.

Como mencionamos, la Constitución, comprendida como un documento que procura operar como una fuente de principios que favorecen las libertades, tiene su fundamento en los

15 Véase el artículo 70 de la Constitución peruana.

16 «La Corte confirma la sentencia que admitió la demanda de expropiación irregular promovida contra el Estado Nacional, disponiendo la expropiación del inmueble objeto de la acción y el consecuente pago de una indemnización, desestimando el argumento del Estado Nacional con respecto a las negociaciones, debido a que no existe constancia en autos de que el Estado haya habilitado un canal de diálogo orientado a buscar una solución consensuada al respecto, ni menos formuló alguna propuesta concreta sobre cómo armonizar razonablemente el derecho de propiedad de los dueños y el interés público que reviste la declaración de monumento histórico-artístico» (Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional de Chile, 2015, p. 568); véase la Sentencia Z. 39. XLVI, del 27 de agosto de 2013.

derechos a la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la propiedad. El gobierno civil que tiene la finalidad de reconocerlos y brindarles protección judicial necesita de otros principios para limitar el ejercicio del poder político; cualquier texto constitucional que no indique el conjunto de principios que informan a los operadores judiciales para el ejercicio de interpretación de sus normas, corre el riesgo de producir un vicio que termina por difuminar cualquier sentimiento constitucional entre los ciudadanos (Acuña, 2002, p. 37).

2.1.2. La separación de poderes

El principio de separación de poderes reposa en otros que permiten su realización y evitan vaciarlo de contenido: democracia, representación política, autonomía funcional y cooperación son los cuatro pilares indispensables para la salud de cualquier forma constitucional de gobierno¹⁷, pues, cabe añadir que no

17 Como indica el Tribunal Constitucional de Chile (2010b), «la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo, cuyo antecedente histórico es la tolerancia. El pluralismo se enmarca dentro de la libertad, tanto en el campo de las creencias e ideas como en el de las organizaciones voluntarias, entre las que cabe señalar a los partidos o movimientos políticos. Se define por el reconocimiento de la diversidad. Su nombre deriva de la pluralidad de los ciudadanos y sus derechos. Es la antítesis de la uniformidad. El pluralismo comprende la libertad para elaborar ideas, el derecho a difundirlas y a organizarse para llevarlas a la práctica. De tal forma, en la democracia pluralista siempre habrá una tensión entre consenso y disenso. Ambos elementos deben encontrar un equilibrio adecuado en la “*concordia discors*” de tal manera que se permita la inclusión del otro respetando su diversidad» (fundamento 22).

existe una amplia gama de variantes, básicamente, son dos: parlamentarismo y presidencialismo. A través de ellas se han derivado otras menos difundidas por razones históricas y circunstancias excepcionales, como el semipresidencialismo¹⁸. En los modelos presidencialista y parlamentarista, la separación de poderes opera de forma más o menos tajante respectivamente. El primero más difundido por los Estados iberoamericanos y, al igual que en todos los demás, los principios: la democracia, la representación política, la autonomía funcional y la cooperación se convierten en pilares para la configuración de la separación de poderes. A continuación, hagamos referencia a la vital importancia de cada uno.

La democracia es un presupuesto básico en toda forma constitucional de gobierno, presupone que los poderes estatales guardan una separación de funciones, no puede afirmarse lo mismo respecto a las llamadas constituciones semánticas, propias de regímenes autoritarios y dictaduras. En esos casos sería aplicable, como un dogma, lo dispuesto por la citada afirmación de la declaración francesa del siglo XVIII. Se trata de un principio donde si bien gobierna la mayoría electa, el ejercicio de gobierno se realiza respetando a la minoría, lo cual demanda diálogo para la consecución de acuerdos Ejecutivo-Legislativo,

18 En el Estado suizo, que es una república democrática, parlamentarista, federal y pluripartidista, el Poder Ejecutivo actúa como jefe colegiado del gobierno. Como explica Loewenstein (1986): «el gobierno federal, llamado Consejo Federal (*Bundesrat*), está constituido por un grupo de siete hombres que, como la cámara baja del Parlamento, están elegidos por un período de cuatro años. La elección tiene lugar a través de ambas cámaras del Parlamento, que juntas constituyen la Asamblea Federal (*Bundesversammlung*)» (p. 141).

especialmente cuando no se cuenta con mayoría parlamentaria; por eso, también se le conoce como principio de solución democrática de las controversias¹⁹.

El principio de representación política se apoya en la democracia para dotar de legitimidad el ejercicio de cada poder, es decir, del justo título de quienes ocupan los altos cargos públicos para ejercer sus competencias; en efecto, la legitimidad que se otorga a los titulares de las instituciones políticas, fortalece y brinda sustento a la representación, un principio de derecho privado aplicado al derecho público²⁰.

El principio de autonomía funcional se apoya en los dos anteriores para el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y

19 Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú (2020) reconoce entre sus argumentos al principio de solución democrática que, de acuerdo con el máximo intérprete, «pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos» (fundamento 32); en otras palabras, que tanto la búsqueda como la creación de oportunidad para establecer consensos debe agotarse entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, buscando puntos de encuentro por ambas partes, pues siempre será más saludable que la exigencia de responsabilidad política como una renovación de la confianza parlamentaria solicitada por el primer ministro.

20 De acuerdo con Pereira Menaut (2011), «la representación que aquí nos interesa es un instituto procedente del Derecho Romano y, después, del canónico. Los romanos no teorizaron, pero practicaron diversas figuras como el *mandatum* y la *procuratio*, las cuales —no sin matizaciones— constituían casos de representación jurídico-privada, más “indirecta” (efectos entre el tercero y el representante, con ulterior repercusión de este sobre el representado) que “directa” (efectos entre el representado y el tercero)» (pp. 250-251).

las leyes le otorgan, respectivamente, a cada institución estatal que ejerce su cuota de poder con independencia. Se trata de un principio que opera como una garantía institucional que prohíbe cualquier tipo de invasión o menoscabo de funciones por otro poder estatal²¹; sin embargo, la operatividad del Ejecutivo y el Legislativo en las formas de gobierno no resulta una suerte de compartimentos estancos, pues, como adelantamos, el principio de separación de poderes admite la colaboración entre órganos, la cual no es espontánea sino debidamente regulada en las disposiciones constitucionales.

En el marco de los tres principios mencionados, el principio de cooperación entre poderes es más conocido como los llamados mecanismos de *checks and balances*, pesos y contrapesos, en el funcionamiento de las formas constitucionales de gobierno. Es el principio que promueve la salud y el correcto funcionamiento de la separación de poderes, que puede ser tajante o más tajante, no carente de un mínimo de funciones en la cual Ejecutivo y Legislativo concursan en aras de perfeccionar la decisión política, pero que se encuentren debidamente establecidas y regulado su procedimiento en la Constitución, no solo mediante una ley orgánica. A pesar de no resultar necesario, algunos Estados iberoamericanos hacen expresa referencia del principio en sus constituciones, como es el caso de la peruana de 1993²².

21 Como sostiene el Tribunal Constitucional del Perú (2020), el respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos es parte de los mecanismos de equilibrio entre poderes (f. j. 31).

22 El artículo 43 de la Constitución peruana establece que «su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

Como mencionamos, el principio de separación de poderes no debe interpretarse como si se tratara de la suma de tres compartimentos estancos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sin ningún tipo de relación entre ellos; nada de eso, la Constitución dispone cómo deben cooperar para la perfección de la decisión política. En ese sentido, como el propio Tribunal sostiene entre sus argumentos:

de esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de «lealtad constitucional», el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, f. j. 32).

2.1.3. El principio del Estado social y democrático de derecho

El tránsito del Estado liberal al social se encuentra presente en casi todas las constituciones de la posguerra, incluyendo países que pese a tener formalmente una constitución viven un régimen dictatorial²³. En el contexto iberoamericano, como ejemplo de referencia para el formal establecimiento de un Estado democrático y social, en la Constitución peruana observamos el principio democrático disperso por todo el articulado y, entre sus manifestaciones más importantes destacamos a los principios de manifestación de voluntad popular²⁴, de participación²⁵,

23 Sirva como ejemplo el artículo primero de la Constitución cubana de 1976 (reformada en 1992).

24 Véanse los artículos 35, 45, 46 y 176 de la Constitución peruana de 1993.

25 Véanse los artículos 2.17, 31, 32 y 35 de la Constitución peruana de 1993.

del derecho electoral²⁶, representativo²⁷ y gobierno de la mayoría²⁸. El derecho electoral tiene otros principios, como son los de calendarización, de transparencia, de conservación y de unidad (Hernández, 1994, p. 26). Los cuatro no se encuentran reconocidos taxativamente en la Ley electoral peruana, pero pueden inferirse de sus funciones²⁹.

el principio democrático no solo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3.º de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural (Tribunal Constitucional del Perú, 2003, f. j. 4.1.c).

Con relación al principio del Estado social de derecho se establece una relación entre Estado y sociedad que deberá promover

26 Obsérvese el artículo 178 de la Constitución peruana de 1993.

27 Véanse los artículos 43, 90, 187 y la VII disposición final y transitoria de la Constitución peruana de 1993.

28 Revisense los artículos 90 y 111 de la Constitución peruana de 1993.

29 Véase el artículo 5 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley n.º 26486).

la igualdad y la libertad efectivas. Los contenidos generales de este principio en la Constitución peruana pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) El catálogo de derechos sociales compromete al Estado a realizar prestaciones en los campos de la salud, la educación, el trabajo y las pensiones³⁰.
- b) Se establecen unas disposiciones relativas a la participación de los ciudadanos en la vida política y social³¹.
- c) Se fijan los principios generales del régimen económico, el artículo 58 establece además que «el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». De igual manera, la Constitución peruana dice en el artículo 59 que el Estado «brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades»³².

De acuerdo con estas disposiciones, vemos que el Estado de derecho peruano es de tipo social y asistencial por el activo papel que la Constitución le asigna. Sin embargo, los Estados donde más se ha desarrollado y cumplido el *welfare state*, como el Reino Unido, Canadá y Suecia, no se incorporaron inicialmente en su derecho constitucional sino en las leyes. Por eso, nos parece razonable cuestionar su presencia dado que podría volverse contraria a la propia idea de carta magna si esos principios y

30 Revítese el título I, capítulo II, de la Constitución peruana de 1993.

31 Obsérvese el título I, capítulo III, de la Constitución peruana de 1993.

32 Véase el título III, capítulo I, de la Constitución peruana de 1993.

políticas no se realizan (Martínez, 1997a, p. 69). Finalmente, nos preguntamos si un Estado puede ser a la vez democrático, social, soberano y organizarse bajo el principio de separación de poderes. En nuestra opinión, nos encontramos ante cualidades de naturaleza tan diversa que una estricta interpretación del concepto de Estado social y democrático podría producir el crecimiento del intervencionismo estatal, que podría afectar a las restantes. Lo cierto parece ser que la falta de tradición constitucional, cubierta con una cultura legalista, ha llevado a incorporar declaraciones similares en las cartas magnas³³. Hoy en día, la asimilación del Estado social de derecho comprende su armonía con el ejercicio de las libertades individuales por la ciudadanía en Iberoamérica, por tratarse de sociedades permeables para aceptar documentos oficiales de identificación y menos reaccionarias ante políticas que puedan resultar algo invasoras al derecho a la intimidad.

2.2. Los principios técnico-jurídicos del ordenamiento

La influencia del positivismo para la producción de constituciones circunscribió los principios de supremacía y efecto directo al control constitucional de las normas, cuando el propósito histórico del constitucionalismo es más ambicioso que armonizar el ordenamiento jurídico en función de las disposiciones constitucionales. La denominación interpretación judicial de la

33 Por ejemplo, la Constitución alemana dispone que es «un Estado federal, democrático y social» (art. 20.1), la francesa nos dice a su vez que es una República indivisible, laica, democrática y social (art. 1). Y por último la española, de 1978, que es «un Estado Social y Democrático de Derecho».

Constitución está más ajustada con la labor de los jueces, una visión más judicialista que normativa. El derecho constitucional iberoamericano durante años ha sido leal con las teorías positivistas. La jurisdicción constitucional instalada desde las teorías de Kelsen dio lugar a una progresiva aproximación hacia el judicialismo, pues, con el tiempo, los textos constitucionales deben leerse a la luz del contenido de la jurisprudencia del órgano que cumple la función de máximo intérprete de la Constitución. Por eso, la comprensión de los principios de supremacía y aplicabilidad directa (efecto directo) deben reformularse de acuerdo con una visión ajustada a los fines constitucionales.

2.2.1. El principio de supremacía

Si bien el artículo sexto de la Constitución estadounidense de 1787 nos dice que es el «supremo derecho del país», de esa frase no podemos deducir su jerarquía normativa dado que su significado estuvo vinculado al federalismo y, además, porque el derecho anglosajón es abierto y no cerrado como el peruano. Es abierto no solo porque incluye las sentencias del Tribunal Supremo, sino porque sobrevive el antiguo derecho español en Nuevo México, el francés en Louisiana, el *common law* y la equidad³⁴. Las constituciones iberoamericanas comprenden la supremacía como la máxima posición jerárquica del ordenamiento jurídico, así como el monopolio de la producción jurídica, corresponden a una tesis reduccionista³⁵, pues la finalidad

34 En el mismo sentido Pereira Menaut (1998, p. 36).

35 El Tribunal Constitucional de la República Dominicana (2014), por ejemplo, al reconocer la calidad de tratado a su documento de aceptación firmado por el Estado, afirma que se trata de un instrumento que «con

constitucional del principio de supremacía es limitar el ejercicio de poder que también puede manifestarse a través de normas ilegítimas y actos arbitrarios.

2.2.2. El principio de aplicabilidad directa

El principio de supremacía se encuentra ligado directamente con su efecto vinculante, es decir, con el grado de aplicación de sus disposiciones en el derecho público y privado. Una Constitución que se declara suprema pero no vincula, o viceversa, corresponde a un texto semántico, sin valor real en su contenido. Por eso, en toda institución, autoridad, funcionario y persona, las normas, los reglamentos y las resoluciones deben observarse para su validez en las disposiciones constitucionales. El principio de efecto o normatividad es reconocido en el derecho anglosajón como aplicabilidad directa (*direct enforceability*). La Corte Constitucional colombiana (1992) asocia el efecto vinculante con el grado de eficacia de las disposiciones constitucionales. En su jurisprudencia nos dice que

los principios constitucionales [...] consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida [...] lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional [...] jamás pueden ser desconocidos [...] son normas que establecen un deber ser específico [...] («Principios y valores constitucionales», 7 b).

plena capacidad de producir efectos jurídicos en el plano internacional y [...] repercutir en el Derecho Interno [...] con el fin último de salvaguardar el principio rector de la supremacía constitucional [...].

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de Chile declara que los principios y los valores constitucionales establecidos son más que un conjunto de declaraciones programáticas, sino que gozan de fuerza de obligatorio cumplimiento³⁶. Un cambio sustantivo si las comparamos con los textos constitucionales históricos iberoamericanos, más próximos a declararse como documentos que organizan las instituciones del Estado.

2.3. Los principios inspiradores para la actuación de los poderes públicos e informadores del derecho

No es extraño que los países judicialistas sean quienes más han respetado la aplicación y el desarrollo de los principios del debido proceso. En ese sentido, un sector de la doctrina considera que dichos principios adquieren verdadera importancia en una Constitución sin codificar, o si no se les menciona expresamente³⁷. En cambio, en los países con tradición europea continental, como los iberoamericanos, en la observancia de las garantías para la administración de justicia descubrimos diferencias en la región, marcada por aquellos Estados autoritarios o de aguda constitución semántica producto de diversas circunstancias políticas que afectan su Estado de derecho; al punto que podrían ser inobservadas, salvo que se asegure una firme voluntad del poder político para hacerlas respetar.

36 Al respecto, véanse las resoluciones del Tribunal Constitucional de Chile STC 1185 (fundamentos 11 y 12), STC 2410 (fundamentos 11 y 12), STC 2410 (fundamentos 11 y 12) y STC 46 (fundamento 46).

37 Es la tesis de Iñaki Esparza Leibar (1995) en su obra *El principio del proceso debido*, citado por Martínez (1997b, p. 118).

Con relación a los principios del debido proceso, en las constituciones contemporáneas no existe mayor diferencia entre ellas³⁸; es más, podríamos decir que unas son copia de las otras³⁹. No obstante, respecto a la aplicación de los principios reconocidos por la Constitución, descubrimos que aquellos referidos a la tutela judicial efectiva, como el principio de instancia plural, la igualdad ante la ley, el derecho de defensa, la cosa juzgada y la presunción de inocencia son los más invocados por los magistrados.

2.4. Los principios informadores del derecho

El rasgo común de los principios informadores es su presencia en las constituciones modernas, cuando más de uno puede deducirse del catálogo de derechos y libertades reconocidos, ya sean de primera o de segunda generación⁴⁰. Para la doctrina, un

38 Sobre los principios del debido proceso véase Uchuya (2000, pp. 323-346).

39 En efecto, estos principios se incorporaron por primera vez en el artículo 39 de la carta magna inglesa de 1215, y otros de ellos en la *Petition of Rights* de 1628 y el *Act of Settlement* de 1701. Luego formaron parte de la Constitución norteamericana, enmiendas V, VI, VII y XIV. En Europa continental se incorporaron en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en sus artículos 7, 8 y 9. Después de ese itinerario, los principios del debido proceso se exportaron al resto de constituciones (Martínez, 1997b, p. 120).

40 El extenso catálogo de derechos y libertades se obtiene detallando los derechos de dignidad, libertad, igualdad, participación y propiedad. Por ejemplo, la libertad de expresión subyace en la libertad de enseñanza, la libertad de asociación está contenida en los derechos de sindicación y de fundar partidos políticos. El derecho de participación también lo

derecho o principio es redundante cuando un mismo interés de protección jurídica también se encuentra comprendido en la Constitución⁴¹.

2.4.1. Los principios tributarios

El artículo 74 de la Constitución peruana reconoce los principios de legalidad, igualdad, y no confiscatorio⁴², los cuales son los límites materiales a la potestad tributaria sin contar aquellos que se derivan del texto constitucional⁴³.

Respecto a los principios rectores de la tributación, pensamos que estos pueden deducirse de las disposiciones constitucionales, puesto que están contenidos en otros más amplios; así, el principio de legalidad subyace en las disposiciones relativas al Estado de derecho, la igualdad se encuentra reconocida en el catálogo de derechos, y su carácter de no confiscatorio subyace en el derecho de propiedad. El mismo artículo añade que no surten efecto las normas tributarias que violen los principios y

encontramos en el reconocimiento a intervenir en asuntos públicos, etc. Pero, como sostiene Martínez Estay (1997a), «esta situación no es casual, sino producto del hecho de que durante años dichos derechos no se consideraron parte de las libertades y derechos con que se corresponden» (p. 71). Hay que tener en cuenta, además, que, antes de la Revolución de 1848, las uniones de obreros y las huelgas se castigaban penalmente.

41 Véase la diferencia que Rubio Llorente (1993) hace cuando la redundancia es parcial o total (pp. 11-12).

42 El mismo artículo agrega el respeto de los derechos fundamentales de la persona; no lo incluimos porque, en primer lugar, no estamos ante un principio; y, segundo, porque la finalidad de la Constitución es, precisamente, la protección de los derechos y las libertades.

43 Véase el Exp. n.º 033-2004-AI/TC (f. j. 2).

las potestades tributarias dispuestos por la Constitución, una afirmación redundante si, gracias al principio de jerarquía, se reconoce como la norma suprema del ordenamiento jurídico. De esta manera, vemos que el poder financiero ha pasado a formar parte de los textos constitucionales modernos y su interpretación judicial⁴⁴.

2.4.2. Los principios laborales

Desde la Constitución mexicana de 1917 se reconocen los principios del derecho laboral, pero, de la misma manera, pensamos que los derechos y los principios constitucionales son suficientes para que los jueces puedan de ahí deducirlos⁴⁵; por ejemplo, en la Constitución peruana, el principio protector no está reconocido expresamente. Sin embargo, este puede inferirse del artículo 23, que dice que «el trabajo en sus diversas modalidades es sujeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan [...]»⁴⁶. Sin embargo, pese a su enunciado genérico, la práctica judicial y la legislación laboral lo invocan sin

44 Contrario a nuestra posición, Rodríguez Bereijo (1992) afirma que los principios tributarios en la Constitución son la máxima expresión de la sujeción del poder financiero al Estado de derecho (p. 11). No obstante, como afirmamos líneas arriba, consideramos que las disposiciones constitucionales son suficientes para que la judicatura pueda deducir y proteger los principios informadores del derecho tributario.

45 La doctrina conoce como inflación y fragmentación al fenómeno de expansión de principios y derechos; véase en Pereira (1998, pp. 465-466).

46 De acuerdo con este artículo, el principio protector sería una manifestación del Estado social de derecho.

mencionarlo de manera explícita⁴⁷. El principio de igualdad en las relaciones laborales está contenido en el reconocimiento general que hace la Constitución peruana en el catálogo de derechos⁴⁸. El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales está incluido en la propia naturaleza de los derechos humanos⁴⁹, no es posible renunciar a ellos porque se derivan de su dignidad.

En el derecho laboral existen otros principios, pero si consideramos que los tratados celebrados por los Estados forman parte de su derecho interno⁵⁰, y que el catálogo de derechos se interpreta conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁵¹, estimamos que los tratados o acuerdos celebrados con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) junto con la legislación laboral bastarán para garantizarlos; en efecto, entre las sentencias de los tribunales constitucionales descubrimos una remisión a los convenios internacionales que amparan la jornada laboral⁵².

47 Podemos citar como aplicación del principio protector la sentencia (Exp. n.º 2616-92-SL del 23 de agosto de 1993) de la Sala Laboral de Trujillo, que declaró la existencia de relación laboral de un locador de servicios sin existir contrato, dado que ha realizado su trabajo de forma personal y permanente, además de tratarse de un servicio ordinario y connatural con el giro de la empresa (contrato realidad). Véase Urquiza (1996, p. 100).

48 Véanse los artículos 26, inciso 1, y el 2, inciso 2, de la Constitución peruana.

49 Artículo 26, inciso 2, de la Constitución peruana.

50 Véase el artículo 55 de la Constitución peruana.

51 Obsérvese la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana.

52 La influencia de los derechos sociales se manifiesta en la jurisprudencia iberoamericana. Un ejemplo es el caso de la Sala Constitucional de la

En las constituciones modernas también descubrimos otros principios que informan el espíritu de las normas de derecho mercantil, como la libertad de empresa, comercio e industria⁵³. De la misma manera, el principio de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados de extradición⁵⁴, que pertenece al derecho internacional público. En ambos casos nos parece que su ámbito tampoco se encuentra en la Constitución sino en las propias leyes y tratados internacionales respectivamente.

Al inicio mencionamos que el contenido de la Constitución opera como un sistema de principios para el reconocimiento de las libertades y del gobierno civil. El concepto de principios alude a ese conjunto de estados ideales reconocidos en una carta magna y fundados más un pacto de límites al ejercicio del poder entre gobernantes y gobernados que una norma jurídica que posee un curso de acción concreto; por eso, por conformar un sistema integral, su interpretación se realiza a través de los principios que inspiran la comprensión de las disposiciones constitucionales, como son la unidad, la corrección funcional y el *favor libertatis*.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, cuando reconoce que por la naturaleza de las labores de un funcionario policial de migración no se les pueda aplicar las limitaciones de la jornada de trabajo señaladas en el Estatuto Civil, y ello haga que su jornada ordinaria de doce horas sea constitucionalmente viable, pues en reiterada jurisprudencia se señala que toda excepción constitucional en materia de jornada laboral debe estar establecida por ley expresa. Sin embargo, al ser un reglamento y no una ley la que prohíbe el pago por la jornada extraordinaria trabajada, constituye una violación del principio de reserva legal; véase n.º 13023-12 del 14 de setiembre de 2012.

53 Véase el artículo 59 de la Constitución peruana.

54 Véase el artículo 37 de la Constitución peruana.

3. Tribunal Constitucional y fuentes del derecho

El Tribunal Constitucional peruano, a través de la sentencia que resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra la ley que faculta el nombramiento de profesores aprobados por concurso público (Ley n.º 27971)⁵⁵, se pronunció en torno al sistema de fuentes diseñado por la Constitución de 1993. En la resolución, el colegiado se ocupa de desarrollar una teoría de las fuentes del derecho presidida por la propia carta de 1993, denominada como «fuente de fuentes», hace un repaso de cada una mediante su definición y concreta aplicación en el derecho peruano, especialmente detallada en el caso de la ley, para luego ocuparse de los tratados, la jurisprudencia, la costumbre, los principios, la autonomía de la voluntad y la doctrina.

El reconocimiento del Tribunal a la Constitución peruana como «fuente de fuentes» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, f. j. 9) no es una simpleza, todo lo contrario, pues a lo largo del tiempo la enumeración de las fuentes del derecho bajo la concepción europea continental ha sido un tanto incoherente con el derecho constitucional. Por un lado, se nos explica las tesis de Kelsen diciéndonos que la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la *norma normarum* que valida y preside la producción de las demás normas; pero, inexplicablemente, cuando se enumeran las fuentes jurídicas, la ley todavía encabeza la lista. La pregunta es la siguiente: ¿cuál

55 Véase el Exp. n.º 047-2004-AI/TC; José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante), contra el Congreso de la República (demandado).

es la posición de la Constitución en las fuentes del derecho? ¿No debería ser la primera en citarse para guardar coherencia con el primer planteamiento⁵⁶?

Si partimos de la idea de que la Constitución es de origen anglosajón y de naturaleza judicialista, se puede inferir que sus orígenes han sido acompañados por el *common law* y que sus diversas fuentes se han ido enriqueciendo a partir de la jurisprudencia; en otras palabras, la ley no ha sido protagonista principal en la evolución de las fuentes constitucionales sino a partir de las soluciones que han brindado los jueces y su capacidad para poder aplicar los principios del derecho privado a los problemas de carácter público; por eso, a partir de la jurisprudencia podríamos evidenciar el progresivo surgimiento de las demás fuentes constitucionales.

Con relación al *common law*, fruto del judicialismo en el mundo anglosajón, debemos tener presente sus dos clásicos modelos, el inglés y el estadounidense. Se trata de dos experiencias jurídicas que han tenido un desarrollo paralelo pero unitario, aunque también han mostrado sus propias connotaciones. En el sistema inglés, por ejemplo, nos encontramos con el inmutable principio de soberanía del Parlamento; en el modelo norteamericano nos encontramos con una Constitución Federal codificada, supraordenada a las otras fuentes constitucionales, una *judicial review*, así como una administración de justicia que

56 Un ejemplo de esta afirmación se encuentra en la Constitución mexicana cuando establece que «en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de esta se fundará en los principios generales del derecho» (art. 14), obviando que su primera fuente es la norma fundamental.

se divide entre el Estado federal y los Estados federados, sin olvidar la tradición, el prestigio y la gravitante función política de su Suprema Corte⁵⁷.

Hoy en día, la aproximación de la clásica teoría europea continental a los pilares de la tradicional anglosajona, basada en el *common law*, es más cercana en la actualidad, la línea divisoria no es tan clara como antes⁵⁸; podemos citar como ejemplos la creación de cortes constitucionales, especializadas o no, que se encuentran presentes en los sistemas jurídicos de las comunidades políticas iberoamericanas y europeas; la necesidad de los jueces de determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos y las libertades al momento de resolver un proceso de garantía; el desarrollo y el efecto vinculante de las resoluciones de los órganos supranacionales de protección a los derechos humanos; y a todo ello debemos sumar la presencia de los precedentes judiciales en el ordenamiento jurídico⁵⁹.

Todos los cambios mencionados han sido fruto de una realidad cada vez más evidente: el derecho constitucional es de origen anglosajón y de naturaleza judicialista. Los países con la

57 Véase Pegoraro y Rinella (2003, p. 66).

58 Antes del surgimiento y progresivo desarrollo de la jurisdicción constitucional en los países de tradición europea continental, los sistemas jurídicos se dividían en países de *common law* y países de sistema romano germánico.

59 Debemos diferenciar los cambios dado que se distinguen dos tipos, los surgidos producto de la posguerra mundial en las constituciones europeas continentales, que han influenciado notoriamente a las constituciones iberoamericanas surgidas en los años ochenta del siglo XX y que responden al llamado neoconstitucionalismo, de aquellos cambios de fondo y forma surgidos en las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, que merecen una explicación aparte para comprender su origen, contenidos y propósitos.

más antigua tradición constitucional y lugar originario de sus más importantes instituciones son, precisamente, las comunidades políticas anglosajonas, que forman parte de la historia del constitucionalismo gracias al contenido material de sus resoluciones judiciales. Por eso, es importante resaltar la tradición judicialista, por ser innata al constitucionalismo, entendido como el movimiento en favor del reconocimiento y la protección de las libertades, pues los encargados de protegerlas serán los jueces gracias a la argumentación jurídica. Si bien los miembros de una asamblea constituyente serán comisionados de los ciudadanos para redactar un texto constitucional, los jueces serán los encargados de interpretarla administrando justicia, en cada caso concreto, y generando jurisprudencia como la primera fuente constitucional.

3.1. La jurisprudencia constitucional como fruto de la *auctoritas*

Es conocida entre los constitucionalistas la frase que nos dice: «vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es», pronunciada originalmente por Charles Evans Hughes en 1907, juez de la Suprema Corte norteamericana. En efecto, el ejercicio de interpretación judicial de la Constitución, desarrollado por el más alto tribunal, vincula al tribunal que lo realizó y a los jerárquicamente inferiores, cuando discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que la interpretación sea jurídicamente correcta (principio del *stare decisis*).

En los países de tradición europea continental, conocidos también como de *civil law*, el Estado legal de derecho no ha

brindado a la jurisprudencia el lugar que le corresponde, relegándola a un segundo plano. A pesar de que esta situación está empezando a cambiar lentamente como producto de la aparición de los tribunales constitucionales luego de la Segunda Guerra Mundial, la tradición jurídica se resumía en tres conceptos: estatismo, positivismo y codificación, los tres factores que acompañaron la difusión del constitucionalismo por Europa continental⁶⁰.

La importancia de darle su lugar a la jurisprudencia cuando se explican las fuentes del derecho resulta imprescindible para exponer una visión sobre ellas, pero siempre desde el punto de vista del nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho. Por eso, se puede observar que la jurisprudencia suele ser más popular y segura que la legislación, pues un ciudadano puede tener más presente en la memoria la sentencia que le dio la razón («el juez declaró que la casa es mía») que una ley que le reconoce un derecho en términos generales («todos tienen derecho a la vivienda»).

Al aproximarnos a la labor que realizan las cortes o los tribunales especializados para el ejercicio de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, estamos de acuerdo en que sus pronunciamientos no pueden limitarse a solamente expresar textualmente su estimación o desestimación, sino que tienen la responsabilidad, de acuerdo con la complejidad y las circunstancias de cada caso concreto, para fundamentar su

60 Como sostiene el profesor Pereira Menaut (2011), «el hecho de que la idea de Constitución aparezca hoy adherida a otras ideas se explica porque el nacimiento, consolidación y difusión de la Constitución coincidieron en el tiempo con otros movimientos y tendencias relacionadas, pero no obstante diferenciables» (p. 50).

posición y prever sus consecuencias mediante diversos tipos de sentencias que disponen alcances singulares, ya sea en el fallo o en la parte considerativa de la sentencia. Un efecto inmediato de este ejercicio es el enriquecimiento de las fuentes constitucionales a través de sus precedentes de carácter vinculante⁶¹.

El articulado de un texto constitucional no se agota en su contenido, con el paso del tiempo los jueces se ocuparán de interpretarlo conforme a su espíritu, cubriendo inevitables lagunas, salvando imprecisiones para su cabal comprensión y actualizando sus conceptos y el alcance de sus disposiciones con el paso del tiempo, convirtiéndolo en un documento vivo (*living document*), piedra angular del ejercicio de la vida política por muchas generaciones de ciudadanos. Por eso, la labor de los jueces se encuentra más cerca de *auctoritas* que la *potestas*, del saber al poder socialmente reconocido en una comunidad política para dar a cada uno lo suyo (justicia), como realizar la justicia al caso concreto (el derecho).

3.2. Los principios surgidos de la jurisprudencia

Su definición alude a la pluralidad de postulados con sentido y proyección normativa, o deontológica, que forman parte del espíritu de todo sistema jurídico; se encuentran presentes de modo expreso, o también tácito, y son citados en el marco de un proceso por las partes y hasta por el mismo juez; su finalidad está destinada para asegurar tanto la aplicación de los valores o los postulados de naturaleza ético-política, así como las debidas proporciones de naturaleza técnico-jurídica.

61 Véase, en el mismo sentido, Figueroa (2011, p. XXIX).

En un sistema de fuentes constitucionales, los principios también son fruto de la jurisprudencia; en ese sentido, no estamos aludiendo a todos los principios jurídicos sino solamente a aquellos que refieren a la preservación del movimiento constitucionalista y su principal finalidad de limitación al ejercicio de las funciones del poder para el reconocimiento de los derechos y las libertades ciudadanos. En el campo de la interpretación constitucional, el surgimiento de principios ha dado lugar a unas herramientas indispensables que colaboran al momento de desarrollar un producto interpretativo de acuerdo con la constitucionalidad, pues las clásicas metodologías hermenéuticas del derecho general, como el método literal, histórico o sociológico, no resultan confiables para lograr un producto interpretativo según el espíritu constitucional.

Los principios de unidad, supremacía, corrección funcional, aplicabilidad directa y *favor libertatis* se convierten en herramientas o criterios fundamentales para comprender la naturaleza del conjunto de disposiciones constitucionales, y son útiles además para saber integrar al documento el resto de fuentes que con el paso del tiempo surgen a partir del texto constitucional. La unidad alude a la coherencia de las disposiciones constitucionales, donde no caben contradicciones internas⁶². Los principios de supremacía y aplicabilidad directa guardan estrecha relación, al punto de que son interdependientes, el primero refiere al predominio de la Constitución al ejercicio del poder, por eso puede limitar y delimitar su ejercicio; el segundo

62 «Deben desecharse las interpretaciones constitucionales que resulten contradictorias con los principios y valores rectores» (Tribunal Constitucional de Chile, 2009, c. 3).

por la debida observancia y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. El principio de corrección funcional hace referencia a la división de funciones del poder en el marco de una comunidad política, donde no puede producirse la invasión o el menoscabo de competencias por una institución distinta; al final, el principio de *favor libertatis* o *pro personae* recuerda que ante la duda al momento de elaborar un nuevo producto interpretativo siempre deben promocionarse los derechos fundamentales de la persona humana⁶³.

La jurisprudencia de las cortes y los tribunales especializados iberoamericanos fue la partida de nacimiento de los principios mencionados para poder comprender el contenido de las disposiciones constitucionales y diferenciarlas, por su fondo y forma, del resto de fuentes del ordenamiento jurídico. Es cierto que la supremacía, la aplicabilidad directa y la corrección funcional están íntimamente ligadas con la Constitución, pero los jueces las han dotado de contenido. Sin embargo, los principios de unidad y *favor libertatis* brindan luces al operador judicial al momento de elaborar un producto de interpretación afín con formación de acuerdo con la promoción y la defensa de las libertades y el buen gobierno civil.

Sobre la jurisprudencia como fuente de derecho internacional público, si bien el inciso d, artículo 38, y el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones

63 «Así frente a diversas interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisonomía» (Tribunal Constitucional de Chile, 2009, c. 13).

Unidas establece que sus resoluciones solo tienen un valor auxiliar y son obligatorias para las partes, a inicios del siglo XXI observamos cambios sobre la posición que ocupa la jurisprudencia de los órganos supranacionales para la protección de los derechos humanos; en concreto, es el caso de las decisiones de la Corte Interamericana y su efecto en los Estados miembros de la Convención. La Corte por medio del «control de convencionalidad» sostiene que los tribunales nacionales deben contrastar la normativa local con la Convención Americana de Derechos Humanos, de modo que de existir una contradicción normativa se debe preferir la normativa internacional⁶⁴. Nos preguntamos, ¿cuáles son las condiciones que harán posible la aplicación del control de convencionalidad en los Estados iberoamericanos? El diálogo entre las cortes se ha puesto para su observancia, aplicación y progresiva incorporación de su doctrina en la región (Fuenzalida, 2015, pp. 172-179)⁶⁵.

3.3. La asimilación del derecho consuetudinario como fuente jurídico-constitucional

La definición de la fuente consuetudinaria, conocida también como costumbre, hace referencia a la suma de prácticas jurídicas de naturaleza espontánea que con el tiempo han alcanzado uso generalizado, que gozan de conciencia de obligatoriedad dentro de una comunidad política; sin embargo, no es una fuente que se genera de la noche a la mañana, su proceso de producción es lento y está relacionado directamente con el grado de aceptación

64 Véase la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Corte IDH, 2006).

65 Véase, además, Blume (2015, pp. 87-104).

y posicionamiento de una Constitución en el tiempo y su progresivo desarrollo jurisprudencial; que justamente son las dos fuentes constitucionales que deben precederla en su aparición. A continuación, algunas razones para valorar su importancia y su debida posición en un sistema de fuentes constitucionales.

1. Las constituciones con años de antigüedad generan costumbres. Por eso el derecho constitucional anglosajón es rico en usos y convenciones, precisamente por su tradición apoyada en la cultura jurídica y concretos episodios de su historia.
2. Las costumbres son más firmes que la ley. Los tipos de costumbres que conocemos en la teoría del derecho nos muestran que las costumbres según la ley (*secundum legem*), contra la ley (*contra legem*) o que van más allá de la ley (*praeter legem*) poseen una fuerza y una posición difícil de superar por una legislación sustentada en la formalidad de su procedimiento de aprobación.
3. Las costumbres tardan en producirse, se valen de la historia, las circunstancias políticas y el derecho. Una constitución no producirá derecho consuetudinario sino hasta encontrarse debidamente asentada en la comunidad política, es decir, plenamente vivida por gobernantes, gobernados y directamente aplicada por los jueces (*living document*). Las costumbres, los usos o las convenciones, que formarán parte de las fuentes, serán el resultado de cubrir los vacíos constitucionales y legales mediante un conjunto de actos repetidos en el tiempo, por la aceptación social generalizada, que fortalecen la limitación al ejercicio del poder político y la promoción a los derechos fundamentales.

La juventud de la mayoría de las constituciones iberoamericanas contemporáneas no permite visualizar la consolidación del derecho consuetudinario, sumado a la tradición estatista y el positivismo jurídico que se resiste a su producción⁶⁶. Las constituciones anglosajonas evidencian una importante producción de derecho consuetudinario, al punto que podrían considerarse como terreno fértil para su nacimiento y consolidación. El ejemplo paradigmático es el Reino Unido, pero la Constitución norteamericana también es rica en convenciones; en ambos casos, el paso del tiempo y el sentimiento constitucional de varias generaciones en el tiempo influyeron en su valor constitucional.

Para el caso de las constituciones más formales que materiales, o nominales para la clasificación de Loewenstein, consideramos que la incorporación de costumbres quedaría reducida a los usos más que a las convenciones que son más firmes en el tiempo, pero en especial para aquellas consolidadas y aceptadas por gobernantes y gobernados. El escollo para las constituciones iberoamericanas, en especial para países que comparten la cosmovisión andina y occidental, será armonizar las costumbres de los pueblos originarios con el respeto a los derechos fundamentales. La Constitución peruana repara en este tema cuando establece que «las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones

66 Los primeros signos de aparición del derecho consuetudinario se pueden manifestar en los usos de cortesía parlamentaria, como una forma de cubrir las lagunas en su reglamento interno de funciones, para ello, junto con el paso del tiempo, resulta indispensable la continuidad democrática, el ejercicio de la representación y la profesionalización de la política.

jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona» (art. 149).

3.4. Los libros de la autoridad

La jurisprudencia constitucional peruana reconoce a la doctrina o los «libros de la autoridad» como la «noción [que] alude al conjunto de estudios, análisis y críticas que los peritos realizan con carácter científico, docente, etc.», y añade que

Si bien no podemos afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, fundamento 45).

El valor de doctrina se encuentra un tanto relegado en la práctica, formalmente se reconoce como fuente, pero las comunidades políticas que se rigen por el derecho romano germánico les otorgan mayor peso a los argumentos basados en el derecho positivo que al resto de fuentes del derecho. En el constitucionalismo británico, la doctrina es conocida como los *books of authority*. Son libros considerados por los tribunales como históricas declaraciones autorizadas sobre el derecho y reconocidas en la actualidad, a pesar de la época en que fueron escritas, salvo que se pueda argumentar que los criterios jurídicos han cambiado con el tiempo. Al respecto, sir William Blackstone

(2014) sostuvo que existen autores a los que los investigadores en el *common law* les tienen gran veneración y respeto, como Glanvill y Bracton, Britton y Fleta, Hengham y Littleton, Statham, Brooke, Fitzherbert y Staundeforde, al ser obras escritas por verdaderas autoridades en la materia (pp. 72-73). La regla general es que la doctrina desarrollada en los *books of authority* se convierta en fuente de las decisiones judiciales.

En el mismo sentido del párrafo anterior, tampoco podríamos dejar de mencionar los «papeles del federalista», una serie de comentarios publicados por importantes miembros de la asamblea que elaboró la Constitución norteamericana (Hamilton, Madison y Jay); al punto de que nadie discute su importancia, al igual que las actas de una asamblea constituyente contemporánea⁶⁷. En la actualidad, se puede apreciar que los todavía jóvenes tribunales constitucionales citan a importantes juristas nacionales y extranjeros, clásicos y contemporáneos⁶⁸, una muestra de que la jurisprudencia reivindica la importancia de esta fuente del derecho.

La doctrina o los libros de la autoridad como fuente constitucional se ocupan de comprender, compendiar y sistematizar el desarrollo de las fuentes jurídicas surgidas a partir de

67 Los papeles del federalista son, curiosamente, el equivalente a unas actas del *iter* constituyente sobre la Constitución estadounidense, pero publicadas por un medio de difusión privado.

68 Los jóvenes tribunales constitucionales de países que todavía se encuentran en un proceso de transición democrática recurren mucho a la doctrina para sostener sus argumentos y posiciones, especialmente en los casos polémicos que se les presentan y deben resolver, un recurso de consolidación de la *auctoritas*, entendida como el saber socialmente reconocido.

la interpretación judicial de la Constitución. En los Estados iberoamericanos, la doctrina no operará como una fuente jurídica directa y válida cuando pueda influir en la producción legislativa, las decisiones de los órganos jurisdiccionales, de la Administración pública, tanto para la interpretación como para la integración del derecho⁶⁹.

La producción de los precedentes y las normas constitucionales adscriptas se convierten en su materia de estudio. La doctrina de la autoridad de los juristas son las herramientas que, a modo de retroalimentación, los jueces utilizan en la construcción de su argumentación jurídica; sin embargo, no toda producción jurídica tiene el estatus de doctrina de la autoridad, sino solo aquella que pueda ser reconocida en el tiempo por sus valiosos aportes en la teoría y la aplicación del derecho⁷⁰; una condición que se ajusta a los escritos de los clásicos constitucionales y la doctrina nacional que posea un amplio acuerdo en la comunidad jurídica, un proceso lento pero de progresiva asimilación.

69 En el mismo sentido, véase Arellano (2002).

70 Como define el profesor Pereira Menaut (1992), «los libros de autoridades son los que aportan una ayuda importante para la comprensión del edificio constitucional o dan una guía para su interpretación»; y agrega que «[a] causa de la compleja naturaleza de la Constitución británica las obras de ciertos autores que interpretan la Constitución se han convertido en parte de la propia Constitución» (pp. 11-12); son los casos de Erskine May, Walter Bagehot, A. V. Dicey y Edward Coke, por ejemplo.

3.5. La producción del derecho positivo y su presunción de constitucionalidad

La ley es producto de las prescripciones normativas generales que son escritas y emanadas del Parlamento, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución. La posición que ocupa entre las fuentes del derecho constitucional no puede asociarse a la misma que tiene bajo una concepción kelseniana, es decir, inmediatamente después de la Constitución y jerárquicamente superior al resto de normas tradicionalmente ordenadas de modo escalonado y descrita en forma de una pirámide isósceles.

La Constitución prima en las fuentes del derecho porque es suprema al poder, es decir, es jerárquicamente superior a cualquier manifestación del poder y, precisamente, la producción del derecho es una de sus formas de manifestación. En ese sentido, la jerarquía normativa que posee la ley, cuya forma de producción está regulada por la carta magna⁷¹, no debe desviarnos de la idea de que esta nació para ser suprema al ejercicio del poder político (teorema), no solamente para tener la más alta posición dentro de un ordenamiento jurídico (corolario), una concepción positivista del derecho constitucional que no es inclusiva de la jurisprudencia como productora del derecho y del valor que ocupa al momento de reconocer los derechos y las libertades de la persona.

71 Sobre el rígido orden de jerarquía normativa como herramienta de interpretación del orden legal, cabe señalar que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana la estableció en 1948 para diferenciar a) la fuente auténtica, a falta de ella; b) la fuente coordinadora (sistemática), a falta de ambas; c) la fuente jerárquica; y, a falta de las tres anteriores, d) la fuente doctrinal (Nieto, 2007, p. 711).

Si el ideal de la legislación debería concebirse como la ordenación de la razón, dada para el bien común y promulgada por una autoridad competente; en la práctica, sabemos que existen leyes que son declaradas inconstitucionales, precisamente por carecer de razonabilidad, y pueden estar muy lejos del bien común si se inspiraron para atender intereses particulares, y si en la actualidad reconocemos que más legisla el Ejecutivo que el Parlamento, es decir, concluimos que la excepción se convirtió en regla, pues la titularidad para su producción también empezaría a cuestionarse. En ese sentido, en el marco de las fuentes en un Estado constitucional de derecho, la producción legislativa debería circunscribirse a las siguientes motivaciones:

1. Para regular nuevas circunstancias que todavía no hayan sido conocidas por los jueces, o que siendo resueltas son de una necesaria legislación por exhortación de la judicatura.
2. Para modificarlas cuando con el paso del tiempo hayan cambiado las circunstancias que dieron su origen y necesidad.
3. Para derogar aquellas normas cuando las circunstancias jurídicas, políticas, sociales o culturales hayan cambiado.

Por todo lo anterior, la Constitución naturalmente influye de modo decidido en la producción normativa, pero antes en la jurisprudencia que también debe dictarse según sus disposiciones.

Luego de señalar los motivos que deben impulsar la legislación, es oportuno citar a Zagrebelsky (2008) para recordar su diferenciación entre Constitución y ley, la primera definida

como «forma de convivencia» y la segunda como «forma de fuerza» (p. 112). Por eso es necesario que durante la producción del derecho positivo deba observarse no solo la Constitución, sino además el conjunto de fuentes constitucionales que se derivan a partir de su contenido y mediato desarrollo jurisprudencial, de principios, convencional y la doctrina de la autoridad. La elaboración de las normas positivas deben tenerlo presente so pena de ser declaradas inconstitucionales.

Sobre la revisión judicial a la constitucionalidad de las leyes, John Marshall dijo ante un grupo de universitarios que «si no nos gusta una ley del Congreso, no tendremos demasiados problemas para encontrar motivos y declararla inconstitucional»⁷²; precisamente, los argumentos que tendrán a mano serán los que se desprendan de la falta de coherencia de la norma con el conjunto de fuentes constitucionales.

La posición de los tratados también responde al mismo ejercicio, pues si bien tiene la misma jerarquía que la ley, los que versan sobre derechos humanos se identifican y son parte de la Constitución. Los tratados son definidos como expresiones de voluntad que adopta el Estado con la comunidad internacional, o con organismos extranacionales, que se rigen por las normas, las costumbres y los fundamentos doctrinarios del derecho internacional público; los tratados expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones, o entre estos y aquellos. Si bien los tratados se encuentran formalmente fuera de un texto constitucional, la

72 «I want to say to you young gentlemen that if we don't like an act of Congress, we don't have too much trouble to find grounds for declaring it unconstitutional» (Burns, Petalson, Cronin y Magleby, 1999, p. 421).

Constitución y los tratados sobre derechos humanos conforman una unidad desde un punto de vista material.

Toda violación a los acuerdos internacionales, o la renuncia a las instancias supranacionales para la protección de los derechos humanos, son un atentado directo a la carta magna. Desde la perspectiva internacional, los tratados sobre derechos humanos son normas de *ius cogens*; es decir, son preceptos de obligatoria observancia por los Estados, al igual que la Constitución⁷³. Y desde el punto de vista constitucional, la protección de los derechos humanos implica a los Estados, principalmente, un «no hacer», «no intervenir», para asegurar los derechos liberales (como la dignidad, la igualdad y la libertad) y, a su vez, «un hacer» para la protección de los derechos sociales (como la salud, la educación y el trabajo).

4. La producción de las fuentes jurídico-constitucionales, su efecto ondulatorio y herramienta para la revisión judicial de su constitucionalidad

Al llegar a este punto, una visión judicialista de las fuentes jurídicas en el Estado constitucional de derecho debe dejar de concebirlas como si se tratara de compartimentos estancos. Todo lo contrario. Se encuentran en movimiento gracias al progresivo

⁷³ Véase el artículo 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), ratificada por el Perú mediante el Decreto Supremo n.º 029-2000-RE, del 21 de setiembre de 2000.

desarrollo jurisprudencial. Es evidente que en los primeros años de una joven Constitución no se pueda constatar su lógica evolución y desarrollo jurisprudencial, el paso del tiempo es aliado del movimiento constitucionalista producido a partir de su interpretación judicial, cubriendo vacíos, actualizando y complementando el contenido del texto aprobado por consulta popular.

De lo que se trata es de comprender que la progresiva aproximación al judicialismo, surgido a partir de la labor del Tribunal Constitucional peruano, nos debe hacer reconsiderar el modo que hasta hace poco hemos empleado para entender la posición que tiene una Constitución en el ordenamiento jurídico; en otras palabras, pasar de considerar a la Constitución solo como una norma fundamental que preside y es la fuente de validez del ordenamiento jurídico, hacia un Estado constitucional de derecho que debe concebir a la carta magna como el núcleo de producción de las fuentes constitucionales que los poderes Legislativo y Ejecutivo deben tener presente en su producción normativa y los jueces deben observar para saber dimensionar la constitucionalidad a través de sus fuentes. Una concepción que nos permite asimilar la idea de Constitución como un cuerpo vivo que irradia el contenido y la naturaleza de sus disposiciones en las fuentes del derecho y siempre producto de una correcta interpretación judicial.

4.1. El judicialismo y sus efectos ondulatorios

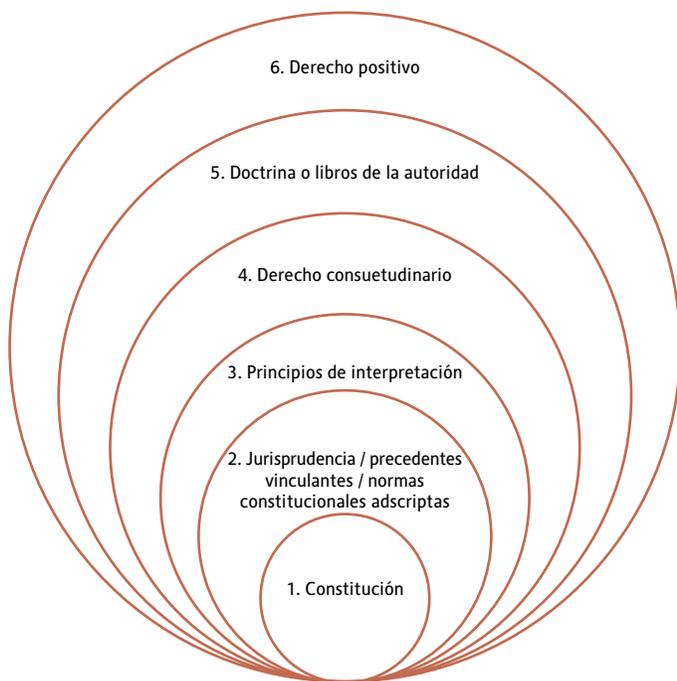
Desde un punto de vista interpretativo, podemos descubrir dos concepciones judiciales sobre la Constitución. La primera es la Constitución testamento, un documento fundamental que fija

las ideas y las órdenes del constituyente histórico, y que debe ser obedecido y realizado de modo que su ejecución cumpla exactamente con sus intenciones. Se trata de un documento escrito y como tal su sentido no cambia. Lo mismo que significó cuando fue adoptada, significa ahora. La otra es la Constitución viviente (Sagüés, 1998, p. 31), concepción que califica como «una ficción legal» o «idea mística» a la teoría de la Constitución testamento. Desde esta perspectiva, una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo reconocen y respetan como tal. En otras palabras, «no es lo que ha sido ni lo que es hoy», siempre se está convirtiendo en algo diferente. En este caso, el concepto de lealtad constitucional asume otra connotación. Ser leal con la Constitución no significa ejecutar el mensaje del constituyente histórico, sino más bien cumplir con la versión actualizada de ese mismo mensaje en aras de ser fiel a la carta magna.

Con base en lo anterior, una Constitución puede comprenderse mejor dentro de un sistema de fuentes, pero siempre bajo una concepción judicialista, creadora del derecho. Se trata de un planteamiento que incluso podría armonizarse con los argumentos más positivistas sobre esta materia, es decir, cuando se argumenta que al establecer en un ordenamiento

una norma suprema, una Constitución, significa que esa creación normativa o legislación en el sentido amplio del término queda a su vez sujeta a normas que son el fundamento y límite de su validez. Por decirlo así, el plano de las normas, previamente diferenciado del de la aplicación y concentración en órganos específicamente normadores, se escinde en dos, el de las normas que esos órganos crean (legislación) y el de las normas superiores a que han de sujetarse (Constitución) (Otto, 1987, p. 14).

En ese sentido, la tradicional gráfica de la pirámide normativa bajo una concepción kelseniana puede seguir siendo de utilidad para comprender la ubicación del derecho positivo en las fuentes constitucionales.



En el cuadro se puede apreciar la evolución o, llamémosle así, efecto ondulatorio de las fuentes constitucionales, que nos lleva a comprender que la fuerza y asentamiento de un texto constitucional en la sociedad puede con el tiempo dar lugar a la producción de fuentes jurídicas que se inspiran y relacionan con sus disposiciones, realizando y facilitando la comprensión

y mejor utilidad de los principios de unidad, supremacía, corrección funcional, aplicabilidad directa y *favor libertatis*. El efecto ondulatorio de las fuentes constitucionales del derecho se puede graficar con el siguiente cuadro que ubica su núcleo (la Constitución) y fundamento productor del resto de fuentes jurídicas que, dado que surgen de una misma fuente originaria, su reconocimiento se ordena en una misma órbita que produce su unidad y coherencia por su origen derivado.

Como mencionamos, la Constitución se ubica en el núcleo y expresión de la decisión fundamental, es decir, del pacto de límites al ejercicio del poder para garantizar toda una esfera de derechos y libertades a los ciudadanos. Con el paso del tiempo, los jueces ordinarios y, especialmente, el órgano comisionado por el constituyente para controlar la constitucionalidad debe inspirarse en los principios del constitucionalismo para comprender sus fines y sus metas por alcanzar. En resumen, el contenido del pacto, las principales ideas que tuvo presente el constituyente histórico y los pilares de los poderes constituidos se convierten en el núcleo de toda Constitución. A partir de ella los jueces producen las soluciones a casos concretos que nos permiten conocer lo que la Constitución es en cada momento; y a lo largo del tiempo, en esa tarea, los principios y los criterios de interpretación no tardarán en aparecer colaborando en establecer los límites al ejercicio de la legislación y de los actos arbitrarios.

La aparición de derecho consuetudinario posee unos requisitos que escapan a la finalidad de este ensayo, pero la legitimidad de ejercicio de un texto constitucional en el tiempo, gracias a las sucesiones democráticas, la institucionalidad del Estado

constitucional de derecho y el valor de su jurisprudencia se convierten en factores indispensables para una producción ordenada por los fines que inspiran el constitucionalismo.

La doctrina de la autoridad colabora en comprender, piso a piso, el edificio constitucional que se viene edificando, y la producción normativa, con toda la normatividad jerárquicamente inferior a la Constitución y la ley, tomará una posición en mejor perspectiva para evitar su errónea producción. De este modo, las leyes, las normas del mismo rango y de inferior jerarquía del derecho positivo deben tener presente las fuentes jurídicas más cercanas a la constitucionalidad; pues no puede concebirse una ley contraria a la doctrina, la costumbre, los principios, la jurisprudencia y menos a la propia Constitución.

Las fuentes constitucionales se circunscriben a su producción jurídica y se desarrollan alrededor de una Constitución, como acuerdo de principios para el reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales y el buen gobierno civil. En efecto, el orden de sucesión descrito se puede asociar al de un conjunto de círculos concéntricos que parten de la carta magna, como si se tratara de un efecto ondulatorio, que produce paciente y progresivamente el resto de fuentes mediante una interpretación judicial siempre ordenada alrededor del pacto fundamental de límites al ejercicio del poder. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de las leyes, y normas infralegales, se comprende con la idea de un Estado constitucional surgido a partir de las fuentes del derecho; por eso, las cortes y los tribunales iberoamericanos tienen la tarea de culminar el tránsito del Estado legal al constitucional a través del contenido de sus resoluciones.

4.2. La aplicación del efecto ondulatorio por los operadores judiciales

La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes demanda el ejercicio de armonizar la ley, o norma del mismo rango, con el contenido de las disposiciones constitucionales. En primer lugar, la presunción de la constitucionalidad de la ley se comprende por la unidad y la coherencia lógica de todas las fuentes jurídicas producidas a partir de la interpretación de la norma fundamental. El test de proporcionalidad compuesto por sus tres pasos: 1) si la norma persigue una finalidad válida o aceptable en términos constitucionales; 2) si la medida elegida por el legislador es idónea, existe una racionalidad instrumental entre medios y fines constitucionales previstos. Si son afirmativas las dos primeras respuestas no pasamos al siguiente paso y culminamos el test; sino 3) la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, si existe una forma para alcanzar la misma finalidad que no produzca una afectación o restricción del derecho fundamental.

Seguidamente a los resultados del test, los operadores judiciales pueden complementar su argumentación jurídica mediante el concurso de las fuentes jurídico-constitucionales, es decir, ¿cuáles son las reglas y los principios constitucionales afectados?, ¿se afecta un precedente constitucional?, ¿cuáles son los principios comprometidos en la interpretación?, ¿la norma contradice un uso o una convención constitucional?, ¿cuáles son los argumentos provenientes de la academia que colisionan con el contenido de la ley o norma del mismo rango?, ¿qué otras normas del derecho positivo se ven comprometidas o guardan contradicción con la norma enjuiciada en su constitucionalidad?

De lo que se trata es que luego de partir de la presunción de constitucionalidad de toda norma legal, se pueda producir una argumentación jurídica ordenada desde las disposiciones constitucionales que, como círculos concéntricos o movimiento ondulatorio, presumen la producción del resto de fuentes jurídicas en una comunidad política. En otras palabras, la aplicación del test de proporcionalidad se complementa con la aplicación de una cadena argumentativa que se inicia desde la Constitución como parámetro, originaria, y las fuentes jurídicas surgidas a partir de ella y que guardan unidad y coherencia interna al conjunto que reconocemos como el ordenamiento jurídico.

Referencias

- Acuña, F. (2002). El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la Constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección. En Carbonell, M. (coord.), *Derechos fundamentales y Estado* (pp. 29-57). Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Arellano, C. (2002). La doctrina como fuente formal del derecho. En *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho* (vol. 1, pp. 45-63). Cajica. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2401/13.pdf>
- Blackstone, W. (2014). *Commentaries on the laws of England*. First Rate Publishers.
- Blume, E. (2015). Diálogo interjurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú. En Mosquera, S. (coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú. Cuartas Jornadas sobre Derechos Humanos* (pp. 87-104). Palestra Editores; Universidad de Piura.
- Burns, J., Petalson, J. W., Cronin, T. y Magleby, D. (1999). *Government by the people* (17.^a ed.). Prentice-Hall.

- Castillo, L. (2007). Los derechos humanos. La persona como inicio y fin del derecho. *Foro Jurídico*, (7), 27-40.
- Congreso Constituyente de México (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2005). Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, reparaciones y costas).
- _____ (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de setiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2012). Sentencia n.º 13023. Sala Constitucional. San José: 14 de setiembre de 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2013). Asociación de Trabajadores del Estado (A. T. E.) s/ acción de inconstitucionalidad, caso núm. A. 598. XLIII. Buenos Aires: 18 de junio de 2013.
- Corte Constitucional de la República de Colombia (1992). Sentencia T-406/92. Bogotá: 5 de junio de 1992.
- _____ (2014). Sentencia T-314/14. Bogotá: 29 de mayo de 2014.
- Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional de Chile (2015). *Jurisprudencia comparada. Resúmenes de sentencias relevantes de tribunales superiores del mundo* (vol. I). Tribunal Constitucional de Chile.

- Figueroa, G. (2011). *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. Porrúa.
- Fuenzalida, S. (2015). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del «examen de convencionalidad». *Revista de Derecho*, 28(1), 171-192.
- Hernández, R. (1994). Los principios del derecho electoral. *Justicia Electoral*, 3(4), [25-31]. <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1994-01-004-025.pdf>
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Martínez, J. I. (1997a). *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*. Cedecs.
- _____ (1997b). El derecho al debido procedimiento jurídico. En AA. VV., *Lecciones de derechos humanos* (pp. 117-135). Edeval.
- Nieto, S. (2007). Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional. En Carbonell, M. y Valadés, D. (coords.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917* (pp. 679-729). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Núñez, M. A. (1997). La libertad personal y la seguridad individual. En AA. VV., *Lecciones de derechos humanos* (pp. 137-150). Edeval.
- Otto, I. de (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.

- Pegoraro, L. y Rinella, A. (2003). *Las fuentes en el derecho comparado (Con especial relevancia al ordenamiento constitucional)*. Grijley.
- Pereira, A.-C. (1992). *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Universidad Complutense de Madrid.
- _____ (1998). *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Tórculo.
- _____ (2011). *En defensa de la Constitución*. Palestra Editores; Universidad de Piura.
- Pérez, J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.
- Rodríguez, Á. (1992). El sistema tributario en la Constitución (los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (36), 9-70.
- Rubio, F. (1993). El principio de legalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (39), 9-42.
- Sagüés, N. (1998). *La interpretación judicial de la Constitución*. Depalma.
- Tribunal Constitucional de Chile (2008). STC Rol n.º 740-07. Sentencia de 18 de abril de 2008.
- _____ (2009). STC Rol n.º 1185. Sentencia de 16 de abril de 2009.
- _____ (2010a). Rol n.º 1273. Sentencia de 20 de abril de 2010.
- _____ (2010b). Rol n.º 567. Sentencia de 2 de junio de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú (2003). Expediente n.º 0008-2003-AI/TC. Lima: 11 de noviembre de 2003.
- _____ (2004). Expediente n.º 033-2004-AI/TC. Lima: 28 de setiembre de 2004.

_____ (2006). Expediente n.º 047-2004-AI/TC. Lima: 24 de abril.

_____ (2020). Expediente n.º 0006-2019-CC/TC. Lima: 14 de enero de 2020.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana (2014). Sentencia TC/0256/14. Santo Domingo Oeste: 4 de noviembre de 2014.

Uchuya, H. (2000). Constitución y principios constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (2), 323-346.

Urquiza Vega, F. (dir.). (1996). *Jurisprudencia laboral* (t. I). Marsol.

Zagrebelsky, G. (2008). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Trotta.

En esta publicación, Carlos Hakansson Nieto destaca el protagonismo del juez y de la jueza, así como su jurisprudencia como fuente del derecho constitucional. En consonancia con tan importante función, se aparta de la concepción kelseniana de comprender a la carta magna solo como una norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico, sino que debe leerse a la luz del contenido de la jurisprudencia del órgano que cumple la función de máximo intérprete de la Constitución.

DRA. ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta del Poder Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia de la República

ISBN: 978-612-4484-40-7

