

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES Y EL MECANISMO PARA TRATARLAS
EN EL ORDENAMIENTO PERUANO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR

CELSO NICOLAS GARCIA LEGUIA

ASESOR

Dr. EDUARDO MARTÍN ACOSTA YPARRAGUIRRE

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

A mi abuela Emperatriz

Por ser quien con su cariño y amor
me hizo la persona que soy ahora

AGRADECIMIENTOS

Considero que en esta vida se debe ser agradecido con todas las personas, sin importar el grado de contribución que han tenido con uno, por ello les brindo mis más sinceros agradecimientos:

En primer lugar, a mi abuela, por todo el cariño y amor que ella me brindó.

A mis tías: Rosa, Corina, Esther y Ana; por ser las personas que me criaron.

A mi hermana Marymar, por encontrar una amiga en ella.

A mis amigos de la infancia Eber y Anthony, personas con las que he compartido mucho en esta vida.

A los profesores: Erika Valdivieso, Javier Espinoza, Ranulfo Espinoza, Freddy Centurión, Katherine Alvarado, Ever de la Cruz, Henry Heras, Percy Mogollón, Sheila Vilela, Romina Santillán, Martín Vincés, Alfredo Santa Cruz; por sus invaluable sesiones de clases, sin las cuales nada de esto sería posible.

A la Doctora Katherine Alvarado Tapia, por haberme enseñado de forma tan magistral el Derecho Constitucional, logrando que me enamore de esta rama jurídica.

A mi asesor, Eduardo Acosta, por haberme brindado conocimientos, el tiempo y la dedicación, sin la cual esta tesis no hubiera sido posible.

A aquellos profesores con los cuales se logró formar un lazo de amistad que trascendió de las aulas de clases: Javier, Eduardo, Freddy y Ranulfo.

A aquellas amistades que nacieron en los salones de clases y que siempre tendré presente: Kristy, Jacqueline, Cristina, Susana, Abigail, Nadia, Joel, Ronaldo, Geraldo, Steffano y Jemile.

A mi mejor amiga, Kristhel, a quien considero una hermana, por todo el apoyo que me ha brindado a lo largo de estos años.

Por último, a Nicole, a quien para ser sincero le podría dedicar un libro entero de agradecimientos, pero de forma sucinta te agradezco por tu amistad, tu compañía, tu tiempo, tu cariño, y un largo etcétera.

RESUMEN

La inconstitucionalidad de normas constitucionales es un novísimo tema dentro de la rama del Derecho Constitucional, a pesar de esto, dicha teoría no es ampliamente aceptada, por ello nosotros intentaremos brindar nuestra posición sobre dicha controversia, como un mecanismo de solución para estas antinomias.

El presente trabajo está estructurado en tres capítulos, en los cuales abarcaremos las nociones básicas sobre el Estado Constitucional; la inconstitucionalidad dentro de la Constitución, como los tipos de estas antinomias; y por último los mecanismos de Control Constitucional para tratarlas en el Ordenamiento Jurídico Peruano.

Sostenemos por ello que es posible la existencia de este tipo de antinomias, cuando el principio de armonización de la Constitución es insuficiente para poder interpretarlas y solucionarlas.

Una vez demostrado esto, proponemos dos medios de resolución de estas antinomias: Uno ideal que consiste en la reforma constitucional de los preceptos incongruentes; y una alternativa, que consiste en la declaratoria de inaplicabilidad de estas normas por parte del Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVES

Constitución-Inconstitucional-Mecanismos de Control-Reforma-Inaplicabilidad
Material- Formal-Tipología

ABSTRACT

The unconstitutionality of constitutional rules is a new issue within the branch of Constitutional Law, despite this, this theory is not widely accepted, so we will try to provide our position on this controversy, as a mechanism of solution for these antinomies.

The present work is structured in three chapters, in which we will cover the basic notions about the Constitutional State; the unconstitutionality within the Constitution, like the types of these antinomies; and finally the mechanisms of Constitutional Control to treat them in the Peruvian Legal System.

We therefore maintain that the existence of this type of antinomies is possible, when the principle of harmonization of the Constitution is insufficient to be able to interpret and solve them.

Once this has been demonstrated, we propose two means of resolving these antinomies: An ideal that consists in the constitutional reform of the incongruous precepts; and an alternative, which consists of the declaration of inapplicability of these rules by the Constitutional Court.

KEYWORDS

Constitution-Unconstitutional-Mechanisms of Control-Reform-Material
Inapplicability- Formal-Typology

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
ÍNDICE	VI
INTRODUCCIÓN	VIII
CAPÍTULO I: NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL	12
1.1. La Constitución como norma base del ordenamiento.....	14
1.2. El proceso de constitucionalismo	17
1.2.1. El nacimiento del constitucionalismo: Inglaterra (1688-1776)	18
1.2.2. El constitucionalismo revolucionario: Estados Unidos, Francia y el mundo hispánico (1776-1814)	20
1.2.3. El constitucionalismo del siglo XIX: el contraste entre Europa y América (1814-1917)	27
1.2.4. Constitucionalismo de entreguerras (1917-1939)	31
1.2.5. Constitucionalismo post segunda guerra mundial o de la era atómica	35
1.2.6. Neoconstitucionalismo	39
1.3. La norma preconstitucional	42
1.3.1. La Norma Fundante de Kelsen	43
1.3.2. La Regla de Reconocimiento de Hart	47
1.3.3. El iusnaturalismo como concepto preconstitucional.....	51
1.4. Poder Constituyente	57
1.5. Mecanismos de Control de la Constitucionalidad.....	62
1.5.1. Control Difuso	64
1.5.2. Control Concentrado	66
1.5.3. Control Mixto	67
1.6. El llamado Bloque de constitucionalidad	69
1.7. La reforma constitucional	73
CAPÍTULO II: LA INCONSTITUCIONALIDAD DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN	79

2.1. La posibilidad de la Inconstitucionalidad dentro de la Constitución.....	80
2.1.1 La Constitución como norma guía del ordenamiento en la época bachofniana	81
2.1.2. Control de Constitucionalidad de normas constitucionales inconstitucionales	84
2.1.3. ¿Pueden existir normas Constitucionales Inconstitucionales?.....	89
2.1.4. La imposibilidad de acción de inconstitucionalidad de norma Constitucional en base al artículo 200 inciso 4 de la Carta Magna de 1993	98
2.1.5. La posición del Tribunal Constitucional peruano.....	102
2.2. La teoría de la Inconstitucionalidad de la Constitución de Otto Bachof a la realidad peruana de la Constitución de 1993.....	104
2.2.1. Tipos de inconstitucionalidad dentro de la teoría bachofniana	107
A. Infracción a la Constitución escrita.....	107
a. Inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales.....	107
b. Inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional	109
c. Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior	112
d. Inconstitucionalidad a través de la “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales. Invalidez sin decisión expresa	119
e. Inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado	120
B. Infracción al Derecho Constitucional no escrito.....	121
2.2.2. Inconstitucionalidad del Bloque de Constitucionalidad.....	123
2.2.3. Inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional	126
2.3. A modo de conclusión.....	128
CAPÍTULO III: MECANISMOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES	130
3.1. Solución ideal: La reforma constitucional como control legal de la constitucionalidad.....	132
3.2. Solución alternativa: La declaración de inaplicabilidad de normas Constitucionales inconstitucionales.....	136
3.2.1. El Tribunal Constitucional como garante de la Constitución	140
CONCLUSIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA	150

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como finalidad analizar la posibilidad de la existencia de Normas Constitucionales Inconstitucionales, así como argumentar el mecanismo idóneo para solucionarlas, en caso de existir.

Desde el año 1951 con la lección inaugural pronunciada en la Universidad de Heidelberg por el distinguido doctrinario alemán Otto Bachof, se puso en la palestra del Derecho Constitucional una brillante, aunque controvertida, propuesta, denominada “Inconstitucionales de Normas Constitucionales” o en alemán “*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*”.

Esta teoría no ha sido ajena a las críticas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, pero conforme pasan los años, ya casi 70, cobra importancia en la palestra del Derecho Constitucional. Por ello la presente tesis buscará aportar un argumento a favor de la implementación de la teoría descrita en el ordenamiento jurisdiccional peruano; como también, planteamos el mecanismo idóneo para tratarlas.

Resaltamos la importancia del presente estudio por los siguientes motivos: en primer lugar, por el poco tratamiento que este interesante tema ha tenido en la doctrina peruana, resultando que en el país solo ha sido tratado por Eto Cruz, Valle Riestra y Castillo Córdova incluso, ha sido rechazado sin mayor

pronunciamiento, por el Tribunal Constitucional (Expediente N.º 014-2003-AI/TC).

En segundo lugar, porque supera la posible contradicción entre normas Constitucionales. Generando así, un mecanismo para que el ciudadano pueda ejercer las Garantías Constitucionales que la propia Constitución le reconoce, en defensa de sus intereses.

En tercer lugar, este estudio también es necesario para generar conciencia en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia constitucional, a fin de erradicar aquellas ideas arraigadas, por las cual se considera al Poder Constituyente libre de error, y permitir incoherencias en el Sistema a pesar de su abierta contradicción.

En cuarto lugar, la implementación de esta teoría en el Perú permitiría demandar por inconstitucionalidad aquellas Normas Constitucionales incoherentes entre sí, cuestión que actualmente no es posible, lo que genera que estas se mantengan en el Sistema.

Al mismo tiempo proponemos dos nuevas tipología de normas constitucionales inconstitucionales no planteadas por la teoría bachofniana. La primer es la de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad, y la segunda a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Consideramos que la presente tesis beneficia a diferentes sectores. En un primer momento se beneficiaría la doctrina constitucional, pues llevaría un tema al centro del debate, y este siempre enriquece a la misma doctrina. En segundo lugar consideramos beneficiaría a la población, pues de generar conciencia y ser aceptada, tendría un mecanismo para ver defendidos sus derechos e intereses, como hemos venido mencionando.

La presente tesis busca responder a la siguiente pregunta: “***Dependiendo de la existencia de normas Constitucionales Inconstitucionales ¿Cuál será el mecanismo idóneo de Control de la Constitucionalidad para tratarlas en el ordenamiento peruano?***”

Para esto nos hemos planteado como hipótesis lo siguiente: “Si existen Normas Constitucionales inconstitucionales, que demuestran que el Poder Constituyente es propenso a cometer errores, entonces el mecanismo idóneo de Control de la Constitucionalidad será la reforma Constitucional; y en caso de una falencia de este proponemos la declaratoria de inaplicabilidad por parte del Tribunal Constitucional, que viabilice el mecanismo idóneo”.

Con la finalidad de demostrar nuestra hipótesis se han planteado los siguientes objetivos:

a) Objetivo General:

- Determinar si es posible la existencia de Normas Constitucionales Inconstitucionales, así como el mecanismo de Control de la Constitución para tratarlas en el ordenamiento peruano.

b) Objetivos específicos:

- Describir los conceptos fundamentales del Derecho Constitucional Peruano.
- Argumentar la existencia de normas constitucionales inconstitucionales en Perú desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial existente.
- Esclarecer el mecanismo de Control de la Constitucionalidad idóneo para resolver una inconstitucionalidad dentro de la Constitución.

Para poder cumplir estos objetivos se ha estructurado la presente tesis en tres capítulos: El primero de estos denominado “**Nociones básicas sobre el Estado Constitucional**” implica el desarrollo de aspectos teóricos esenciales pero esenciales para entender las diferentes materias que se irán tratando en el desarrollo del cuerpo de este trabajo, así este capítulo tendrá como finalidad acercar a aquellos lectores ajenos al Derecho Constitucional a los principales elementos que componen esta interesante rama jurídica.

En segundo, el capítulo denominado “**La inconstitucionalidad dentro de la Constitución**”, intentará explicar la posibilidad de la existencia de normas

constitucionales inconstitucionales, cómo los tipos que estas se pueden presentar dentro del ordenamiento peruano. Este capítulo tiene como finalidad demostrar la posibilidad de este tipo especial de antinomias constitucionales.

Por último, el tercer capítulo **“Mecanismos de Control de la Constitucionalidad de Normas Constitucionales inconstitucionales”** abordara nuestra propuesta de tratamiento de estas antinomias constitucionales.

CAPÍTULO I
NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

NOCIONES BÁSICAS SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL

A finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX se introdujo en las esferas del Derecho una doctrina que señalaba una nueva norma como la base de todo el ordenamiento jurídico. A esta norma se le denominó Constitución, pues a través de ella se “constituye” el ordenamiento.

Es así que nace un nuevo tipo de Estado denominado Estado de Derecho Constitucional, el cual señala a la Constitución como norma madre y a todas las posteriores leyes como subordinadas a esta. En consecuencia, dicha norma reconoce los derechos y libertades individuales de todos los ciudadanos de una determinada nación y limita los poderes e instituciones del Estado en mención.

Este tipo de Estado no es ajeno al Perú, pues desde su independencia en 1821, el país se convirtió en un Estado de Derecho Constitucional; por lo cual se llamó al Primer Congreso Constituyente del Perú, instalado en 1822, que un año después daría la primera Constitución del país desde su emancipación del Reino Español.

Si bien el Perú ha contado con 12 Constituciones, 3 estatutos provisorios y una Carta Magna que debió regir durante la Confederación Peruana-Boliviana, el espíritu constitucionalista que señala a la Ley Magna como norma fundamental del Estado de Derecho, recién ha tomado importancia a partir del siglo XX, principalmente con la dación de las dos últimas Constituciones.

No planeamos realizar un resumen exhaustivo del Proceso de Constitucionalización en el Perú, pues no es relevante para el tema en cuestión; sin embargo, sí vamos a señalar algunos puntos claves sobre aquellos criterios básicos que sirven para entender el tema materia de la tesis. Estas cuestiones básicas permitirán desarrollar ideas propias que se repetirán a lo largo de la presente tesis, asimismo se debe aclarar que no se pretende acabar con el debate que existe sobre su definición y alcances.

1.1. La Constitución como norma base del ordenamiento

La primera de estas ideas que debemos tratar, es qué entendemos por Constitución, y a esta como la norma base del ordenamiento. Podemos traer a colación lo señalado por CHANAMÉ & OTROS cuando mencionan que "...La Constitución consiste en la ordenación fundamental del Estado, siendo indiferente los instrumentos y el sentido político que la inspira. El concepto es amplio porque todo Estado tiene necesariamente alguna ordenación y no puede dejar de tenerla, aunque no haya dado una constitución escrita con ese nombre..."¹.

También, podríamos tomar la definición de HAKANSSON que considera que "...La Constitución antes que todo es un pacto de límites al poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano..."².

En lo personal, prefiero utilizar como concepto para definir a la Constitución el de norma base del Estado, norma que no solo señala la organización de este o que sirve como un medio para garantizar los derechos de los ciudadanos y las facultades estatales, sino que también es la fuente de nacimiento del Estado mismo como tal.

Si bien es cierto, no podemos ser ajenos a la historia y a la realidad, en la que los Estados en su mayoría son predecesores del fenómeno constitucional y por lo tanto no nacieron con una Constitución; y que existen Estados como Inglaterra que no han tenido la necesidad de tener una Norma Fundamental

¹ CHANAMÉ, Raul & OTROS. *Manual de Derecho Constitucional: Derecho, Elementos e Instituciones Constitucionales*, Arequipa, Editorial ADRUS, 2009, p. 404.

² HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2012, p. 76.

escrita o unificada. En la actualidad, se evidencia la tendencia de los Estados a formarse o adaptar su forma en base a una norma superior que fundamente la organización institucional.

Entonces, la Carta Magna se convertiría en creadora del Estado mismo, pero esto solo debe ser entendido cuando se hable de la organización institucional del Estado, y no como creadora de los derechos humanos. Como suscribimos y profundizaremos con posterioridad, el Estado y la Constitución no crean los derechos fundamentales sino que simplemente los reconocen como señalan las diferentes doctrinas ius-naturalistas.

La idea de una norma base nació a partir de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. Si bien discrepamos con el autor en ciertos aspectos que se trataran más adelante, concordamos al decir que el Estado necesita primordialmente de una Constitución en cuanto esta permite definirlo y contornearlo. Esto no significa que esta norma primaria desconozca la existencia de un derecho pre-estatal, es más: es labor de la Carta Magna, al reconocer los derechos humanos acepta que su función, con respecto a estos, es la de acatar un derecho pre-existente más que de crearlos; y, por lo tanto, en caso de no señalarlos en su cuerpo normativo no los podría desconocer.

De igual pensamiento es BERNAL quien, en base al concepto actual que se tiene de Constitución, señalizando su preeminencia en el Ordenamiento Jurídico, la define como el “conjunto de principios y reglas, escritas o no, que contienen los fines, usos y limitaciones del poder del Estado”; o dicho en otras palabras, como la “norma básica que fundamenta la estructura jurídica de un Estado”³.

Si bien la idea de la Constitución como norma base del ordenamiento es la más difundida y la que suscribimos, no es compartida por ciertos sectores de la doctrina. Podríamos sacar a colación lo señalado por Hakansson para criticarla cuando ha mencionado que “...consideramos que adolece de una visión reduccionista acerca de su contenido; ya que, desde su origen, la Constitución siempre tuvo una doble naturaleza: política, porque busca la limitación al poder,

³ BERNAL GÓMEZ, Beatriz. *Historia del Derecho*, México, Editorial Cultura Jurídica, 2010, p.165.

y jurídica porque lo hace por medio del derecho; además, toda la constitucionalidad no puede contenerse en un código dado que los principios, la jurisprudencia, así como las tradiciones forman parte de un bloque de constitucionalidad, y por otro lado, porque la Constitución nació en países como Reino Unido y Norteamérica cuyo derecho es abierto y no cerrado...”⁴.

Aun cuando esta posición es totalmente válida y respetable diferimos del autor debido a los siguientes puntos: En primer lugar, si bien la Carta Magna busca limitar al poder, o mejor dicho al ejercicio de este, no es la única función o finalidad que persigue la Constitución; definirla de esta forma realmente reduce el contenido de la norma fundamental y de los paradigmas que esta engloba. En segundo lugar, es cierto que la historia del constitucionalismo, e incluso la misma figura de la Carta Magna, nacieron en Reino Unido y Norteamérica; sin embargo, no podemos reducirla a estos dos sistemas, pues históricamente esta ciencia ha sido desarrollada por diferentes países, teniendo incluso un gran impacto el desarrollo francés y alemán, sin los cuales no se podría ahora hablar de constitucionalismo.

En ese sentido señala FERRERO:

“...La realidad social y política cobra un orden mediante la Constitución, gracias a la cual se asegura un mínimo de justicia... A partir de ella, el ordenamiento jurídico positivo regula por sí mismo la producción de sus normas la producción originaria del derecho es la Constitución; la producción derivada originaria del derecho es la Constitución; la producción derivada comprende la legislación constitucional. La legislación ordinaria, los reglamentos y las resoluciones administrativas.

Es a través de la Constitución que se realiza la conexión entre derecho y poder. En efecto, el poder del Estado se ve constreñido a ejercerse con arreglo a la estructura establecida por la Norma Fundamental y es mediante ésta que el poder social se hace poder estatal, asumiendo el gobierno dentro de las vías señaladas en ella. Al atribuir a los órganos y a las instituciones un marco delimitado, la

⁴ HAKANSSON, Op, Cit., p. 74.

Constitución establece un sistema de competencias para asegurar el adecuado funcionamiento de las instituciones y garantizar el respeto de los derechos individuales...”⁵.

Como podemos observar, la Constitución se erige como la piedra angular del sistema, sin la cual este carece de consistencia. Todas sus instituciones, así como el respeto de los derechos humanos vienen garantizados por una Carta Magna, la cual configura la estructura de aquel, así como los organismos que terminan velando por las garantías constitucionales.

Pero para entender nuestra posición, debemos mencionar el desarrollo histórico que la figura de la Carta Magna ha tenido para llevarla a ser lo que es ahora y poder ser definida como tal.

1.2. El proceso de constitucionalismo

Una cuestión que debemos tener en cuenta es cómo se ha desarrollado el llamado proceso de constitucionalismo, mediante el cual se comenzó a resaltar la importancia de la Carta Magna como norma fundamental. Este proceso no ha sido corto ni sencillo sino que ha significado un proceso de siglos, en el que se pueden diferenciar etapas bien marcadas, así como distintas formas de entender a la norma suprema.

Desde grandes revoluciones⁶ que marcaron las tres principales fuentes originarias del constitucionalismo, movimientos independentistas e incluso las dos guerras mundiales son los principales factores históricos del proceso constitucionalista. Y como señala LINARES “... ninguno de estos acontecimientos debe ser tomado en abstracto y como hecho aislado, ya que son el resultado de un complejo de causales y, a su vez, motivan otros tantos e importantes efectos en la evolución institucional de los respectivos países, como también del mundo...”⁷.

⁵ FERRERO, Raúl. *Ciencia Política: Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Lima, Editorial GRIJLEY, 1998, pp. 218-219.

⁶ La Gloriosa Revolución de 1688, La Revolución Norteamericana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789.

⁷ LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional: Argentino y Comparado*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977, p. 67.

1.2.1. El nacimiento del constitucionalismo: Inglaterra (1688-1776)

La primera cuestión que se debe mencionar antes de tratar sobre esta etapa es que en Inglaterra no existe un texto constitucional como tal, es decir un texto codificado, sino que existen un conjunto de normas de rango legal a las que comúnmente se les denomina la Constitución inglesa.

El Constitucionalismo nace en este país con la Gloriosa Revolución de 1688 que significó el triunfo del Parlamento y sus decisiones sobre las potestades reales. Un año posterior a tal revolución se crearía el *Bill of Rights*, que resaltaba por el hecho de sintetizar los dos principios básicos del derecho público británico todavía en vigor: el *rule of law* o Estado de derecho y la soberanía del Parlamento, esto es, del rey junto a las cámaras de los Lores y la de los Comunes⁸.

Ahora bien, como ha señalado LINARES⁹, el *Bill of Rights* no puede considerarse una Constitución; pues, si bien contiene materias constitucionales,¹⁰ no representa un real estatuto fundamental que regule los aspectos básicos del gobierno y el Estado, y las relaciones de éstos con los ciudadanos.

El principal aporte del *Bill of Rights* es que no limita los poderes del Parlamento. En efecto, una consecuencia de la revolución inglesa fue que se desarrolló en el sistema de gobierno inglés, la plena supremacía del Parlamento sobre el Poder Ejecutivo¹¹ y Judicial. En realidad, el sistema parlamentario de gobierno, en cuya consolidación desempeñó un papel clave el sistema bipartidista, sería la tercera gran aportación del constitucionalismo británico, junto al *rule of law* y a la soberanía del Parlamento.

Cabe resaltar lo señalado por WHEARE: "...De ello dimana una curiosa consecuencia: Al hacer del Parlamento el cuerpo legislativo soberano, no pudo

⁸ Cfr. VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. *Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada*. [UBICADO el 10- II-2018] Obtenido de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-cuatro-etapas-de-la-historia-constitucional-comparada/>

⁹ LINARES TI, Op, Cit., p. 69.

¹⁰ En particular al haber limitado las facultades del rey, creando así la separación de poderes, pilar fundamental en la estructura de todo Estado constitucional, como la garantía de ciertos derechos de los ciudadanos ante su rey (resalta la instauración del Habeas Corpus).

¹¹ Primero representado por la Monarquía y, posteriormente, por el Ministerio.

proyectarse ninguna Constitución que limitara sus poderes. Si se trataba de poner límites al ejercicio de estos poderes legalmente libres, estos límites debían implantarse por medios no estatuidos; por la opinión pública, las elecciones, la formación de usos y convenciones...”¹². Como señalan CHANAMÉ & OTROS “...No se tiene una Constitución, se tiene un cuerpo de normas, para los Ingleses la Constitución no está sólo en la norma, sino fundamentalmente en el sentido común...”¹³.

Es más para los ingleses el tener una Constitución escrita y rígida quedo como un audaz intento, pero este fue “...fugaz y circunstancial, en los famosos documentos *Agreement of the People* de 1647 e *Instrument of Government* de 1653, este último considerado como la única verdadera Constitución escrita en los anales institucionales de Gran Bretaña, y probablemente la primera en el mundo, cuya vigencia duró como un relámpago...”¹⁴.

Como señala VARELA: “...en esta primera etapa de la historia constitucional comparada es necesario, pues, distinguir dos modelos: el que diseñaba la Constitución formal y el que articulaba la Constitución material. El primero, sustentado doctrinalmente en la lockeana teoría de la *balanced constitution*, retocada más tarde por Bolingroke, Blackstone y Paley, era un modelo monárquico-constitucional; el segundo, defendido por Burke y Fox, era un modelo monárquico-parlamentario.”¹⁵.

Las ideas de este primer periodo se encuentran aún vigentes en Inglaterra, pues al día de hoy el *Bill of Rights* aún sigue en vigor; en consecuencia, no existe una Carta Magna como tal, sino un conjunto de normas o una Constitución dispersa o inorgánica¹⁶.

¹² WHEARE, Kenneth. *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Editorial LABOR, S.A., 1974, p. 15.

¹³ CHANAMÉ, Raul & OTROS, Op, Cit., p. 108.

¹⁴ LINARES TI, Op, Cit, p. 69.

¹⁵ VARELA, Op, Cit.

¹⁶ Entre los cuales se puede mencionar el *Agreement of the People* (1647), *Instrument of Government* (1658), *Bill of Rights* (1689), *Act of Settlement* (1701); entre otros.

1.2.2. El constitucionalismo revolucionario: Estados Unidos, Francia y el mundo hispánico (1776-1814)

La siguiente etapa dentro del proceso del Constitucionalismo fue la más intensa de todas, pues estuvo marcada por diferentes revoluciones que permitieron desarrollar, de una manera un poco más turbulenta, diferentes conceptos sobre la norma base del Estado de Derecho.

VARELA señala que existen tres grandes momentos que definirían el Constitucionalismo revolucionario: "...Se inicia en 1776 con la independencia americana, prosigue con la Revolución francesa de 1789 y culmina con las Cortes de Cádiz, abarcando, así, las tres fases de la revolución euroatlántica, de la que surgirá una pluralidad de naciones independientes y republicanas, tanto en la América anglosajona como en la hispánica..."¹⁷.

El primer momento se da con la independencia de las Colonias Americanas de Inglaterra en el año 1776 y la posterior dación de su Carta Magna en 1787. Este punto de partida determinaría la creación del primer texto que puede ser llamado Constitución.

Esta etapa estuvo fuertemente influenciada por el iusnaturalismo racionalista y sus principales exponentes, como también por un sentimiento liberalista radical, en el que se buscaba enfatizar los derechos a la libertad individual y a la igualdad. Es por esto que en esta etapa en los países europeos surgió, como en Gran Bretaña, el deseo de someter al ejecutivo ante el legislativo, que era el representante del pueblo, siendo así que una máxima de esta época era "la voz del pueblo, la voz de dios".

Es necesario señalar que en este periodo el desarrollo del Derecho Constitucional fue diferente en cada uno de estos representantes. Se puede decir que el mismo iusnaturalismo que inspiró esta etapa tuvo diferente intensidad:

"...Durante esta etapa, los textos constitucionales americanos y franceses se inspiran sobre todo en el iusnaturalismo racionalista, fuente primordial de la Declaración de Independencia de los Estados

¹⁷ VARELA, Op, Cit.

Unidos, de la Declaración de Derechos de Virginia y de la Declaración francesa de 1789, con sus referencias al estado de naturaleza, al pacto social, a los derechos naturales e inalienables del hombre y a la soberanía del pueblo o de la nación.

En la Constitución española de 1812, origen del constitucionalismo hispánico, el iusnaturalismo está todavía más matizado que en los Estados Unidos, al fundamentarse en una supuesta tradición medieval liberal, laboriosamente exhumada por Martínez Marina y a la que se remite una y otra vez el extenso y enjundioso "Discurso Preliminar" del código gaditano, así como el preámbulo de éste, que contiene también una significativa invocación divina, fruto del fuerte influjo que el catolicismo ejerció sobre los diputados de las Cortes de Cádiz, incluidos algunos destacados liberales, como Diego Muñoz Torrero, presidente de la Comisión constitucional..."¹⁸.

Como podemos observar la influencia de pensamientos religiosos marcaría el constitucionalismo español, y el de sus colonias hispanas, a diferencia del norteamericano y francés¹⁹. En estos dos últimos se tiende a legislar en base a un iusnaturalismo racionalista en contraparte al iusnaturalismo clásico que imperó en la legislación española.

Pero no solo la religión fue un factor disyuntivo en la formación del proceso constitucional en los tres países, sino que también se vieron influenciados por los hechos históricos plasmados en sus Constituciones con referencia al sistema de separación de poderes. Así, si bien en Estados Unidos, los independentistas habían recibido una fuerte influencia del sistema inglés, la confianza depositada en su poder judicial, representado y precedido por el Tribunal Supremo, por las decisiones históricas, como es el caso Marbury

¹⁸ *Ibídem*.

¹⁹ Debemos recordar que en Estados Unidos se decidió establecer un régimen liberal con respecto a la religión, permitiendo la libertad de expresión religiosa en todos sus aspectos, pues los independentistas buscaban separarse de los modelos europeos autoritarios. Por su parte en Francia, posterior a la revolución, se persiguió a la Iglesia Católica, y a la expresión religiosa, por haber sido aliados de la monarquía, llegando a establecerse un régimen laicista que perdura hasta la actualidad. Por último en España, hasta el siglo XX, como en sus colonias, se instauró un fuerte catolicismo que fue determinante e influyente al momento de legislar.

versus Madison, les llevaron a confiar plenamente en las decisiones de este sobre la de los otros poderes.

Caso contrario sucedió en Francia, aunque los revolucionarios se habían visto influenciados por la Independencia Norteamericana, en ellos persistía el temor a la corrupción de los tribunales, por lo visto durante la etapa monárquica, y debido a la fuerte influencia de las ideas revolucionarias, ellos veían al poder legislativo como incólume debido a que era la representación del pueblo.

En España, mientras tanto, se afianzaba el poder del monarca como máxima autoridad gubernamental, esto influenciaría en las colonias hispánicas, pues posterior a su independencia estas optarían por un sistema de corte presidencialista, otorgándole primacía al Poder Ejecutivo.

Todas estas diferencias marcarían la historia del Derecho Constitucional, en estas tres latitudes.

En Estados Unidos, posterior a la Independencia²⁰, en 1787 se promulgó la aún vigente Constitución norteamericana, en la que se establecía desde un punto organizativo la estructura del Estado como las funciones que este cumplía. Posteriormente en 1791 se agregaría una *Bill of Rights*, que contendría los principales derechos de los ciudadanos norteamericanos, tales como la libertad religiosa, la inviolabilidad del domicilio y el controversial derecho a portar armas. En esta carta de derechos como señala LINARES se "...reconocen de una manera integral y genérica los derechos que corresponden al hombre en su calidad de tal. Los cuales son anteriores y superiores al Estado, el cual no los otorga, sino simplemente los reconoce y garantiza, traduciéndose en limitaciones al poder público; todo ello sobre la base de la soberanía popular y en un plano superior al del legislador ordinario..."²¹.

²⁰ Hay que señalar que en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, suscrita el 4 de julio de 1776, Ya se consagraban algunos principios fundamentales de orden institucional y filosófico, aunque aún era muy temprano para hablar de una Constitución como tal.

²¹ LINARES TI, Op, Cit., p. 87.

Las principales características de esta Constitución, como señalan CHANAMÉ & OTROS,²²son:

1. Que es escrita y no tácita.
2. Que es breve para evitar su desconocimiento.
3. Que es simple y comprensible para el entendimiento de todos.
4. Que es un pacto formal de todo el cuerpo social.
5. Que en su redacción se expresen fundamentalmente principios.
6. Que tiene capacidad de innovarse con el tiempo.

Al mismo tiempo la Constitución norteamericana se caracterizó por instaurar las principales cuestiones del gobierno estadounidense en sus cortos 7 artículos, así Estados Unidos presentó las siguientes innovaciones: el federalismo; el presidencialismo; el bicameralismo; el balance entre los tres poderes, con una pequeña supremacía del Poder Judicial y la reforma constitucional²³.

Pero la supremacía de la Constitución recién se vería consumada de forma definitiva en 1807 en la importantísima sentencia dictada por el Juez Marshall en el célebre caso *Marbury versus Madison*, de 1803, en la que se encuentra el fundamento de la revisión judicial de las leyes (la *judicial review*). Así se admitía por Alexander Hamilton el poder de los jueces a declarar nulos los actos del legislativo contrarios a la Norma Fundamental, que se convirtió en el primer control de la constitucionalidad.

Hay que reconocer como lo ha señalado LINARES que "...Las constituciones norteamericanas²⁴ inician la senda del verdadero constitucionalismo, en cuanto realizan práctica y exitosamente la concepción de un sistema de gobierno instituido en forma reflexiva y deliberada, cuya columna vertebral la constituye una Constitución que ocupa el primer plano de la jerarquía institucional, declarando los derechos del hombre, anteriores y superiores al Estado, y limitando la autoridad gubernativa. Surge, así, nítidamente, la idea del

²² CHANAMÉ, Raul & OTROS, Op, Cit., pp. 108-109.

²³ Esta última basada en tres tipos: Las enmiendas, la revisión judicial y la mutación constitucional.

²⁴ Tanto las Constituciones de los Estados Federados como la Constitución de Estados Unidos como tal.

contenido teleológico de libertad que inspira a la Constitución y al derecho constitucional...”²⁵.

Posteriormente, en Francia se viviría la gran revolución que significó el cambio del régimen de gobierno como la estructura del Estado y los principales estamentos y atribuciones de estos. En esta etapa se dictarían dos textos legislativos que marcarían la vida política de Francia hasta la actualidad, el primero sería la Declaración de Derechos de 1789 y el segundo, que nos atañe, sería la Constitución de 1791.

La revolución francesa también estuvo inspirada en el racionalismo natural y en las ideas filosóficas y no jurídicas sobre los derechos. Así se concibió a los derechos expuestos en la Declaración como derechos pre estatales, Según VARELA, así serían “...Unos "derechos naturales e imprescriptibles del hombre" cuya conservación era "el objetivo de toda asociación política". Para lo cual era preciso que el Estado en ciernes se articulase conforme a dos principios claves: el de soberanía nacional y el de división de poderes...”²⁶.

El mismo autor señala que “...A partir de estos dos principios, más bien dogmas o apotegmas, la Constitución de 1791 puso en planta una monarquía republicana, que otorgaba a la Asamblea Nacional, además de la función legislativa, el ejercicio primordial de la dirección política del Estado, a la que debía someterse el rey (que no podía disolver el Parlamento) y unos ministros a los que se prohibía ser diputados...”²⁷.

Pero también debemos señalar que en Francia debido a los constantes cambios políticos entre los siglos XVIII y XIX no se llegó a configurar un verdadero sentido de identificación constitucional. Tanto es así que como señala LINARES “...las formas diversas que la política francesa revistió en todo el periodo contemporáneo han tenido su consagración en documentos legales; once constituciones se ha dado Francia desde 1791 a 1875; hay en ese

²⁵ LINARES TI, Op, Cit., pp. 89-90.

²⁶ VARELA, Op, Cit.

²⁷ *Ibidem*.

número de los más contrarios tipos: desde las Cartas otorgadas hasta las que son verdaderos actos expresos de la soberanía popular nacional...”²⁸.

Como podemos observar, Francia se debatía en un devenir político entre los diferentes acontecimientos históricos que marcarían su conformación como un Estado moderno, no permitiendo la creación de un sentimiento constitucionalista en los franceses a pesar del esfuerzo de los revolucionarios. Este recién se vería materializado con la dación de la Constitución de 1946.

Se debe señalar que la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano ya instauraba de una forma precisa una definición del constitucionalismo en su artículo 16°; en el cual señalaba “Toda sociedad, en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.

A pesar del fracaso del constitucionalismo en Francia, por las vicisitudes históricas, esto no mermaría la gran influencia que la Constitución de 1791 tendría sobre los Constitucionalistas españoles, pues fue junto con la Declaración de Derechos las que más tuvieron en cuenta los Constituyentes de la Carta Magna de Cádiz de 1812, y la cual posteriormente influenciaría y repercutiría en las constituciones sudamericanas. En palabras de VARELA esta Carta Magna tiene una principal característica y es que podría ser llamada “...una Constitución del siglo XVIII, aunque cronológicamente se hubiese aprobado en el XIX...”²⁹.

Parte de la asimilación del Constitucionalismo francés, en vez de los otros dos estudiados, se debió a que en España “...algunas piezas de este modelo suscitaban su admiración, como la independencia de los jueces y el florecimiento de las libertades públicas, pero, no bien conocedores del proceso parlamentarizador llevado a cabo por las convenciones constitucionales, entendían que en la monarquía británica el peso del monarca y de la Cámara de los Lores era excesivo e incompatible, desde luego, con el que debían tener

²⁸ LINARES TI, Op, Cit., p. 90.

²⁹ VARELA, Op, Cit.

en una nación decidida a llevar a cabo no sólo una revolución política, como la de 1688, sino también una revolución social, como la de 1789..."³⁰.

Sin embargo, si bien la Constitución de Cádiz tuvo una fuerte inspiración en el liberalismo francés, decidió omitir en ella una declaración de derechos fundamentales, situación que ha sido estudiada por diferentes autores dándole diferentes respuestas a esta carencia.

LINARES menciona que "...Una de las notas salientes de la Constitución de 1812 es que no obstante su inspiración liberal, así como su afinidad con la línea del constitucionalismo, no contiene un capítulo de declaración de derechos; aun cuando, si bien no se quiso hacerlo en un cuerpo orgánico, el texto reconoce los derechos y garantías más importantes..."³¹ Y esta carencia fue debido a que sobre todo representa dicho código fundamental, "...más que el individualismo y la libertad, con sus correspondientes garantías: es la hegemonía del Congreso nacional frente a los otros poderes, y la racionalización administrativa..."³².

VARELA señala que la carencia de reconocimiento de derechos fundamentales "...no fue un olvido involuntario. Se rechazó expresamente una declaración de esta índole para no dar lugar a las acusaciones- por otra parte muy frecuentes- de "francesismo". No obstante, de una forma dispersa y desordenada, el código gaditano, sobre todo en el título V, reconocía algunos derechos individuales, como el del juez predeterminado por la ley, el de *Habeas Corpus*, el de petición o la libertad de imprenta, pero no desde luego la libertad religiosa..."³³.

Pero la importancia de la Magna Carta de 1812 no radica solo en su efecto en España sino también el efecto que esta tendría sobre las colonias hispanoamericanas, como en sus futuras constituciones post-independencia.

Se suele mencionar que "...precisamente, la mezcla de catolicismo, historicismo nacionalista -vinculado éste de forma inextricable a la resistencia contra Napoleón-, y radicalismo liberal, explican en buena medida el enorme

³⁰ *Ibidem*.

³¹ LINARES TI, Op, Cit., p. 137.

³² COMELLAS, José Luís. *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*, Revista de Estudios Políticos, Diciembre de 1962, p. 102.

³³ VARELA, Op, Cit.

influjo de la Constitución de Cádiz en Europa, sobre todo en la del Sur, y en Hispanoamérica, durante las tres primeras décadas del siglo XIX, esto es, justamente en el decisivo momento de la transición del Antiguo Régimen al Estado liberal, aunque el mito de Cádiz perduraría a lo largo de toda la pasada centuria...”³⁴.

DÍAZ REVORIO menciona que a pesar de que “...la vigencia de este texto constitucional no fue muy prolongada, ya que con la llegada al poder de Fernando VII (1814) fue suspendida, y tan sólo volvió a instaurarse durante el trienio liberal (1820-1823). Pero su influencia posterior fue muy notable, no sólo en otras Constituciones españolas, sino también en algunas de los países de Iberoamérica, que pocos años después iniciarían su proceso de independencia...”³⁵.

La importancia de este segundo periodo no solo radica en la construcción de las primeras Cartas Magnas de la historia, sino del influjo que estas tuvieron en toda la esfera global, y que también en estas señalaron los principios básicos que cada Constitución debe poseer, no solo en la organización del Estado, sino también en el reconocimiento de la existencia de derechos pre estatales³⁶, que no podían ser mermados por ninguna Constitución, sino que simplemente eran reconocidos por estas.

1.2.3. El constitucionalismo del siglo XIX: el contraste entre Europa y América (1814-1917)

La tercera etapa del proceso llamada la decimonónica “...comienza en 1814 y termina en 1917, en plena Primera Guerra Mundial. Durante ella se consolida y expande el Estado Constitucional en Europa y América, aunque dentro del viejo continente esta expansión quedase detenida en su parte oriental, bajo el yugo de los imperios ruso y otomano. Si la Constitución de los Estados Unidos se convirtió a lo largo de este período en el más importante punto de referencia para los países Iberoamericanos (aunque más teórico que práctico), el nuevo constitucionalismo post-revolucionario europeo, fruto en buena

³⁴ VARELA, Op, Cit.

³⁵ DÍAZ REVORIO. *Textos Constitucionales Históricos*, Lima, Palestra Editores, 2004, pp 187-188.

³⁶ Con la salvada excepción de la Constitución de Cádiz.

medida del acuerdo entre la aristocracia reformista y la alta burguesía, dio la espalda al constitucionalismo salido de la Revolución de 1789 y adoptó el que había triunfado en la Inglaterra de 1688...”³⁷.

Tales eran las diferencias entre estas dos latitudes que autores como SCHMITT afirmarían que mientras el constitucionalismo norteamericano avanzaba en la aceptación del pueblo como principal actor de un Estado Constitucional; el constitucionalismo europeo retrocedería tratando de afianzarse a ideas medievales sobre el gobierno.

Así “...en la época de la Restauración monárquica (1815-1830) se intentó resucitar las ideas medievales de un pacto cerrado entre Príncipe y Estamento, de una *Charte*. En algunas partes de Alemania seguían en vida aún ideas y situaciones medievales. Especialmente en Estados medios y pequeños, no se distinguía ente aquellos fenómenos de estipulaciones feudales y estamentos y un acto del Poder constituyente. En todo caso, la teoría y la práctica contrarrevolucionarias intentó servirse de ideas medievales para sustraerse a las consecuencias democráticas de la unidad nacional...”³⁸.

El mismo autor explica el porqué de las renuencias de las monarquías de aceptar la soberanía del pueblo y de este Poder Constituyente:

“La contradicción interna de tales intentos de Restauración monárquica consiste en lo siguiente: en primer término, los príncipes no podían pensar en renunciar a la unidad política del Estado a favor de representaciones de intereses estamentales. No podía llevar consecuentemente hasta su fin un concepto como <<Estamentos>> y la construcción disolvente de un pacto constitucional con esos Estamentos. Las representaciones <<estamentales>>no podían tener, pues, ninguna facultad de decisión. Pero si habían de significar algo para la Constitución, tenían que ser representantes políticos (no representantes de intereses estamentales). Sin embargo, los príncipes no podrían reconocer a esos Estamentos como

³⁷ VARELA, Op, Cit.

³⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Alianza Universidad Textos, 1982, p. 72.

representantes de todo el Pueblo políticamente unificado, porque entonces habrían reconocido al Pueblo como unidad política con capacidad de obrar, al mismo tiempo que renunciaban al principio monárquico, según el cual, sólo el príncipe es el representante de esa unidad política, reuniendo en su mano la plenitud del poder del Estado. Ambos conceptos: un pacto constitucional cerrado con los <<estamentos>> y el principio monárquico, resultaban inconciliables por completo, Consecuencia del principio monárquico era que el rey, por virtud de la plenitud de su poder, emitía una Constitución, es decir adoptaba la decisión política fundamental en que la Constitución consistía, por acto unilateral como sujeto del Poder Constituyente, pero sin soltar con ello este Poder Constituyente. La Constitución no era, pues, un pacto, sino una Ley emitida por el rey. Todas las normaciones legal-constitucionales de este texto afectaban sólo a atribuciones limitadas en principio, sólo a competencias, mientras que la <<plenitud del poder del Estado>>, ilimitada e ilimitable en principio, inseparable de la unidad política, permanecía, a pesar de la Constitución, en manos del rey, cuando, no la renunciaba a favor del Parlamento. En las monarquías políticamente fuertes las Constituciones <<constitucionales>> surgieron sobre la base de ese principio monárquico. No eran pactadas con la Representación popular, sino otorgadas. Pero, incluso allí donde fueron <<pactadas>>, no había de ceder, en modo alguno, el principio monárquico por la cooperación de la representación popular en la fijación del texto de las leyes constitucionales, ni ser reconocido en modo alguno el principio democrático del Poder constituyente del pueblo...”³⁹.

Pero estos principios decaerían con el paso del tiempo y el de las posteriores revoluciones, así “en la revolución de julio del año 1830 se decidió en Francia la cuestión política si era el Rey o el Pueblo el sujeto del Poder Constituyente. La doctrina democrática del Poder constituyente del Pueblo se había introducido definitivamente. Los representantes del Estado liberal de Derecho

³⁹ SCHMITT, Carl, Op, Cit., pp. 72-73.

intentaron eludir la alternativa: o soberanía y Poder constituyente del rey, o soberanía y Poder constituyente del pueblo, hablando de una <<soberanía de la Constitución>>. Con esto no se contestaba a la cuestión; se la soslayaba y velaba tras de la idea confusa de un Poder constituyente de la Constitución. Todas las Constituciones y leyes constitucionales francesas que siguen (1848, 1851,1875) tienen como supuesto el Poder constituyente del Pueblo...”⁴⁰.

Y es que resulta obvio, pues Francia sufría de diferentes formas de gobierno que iban desde la época del terror, pasando por la restauración de las monarquías, como la de los gobiernos de las Asambleas Legislativas, lo que llevó a que en este periodo de tiempo Francia tuviera un total de 11 Constituciones, dependiendo de las diferentes formas de gobierno. Pero la crisis de los gobiernos monárquicos no fue solo francesa, mientras tanto en España se sufría tanto el cambio de dinastía, como la independencia de las Colonias⁴¹. También, en lo que es la actual Alemania, los diferentes reinos que hoy en día conforman su territorio estaban en constantes guerras. Es evidente porque las monarquías buscaron afianzar su poder sobre sus súbditos a pesar de que eso fuera un retroceso, en lo que la doctrina constitucionalista se refiere.

BERNAL señala al respecto que “...el liberalismo característico del siglo XIX en el ámbito constitucional tuvo una tibia expresión en Prusia con la Constitución de 1842. Sin embargo, esta modesta expresión liberal duró sólo hasta la llegada del gran premier de Prusia, Bismarck en 1862. A partir de entonces se estableció el segundo Reich (1871-1919) y se dictó una Constitución que garantizó a esta nación una posición privilegiada en el nuevo imperio de la Gran Prusia. Algo semejante sucedió en Austria, donde el rey otorgó a su

⁴⁰ SCHMITT, Carl, Op, Cit., p. 73.

⁴¹ Sobre este punto se debe hacer una aclaración. Si bien hasta el momento y con la excepción de Estados Unidos este análisis está siendo eurocentrista, debemos resaltar que el constitucionalismo en Latinoamérica fue tanto una copia de la Constitución de Cádiz, como un conjunto de inestabilidad política que se vio reflejado en las múltiples constituciones de los estados Latinoamericanos durante este siglo: Chile con 8 Constituciones durante este periodo, Colombia con 6 Constituciones, Perú con 8 Constituciones y dos estatutos, etc. Claro esto con salvadas excepciones como Argentina, donde su constitucionalismo estuvo más inspirado en el norteamericano en muchos aspectos.

pueblo una Constitución, no muy liberal, en 1848, que fue sustituida por otra, tampoco liberal en 1867..."⁴².

Debemos mencionar, antes de terminar este apartado, el aporte que los países hispanoamericanos realizaron al Constitucionalismo: se debe ser claro, mientras Europa y Norteamérica innovaban o retrocedían en el movimiento constitucionalista, Hispanoamérica solo copiaba las tendencias de estas, con claras excepciones. Claro ejemplo de esto es la "influencia" que tiene la Constitución de la Confederación Argentina (Actualmente llamada Constitución de la Nación Argentina) de 1853, de la Norma Fundamental Norteamericana; o la también influencia que tuvo la Carta Magna de Cádiz en las primeras Cartas Magnas de la extinta Gran Colombia, Perú, Chile, etc. Y no sería hasta el siguiente siglo que los países latinoamericanos se atreverían a dar pasos innovadores en el proceso de Constitucionalismo, más que continuar siendo una copia de lo que los países europeos realizaban.

Pero Latinoamérica no sólo se caracterizaría por inspirarse en el Constitucionalismo Europeo, sino también en poseer una inestabilidad política que ocasionó la dación de múltiples Cartas Magnas de muy corta vida. Por estos dos puntos, es que nuestro estudio se centra en el Continente Europeo, y en esta etapa en el declive que los pensamientos liberales tuvieron en Europa.

Volviendo al punto anterior debemos mencionar que esta etapa termina con la revolución y destitución de una monarquía, el Imperio Ruso, lo cual daría paso a la siguiente fase de la historia del Derecho Constitucional, una época cruenta que estuvo caracterizada por gobiernos totalitarios, nacidos de diferentes formas de pensamiento.

1.2.4. Constitucionalismo de entreguerras (1917-1939)

VARELA señala que "...Esta etapa, la cuarta, se caracteriza por la profunda crisis del Estado liberal que se había ido construyendo a lo largo del siglo XIX, así como de la teoría que a su abrigo se había ido articulando. Esta crisis, fruto de diversas y complejas causas económico-sociales y culturales, entre ellas la irrupción de un potente movimiento obrero, venía anunciándose en las últimas

⁴² BERNAL, Beatriz, Op, Cit., p. 170.

décadas del siglo XIX, sobre todo en los países económicamente más industrializados, como la Gran Bretaña, Alemania y Francia, pero estalló después de la Gran Guerra, espoleada por el triunfo del comunismo en Rusia y por la inmediata reacción fascista...⁴³.

Y es que este periodo se vio caracterizado por un rechazo total al retroceso medievalista que había sufrido el Constitucionalismo en el periodo anterior, pero caracterizado por la inclusión de un movimiento de revolución social, y reconocimiento de derechos, de diversa índole, del proletariado.

También se vio caracterizado por movimientos radicales y totalitaristas donde las libertades personales estaban seriamente restringidas y el Estado ejercía todo su poder sin restricciones. Tales ejemplos de estos son el Nazismo, amparados en la Constitución de Weimar; el fascismo italiano, amparados en el Estatuto Albertino, aunque hay que señalar que en la práctica los principios de este no eran respetados; como también, el stalinismo soviético apoyado en la Norma Fundamental de 1936⁴⁴, que seguiría vigente durante cuatro décadas más.⁴⁵.

Es cierto que muchas de estas Cartas Magnas se construyeron en la teoría del Poder Constituyente, como en los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho (respeto de derechos fundamentales, protagonismo del Pueblo, separación de Poderes, etc.). Pero en la práctica estos principios fueron vilipendiados por los regímenes instaurados en los diferentes países europeos.

El mismo autor señala al respecto de estas Normas que "...Buena parte de las Constituciones aprobadas en el período de entreguerras, eran fruto de una revolución, como la mexicana de 1917⁴⁶, o, al menos, de un cambio político brusco, como la alemana de 1919, la austriaca de 1920 y la española de 1931. Tres constituciones que sustituyeron viejas monarquías por nuevas repúblicas, a veces en medio de la violencia, como ocurrió en Alemania. Por otro lado, en la elaboración de las nuevas Constituciones resultó decisiva la participación de

⁴³ VARELA, Op, Cit.

⁴⁴ Se debe señalar que antes de la Constitución de Stalin, existieron dos Constituciones anteriores, la de 1918 y 1924, pero solo la segunda de estas se aplicó a la Unión Soviética.

⁴⁵ Cfr. ZARINI, Helio Juan. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1999, p. 24.

⁴⁶ Junto con la Constitución de Weimar son las precursoras del Constitucionalismo socialista.

los profesores de Derecho, como aconteció con Hugo Preuss en Alemania, con Kelsen en Austria, y con Adolfo Posada y Luis Jiménez de Asúa en España...”⁴⁷.

ZARINI considera que el repudio hacía el anterior constitucionalismo y la adopción de estos nuevos criterios se debe a que en el primero, de un corte muy liberal, el Estado “...no interviene en el bienestar colectivo ni interfiere en el ejercicio de los derechos. Tampoco interviene ante las desigualdades sociales...Este Constitucionalismo parte de la base de que la libertad ampliamente reconocida es el medio suficiente para asegurar la actividad del hombre y el disfrute de sus bienes. Conformar, así, una concepción abstracta y francamente individualista de los derechos humanos...”⁴⁸.

En la misma línea señala que el principal aporte de esta etapa del Constitucionalismo es que “...En las nuevas Constituciones de entreguerras se vertebraba, asimismo, un Estado social de derecho, hasta entonces sólo esbozado en la Constitución francesa de 1848. El Estado social era la consecuencia de una nueva manera de concebir las relaciones del Estado con la sociedad y la conquista más palpable de los sindicatos obreros y de los partidos socialistas, que desempeñaron un papel clave en esta etapa del constitucionalismo, al lado de las formaciones representativas de la burguesía progresista...”⁴⁹.

Las constituciones de esta época marcaron el comienzo de un vasto movimiento de constitucionalismo social que, al lado y frente a los derechos individuales, declara y jerarquiza los derechos sociales, normalizando la idea de que aquéllos deben estar limitados en función del interés de la colectividad. Lo cual no significa que con anterioridad no existieran los llamados derechos sociales, o de segunda generación, sino que las cartas magnas de la época encaraba más bien al individuo en abstracto que como una parte integrante de la sociedad.⁵⁰

⁴⁷ VARELA, Op, Cit.

⁴⁸ ZARINI, Op, Cit., pp. 23-24.

⁴⁹ VARELA, Op, Cit.

⁵⁰ Cfr. LINARES TI, Op, Cit., p. 175.

Por esto es que ZARINI llega a mencionar que el Constitucionalismo Social "...media todo un cambio en la sociedad y se registra una doble transformación a nivel del Estado y a nivel de los derechos de las personas: a) del Estado abstencionista se pasó al Estado Intervencionista, y b) se complementaron los derechos individuales con la incorporación de derechos sociales y económicos. El Constitucionalismo social refleja, así, una nueva realidad. Ya no se trata del Estado abstencionista del anterior constitucionalismo, sino que ahora se persigue prestaciones de él..."⁵¹

Pero este intervencionismo del Estado no solo implicaba brindar las prestaciones mínimas para la subsistencia de la personas, sino incluso controlar todo aspecto de la vida de sus ciudadanos, donde si bien las libertades y derechos básicos estaban consagrados, en la realidad, los gobiernos autocráticos que se instauraban no permitían ejercer y gozar dichos derechos.

Incluso se podría decir, como un sector de la doctrina⁵² ha señalado, que hubo un proceso de desconstitucionalización, pues todo ese brillante, e incluso pretencioso monumento al constitucionalismo se derrumbó del mismo modo que un castillo de naipes al más leve soplo. Y, es más, que este proceso inverso llegaría a alcanzar su apogeo al estallar la segunda guerra mundial.

Entre las múltiples causas que se pueden señalar para este proceso de desconstitucionalización LINARES⁵³ establece como principales a las siguientes: a) la inseguridad de la paz y, con ella, el estado latente o preparatorio de guerra que restringió siempre el imperio efectivo de la Constitución; b) la crisis de la psicología nacional, que se traducía en una regresión política, y que no significaba que las aludidas constituciones fueran malas ni que la idea de la democracia hubiera sido impotente o prematura; c) la falta de coincidencia ente el contenido de las constituciones y la realidad política y social de los pueblos que iban a regir; d) la lucha social, con el auge del industrialismo; e) la crisis de los principios morales, que se tradujo en una materialización de la vida y un desdén hacia los valores éticos y morales; f) el

⁵¹ ZARINI, Op, Cit., pp. 24-25.

⁵² Cfr. LINARES TI, Op, Cit., p. 182.

⁵³ Cfr. LINARES TI, Op, Cit., pp. 183-193.

progreso de la ciencia y la técnica; g) la exageración del colectivismo y la planificación terminarían causando la desaparición de la libertad del individuo tanto jurídica como económicamente; h) el brusco y repentino advenimiento de las masas al poder político y social, que terminaría ocasionando un clima demagógico de encubrimiento de regímenes dictatoriales; i) el factor económico, reflejado en la crisis mundial de la década de los veinte; j) la política rutinaria y vegetativa.

Si bien el Constitucionalismo de entreguerras fue convulso y permitió el abuso del poder por regímenes totalitarios, se debe señalar uno de los grandes aportes de este: la creación de los primeros Tribunales Constitucionales (aunque no llamados con ese nombre),⁵⁴ lo que permitiría la defensa de las Constituciones sobre las decisiones parlamentarias y de todo ente estatal, quienes se tenían que encontrar subordinados a la Constitución, aunque repito esto último fracaso o fue olvidado en la práctica.

1.2.5. Constitucionalismo post segunda guerra mundial o de la era atómica

Después de la segunda guerra mundial y viendo los hechos que se habían cometido en ésta, nació una nueva corriente de interpretación de los derechos humanos. Esta corriente se propagó como la pólvora entre los principales doctrinarios alemanes, a la vez que surgieron nuevos textos constitucionales que se afianzarían en todo el globo.

Claro ejemplo de estos son la Norma Fundamental de Bonn de 1949, la Carta Magna italiana de 1947, como también las Constituciones españolas y francesas de la época. A la par del desarrollo europeo, en América comienza a nacer un verdadero sentido constitucionalista, que se ve reflejado en el reducido número de Constituciones, del siglo XX⁵⁵.

⁵⁴ La Norma Fundamental austriaca de 1920, elaborada por Hans Kelsen, constituye la consagración de una institución novedosa, para el momento, la cual fue la Alta Corte Constitucional, cuya misión recaía en declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

⁵⁵ Los gobernantes ya no intentaban imponer sus visiones con las creaciones de efímeras constituciones en las que cuales afianzaban su poder. Más bien, decidían respetar las Cartas Magnas existentes, para generar un verdadero sentimiento de representación del pueblo con ellas. Irónicamente en el Perú 3 de las 4 Constituciones de la época fueron dadas con la intención de un gobernante de afianzarse en el poder, pero eso no evito que generaran un

En el caso de Alemania, DÍAZ REVORIO Y GARCÍA BELAUNDE señalan que:

“...los juristas buscaron motivos para explicar la perversión del régimen weimariano desde 1933 por el auge del nazismo, con los trágicos acontecimientos subsiguientes. Y con mayor o menor razón, tendieron a apuntar como causas a ciertas características fundamentales del propio sistema constitucional de Weimar. Y de esta forma se acusó al texto de 1919 de un relativismo positivista acompañado de un cierto “indiferentismo axiológico”, que habría permitido el ascenso al poder del partido nacionalsocialista por la simple regla de la mayoría. Y la posterior modificación implícita, prácticamente continua, del propio texto constitucional, ignorando y pervirtiendo los valores fundamentales en él contenidos.

En este contexto, se ha hablado de que el articulado de la Ley Fundamental de Bonn...está impregnado de una cierta influencia iusnaturalista, que encuentra múltiples manifestaciones, entre otras, en la proclamación de que la dignidad humana es “intangible” (art. 1.1), los derechos humanos “inviolables e inalienables” (art. 1.2), o la consideración como irreformables de los principios contenidos en los artículos 1 y 20 (dignidad, derechos, estructura federal, soberanía del pueblo). Ciertamente, en el momento antes descrito era comprensible un cierto renacimiento de las teorías iusnaturalistas, como reacción al positivismo weimariano. Pero en cualquier caso, sea o no el iusnaturalismo el fundamento de la proclamación en la Ley Fundamental de Bonn de los principios mencionados, lo cierto es que en la misma es apreciable la importancia dada a esos principios y valores fundamentales, que en alguna medida y en cierto sentido parecen considerarse como de mayor valor que el resto de los preceptos constitucionales. O en todo caso indisponibles incluso para el propio Poder constituyente, al menos en su “versión” de Poder

sentido de pertenencia, por una parte de la sociedad civil, e incluso que con la actual Carta Magna, a pesar de su oscuro nacimiento, se han llevado a cabo 4 procesos electores democráticos, amparados en ella.

constituyente constituido, pues en definitiva tales fundamentos se consideran inalterables...”⁵⁶.

De igual manera este renacimiento del iusnaturalismo se implantó en la mente de diferentes latitudes.

En este punto toma importancia el haber realizado un análisis histórico del proceso de Constitucionalismo. Todo aquel proceso nos lleva a este hecho, el quiebre, fue el momento en que se logró vislumbrar que hasta una Carta Magna podría ser propensa al error, o por sus inconsistencias generar múltiples violaciones de derechos humanos.

Nos explicamos, el Derecho Constitucional pecaba de idealista, la realidad de los países totalitaristas durante de la Segunda Guerra Mundial, donde en su mayoría existieron Cartas Magnas, demostró que existía la necesidad de revitalizar el Derecho Constitucional con el fundamento de un derecho metapositivo, inquebrantable por el primero.

La Norma Fundamental de Bonn, como la tesis de Otto Bachof cobran vital importancia por dos hechos, el primero por el renacimiento de un derecho metapositivo, inviolable incluso por la misma Constitución; y, el segundo, por señalar la supremacía de la Constitución material sobre la formal, cuestiones que analizaremos en el siguiente capítulo.

BISCARETTI señalaba al respecto que “...efectivamente, a partir de entonces, las exigencias sociales se han dejado sentir con mayor fuerza, y en los documentos constitucionales que se expidieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se aumentó notablemente el número y la precisión descriptiva de los artículos dedicados a los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, especialmente en virtud de la experiencia de los abusos verificados por los Estados autoritarios europeos en el curso de los veinte años del periodo entre guerras...”⁵⁷.

⁵⁶ BACHOF, Otto. *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*, Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 13. Prologo realizado por Díaz Revorio y García Belaunde.

⁵⁷ BISCARETTI Di Ruffia, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 522.

Cabe mencionar que esto generó el surgimiento de una de las tendencias más importantes de los últimos tiempos, que es sin lugar a dudas el Garantismo⁵⁸. Esta corriente del constitucionalismo coloca en el centro de su atención a los mecanismos identificados como garantías para hacer eficaces a los Derechos fundamentales. Crea en la propia Constitución los instrumentos para “garantizar” la correcta protección y el ejercicio de los derechos del hombre en el Estado.

Parte de esta nueva visión del Derecho Constitucional tiene su fundamento en las nuevas Constituciones (muchas de ellas aún vigentes) que se dieron en la segunda mitad del siglo XX. Pero también en la propagación de un Derecho Internacional protector de los Derechos Humanos.

Como señala DE DIENHEIM: “...El surgimiento vigoroso de un nuevo derecho internacional con mayor fuerza vinculatoria para todos los miembros de la Comunidad Internacional a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, y el proceso de internacionalización y estandarización de los Derechos Humanos a partir de su reconocimiento en declaraciones primero y positivación en tratados internacionales después, generaría una fuerte presión que ocasionaría la transformación del constitucionalismo de los Estados generando tendencias y corrientes jurídicas fundadas e inspiradas en la protección de la persona humana, como es el caso del “Garantismo”...”⁵⁹.

Por ello con la creación de la ONU y de los primeros pactos internacionales de derechos civiles y políticos se establece una visión garantista de los derechos del hombre: ya no solo era una concesión de los Estados el reconocer los derechos humanos, sino que volvía una obligación jurídica entre sus pares. Esto último también generó que se le diera a la persona humana el reconocimiento de pilar fundamental en el derecho.

⁵⁸ Cfr. ALFONZO JIMÉNEZ, Armando. *El Garantismo*, IUS UNLA, Universidad Latina de América, Anuario 2005, Enero del 2006, p. 16.

⁵⁹ DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc. *Tendencias del Constitucionalismo Mundial a Principios del Siglo XXI*. [UBICADO el 08-V-2018] Obtenido de: <http://www.unla.mx/iusunla32/reflexion/TENDENCIAS%20DEL%20CONSTITUCIONALISMO%20MUNDIAL%20AL%20PRINCIPIOS%20DEL%20SIGLO%20XXI.htm>

Como señala DE DIENHEIM "...La crisis de la soberanía frente al nuevo orden jurídico internacional ha puesto en entredicho el poder y las capacidades del Estado para tratar y resolver ciertos asuntos, y ha originado también, el que muchas cuestiones que antes se consideraban como internas y por tanto de incumbencia exclusiva de cada Estado en lo particular sin aceptar intromisión alguna, hoy en día se consideren de la competencia también de la comunidad internacional, y por tanto susceptibles de ser atendidas por la jurisdicción internacional. Tal es el caso de la materia concerniente de los Derechos Humanos..."⁶⁰.

Se puede afirmar que posterior a la Segunda Guerra Mundial, y en la actualidad, el constitucionalismo se ha venido caracterizando por hacer un mayor reconocimiento y una mayor aceptación del orden jurídico internacional, y de la jurisdicción de organismos supranacionales. Así, la era del nacionalismo, que estuvo presente en los gobiernos totalitaristas alemán e italiano, ha ido cediendo poco a poco para dar paso a una etapa internacionalista.

1.2.6. Neoconstitucionalismo

Por último, vamos a introducirnos en el Neoconstitucionalismo. Lo primero que debemos decir sobre este tema es que no nos encontramos ante una fase histórica del proceso del constitucionalismo, sino ante una nueva corriente o ideología iusfilosófica del Constitucionalismo.

Este movimiento ideológico comenzó a surgir a partir del siglo XX, como una respuesta del positivismo a la adopción de principios iusnaturalistas por parte de las Cartas Magnas posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

BARBERIS, uno de los primeros autores que hace referencia al Neoconstitucionalismo, o como él lo prefiere denominar "*Third Theory of Law*" señala que entre el Constitucionalismo y esta nueva figura solo "...Hay una

⁶⁰ *Ibídem*.

simple distinción entre estos conceptos: el constitucionalismo es una filosofía política, positivismo y neoconstitucionalismo son teorías jurídicas...”⁶¹.

El mismo autor nos ofrece una pequeña visión de porque suele existir esta confusión entre ambos términos: “...pero esta distinción está muchas veces difuminada, por dos razones. La primera es el rechazo neoconstitucionalista del propio principio de avaloratividad: que solo permitiría distinguir entre filosofías normativas y teorías cognoscitivas. La segunda es que constitucionalismo y neoconstitucionalismo sufren ambos de una ambigüedad muy común; la existente entre fenómenos y teorías que hablan de ellos. Si se distingue entre los dos, entonces “constitucionalismo” y el propio *new constitutionalism* que hoy aparece también en el debate angloamericano, se refieren sobre todo a fenómenos, y “neoconstitucionalismo” sobre todo a teorías que hablan de ellos...”⁶².

GUASTINI señala que este tipo de “...ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza así por poseer una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales...”⁶³.

Por lo tanto, estamos ante una nueva concepción del Derecho Constitucional, donde la Constitución en vez de ser guía del ordenamiento, se convierte en carcelera de este. Este tipo de ordenamiento, pretende desconocer valores fundamentales o metapositivos anteriores a la Constitución, propios de la naturaleza humana; y, por lo tanto, considerar que solo son derechos los que la Norma Fundamental recapitula.

PRIETO SANCHÍS señala que hay cinco características que representan a esta teoría del derecho, los cuales son: “...más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de

⁶¹ BARBERIS, Mauro. *El Neoconstitucionalismo, Third Theory of Law* [UBICADO el 12- V-2018] Obtenido de: <https://app.vlex.com/#WWW/vid/428966546>

⁶² *Ibidem*.

⁶³ GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. [UBICADO el 12-V-2018] Obtenido de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/22/11.pdf>

espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas...⁶⁴.

Como podemos observar esta invasión total de la Constitución sobre todas las otras aristas del derecho nada tiene que ver con el reconocimiento de esta Norma como suprema, sino de un total acaparamiento del derecho por la Norma Magna.

Incluso CRUZ señala que “lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho...⁶⁵.”

El problema de esta corriente del Derecho Constitucional radica en el exceso de protagonismo que se le da a la Carta Magna, imposibilitando así la fundamentación en cualquier otra fuente del derecho que no sea la propia Constitución. Es decir en un Estado Neo-constitucional no puede existir ningún caso (sea judicial, administrativo e incluso extrajudicial) que no haga una remisión expresa a la Norma Fundamental o a decisiones tomadas por su máximo interprete, esto sin importar que el mismo caso pueda ser resuelto utilizando como fuentes a otras normas legales, a jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales, a la Costumbre, etc.

Paradójicamente, pero consecuente a lo anterior, esto termina generando una tiranía de los órganos jurisdiccionales, pues al darse tanta preeminencia a la Constitución, sobre cualquier otra fuente de Derecho, e incluso sobre los derechos humanos, los órganos encargados de velar por la “constitucionalidad” se vuelven tiranos, al ser los únicos que pueden decidir sobre lo que es o no es Constitucional, y esto finalmente significa, que deciden qué es y no es Derecho.

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, *Luis. Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial*, Lima, PALESTRA Editores, 2007, p. 121.

⁶⁵ CRUZ, Luis. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, México, Editorial PORRÚA MÉXICO, 2006, p. 4.

Muy bien señalan GIRALDO y TRUJILLO que "...tal vez, uno de los rasgos más diferenciadores de la propuesta neoconstitucional es el empoderamiento concedido a los jueces. Ciertamente, el juez contemporáneo se libera de las ataduras que otrora le impusiera el positivismo de tana exegética, y asume su papel de intérprete y creador del derecho, a la par que de guardián de la Constitución. La labor que los jueces, a través de sus fallos, han desempeñado en la defensa de los postulados de rango constitucional, ha llevado a que los simpatizantes del neoconstitucionalismo consideren que "la jurisprudencia ejerce una notable influencia en las formas tradicionales de entender el derecho, y a la cual subyace una ideología que irradia todas las instituciones. La jurisprudencia se ha convertido en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional"...⁶⁶.

Una vez analizado el proceso histórico del Derecho Constitucional, debemos señalar cual es aquel concepto anterior a la Constitución, o núcleo duro del derecho que resulta inviolable incluso por la propia Carta Magna.

1.3. La norma preconstitucional

Hemos mencionado que la Constitución es la norma suprema del Estado, y sobre la cual este se erige, además hemos observado el proceso histórico que llevó a consagrar estas ideas en la mayoría de Estados. Pero, aun así, existen ciertos criterios que toda Norma Fundamental debe respetar, y a los cuales no pueden las Cartas Magnas desconocer, lo cual conllevaría a hablar de una norma preconstitucional.

Este tema puede generar confusiones e incluso contradicciones sobre el rango de esta norma preexistente, y al mismo tiempo puede llevar a preguntarnos cual es esta norma preconstitucional. Diferentes autores han dado multiplicidades de respuestas sobre el tema: Desde el Contrato Social sostenido por los principales contractualistas (Locke, Rousseau, Hobbes, etc);

⁶⁶ GIRALDO, Sergio & TRUJILLO, José. *Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*. [UBICADO el 12-V-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#WWW/search*/neoconstitucionalismo/WWW/vid/522117502/graphical_version

las modernas teorías iusfilosóficas (Kelsen, Hart, Austin, Raz, etc); hasta los planteamientos iusnaturalistas (realismo jurídico e iusnaturalismo racionalista).

No deseamos extendernos explicando cada una de estas teorías, por lo cual, solo tomaremos las más resaltantes de estas, y que incluso son las que generan un mayor debate sobre el tema. Por lo tanto, analizaremos estas ideas, y posteriormente explicaremos la relevancia de establecer la existencia de una norma pre-constitucional para la presente tesis.

1.3.1. La Norma Fundante de Kelsen

MARQUEZ GONZALEZ señala que "...Kelsen considera que cualquier sistema de derecho es un todo unificado en el que sus normas se encuentran en estrecha relación entre sí, jerarquizadas de tal modo que se establecen relaciones de supraordinación y subordinación. En este contexto, que Kelsen refiere en forma exclusiva al derecho objetivo y positivo, la validez de todas y cada una de las normas está referida en forma última a una norma fundamental, que resulta ser la culminación y el término de la pirámide. Esta norma les confiere el principio supremo de validez, que no es posible encontrar en ninguna otra norma en todo el sistema, ya que la explicación última y trascendental siempre se remontará en forma sucesiva a la que se encuentra situada inmediatamente por encima de ellas..."⁶⁷.

Esta idea no es ajena, a los sistemas de Derecho Constitucionales, donde la Carta Magna, como hemos mencionado es la norma suprema de la cual nacen las diferentes normas y le deben validez. Pero, en la teoría Kelseniana surge la interrogante: ¿si las demás normas del Derecho le deben su validez a la Constitución, la Carta Magna a qué le debe su validez? Kelsen intentaría responder dicha interrogante mediante la Teoría de la Norma Fundante⁶⁸: Esto quiere decir que cada norma debe su validez a una norma superior, pero la cadena, si la hay, se interrumpe en la norma cuya validez ya no puede derivarse de otra superior. Esta norma es la que se llama fundamental o básica.

⁶⁷ MARQUEZ GONZALEZ, Jose. *Hart y Kelsen: Regla de Reconocimiento y Norma Básica*. [UBICADO EL 21-V-2018] Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3759045>

⁶⁸ O Norma Fundamental, Norma Básica, entre otras, según la traducción.

KELSEN⁶⁹ señala que para establecer la validez de la Constitución actual, se debía arribar a la Constitución que históricamente fuera la primera, y en cuya base las constituciones subsecuentes fueron establecidas.

Posteriormente, el autor austriaco intentaría explicar de dónde debía su validez la Carta Magna que históricamente fuera la primera. Al respecto menciona que “...desde el punto de vista de positivismo jurídico, no puede dirigirse a un orden normativo superior, establecido por una autoridad trascendente, superempírica. Desde este punto de vista debemos considerar a los forjadores de la Constitución primera como la máxima autoridad legal...”⁷⁰.

Como podemos observar, para Kelsen las normas del derecho, incluso la Carta Magna, debían su validez a las decisiones del Poder Constituyente Originario. MARQUEZ señalaba que así “...el primer acto constituyente —el más elevado de la producción jurídica— se presenta como ejecución de la norma fundamental; la legislación, que es producción de normas generales, como ejecución de la Constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, por medio de los cuales se establecen las normas individuales, como ejecución de la ley; la realización del acto coactivo, por último, como ejecución de las órdenes administrativas y sentencias judiciales...”⁷¹.

Los principales problemas de la teoría de Kelsen, serán que vuelve omnipotente al Poder Constituyente. Esto es que, al ser el ente del cual se originan todas las demás normas del Derecho, este es libre de error, y que cualquier norma que sea contraria a este, incluso una posterior Carta Magna sería errónea. Volviéndose algo irónico, pues el autor austriaco criticaba al iusnaturalismo por lo mismo.

Otro de los problemas de la teoría de Kelsen radica en que para él la Norma Fundante señala una línea de comportamiento que debe seguir la sociedad: “...Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace

⁶⁹ Cfr. KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, en asociación con Editorial Jurídica GRILEY & Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2001, p. 75.

⁷⁰ KELSEN, Hans, Op, Cit., p. 76.

⁷¹ MARQUEZ GONZALES, Jose, Op, Cit.

delegación"⁷². Esto es una norma, afirma Kelsen, porque es la respuesta a la cuestión de por qué debemos comportarnos como la Constitución lo prescribe.

RAZ⁷³ fue muy crítico sobre este punto, señalando dos de los principales problemas de la teoría de Kelsen, el primero es que, como se menciona, la teoría de Kelsen parte de un supuesto: la validez de una norma siempre dependerá de una norma superior, cuando de una norma no se puede determinar una norma superior, esta es la norma fundamental. Bajo esta premisa uno se podría preguntar qué sucede en el caso de países que no poseen una norma que valide la creación de otras normas, como es el caso de Inglaterra. Kelsen notando este problema señala que en estos casos la norma fundamental sería la Costumbre, la cual es la que ha permitido y configurado el derecho en estos países. RAZ también señalaba que en el caso bajo comentario se podría decir que existirían dos normas fundamentales, la primera que tiene un origen en el derecho consuetudinario, mientras que las segundas tendrían un origen legislativo. Esto generaría una incongruencia en la teoría Kelseniana que buscaba la primacía de una sola norma fundante, pues la existencia de múltiples normas fundantes desvalorizaba a la figura como la creadora del derecho en un sistema jurídico.

La segunda crítica de RAZ nace con un ejemplo muy ilustrativo:

“...El primer axioma establece que todas las disposiciones jurídicas que pertenezcan a una misma cadena de validez son parte de uno y el mismo sistema jurídico. Si este axioma fuera correcto, ciertas formas de otorgamiento pacífico de independencia a nuevos estados devendría imposible. Supóngase que el país A tiene una colonia B y que ambos países se encuentran gobernados por el mismo sistema jurídico. Supongamos además que A ha otorgado la independencia a B mediante una disposición jurídica que confiere a una asamblea representativa electa por los habitantes de B poderes legislativos, exclusivos e ilimitados, sobre B. Finalmente supongamos que esta asamblea representativa ha adoptado una constitución que es, en

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Cfr. RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*, Buenos Aires, Editorial ARIEL, 1999, pp. 158-164.

general, reconocida por los habitantes de B y de conformidad con la cual se realizaron elecciones y ulteriores disposiciones jurídicas fueron creadas... No obstante todos estos hechos, del primer axioma de Kelsen se siguen que la constitución, y demás disposiciones jurídicas de B, son parte del sistema jurídico de A. Puesto que la constitución de B y, consecuentemente, todas las disposiciones jurídicas creadas en base a ella, fueron autorizadas por la disposición de A que otorga la independencia y, por tanto, pertenecen a la misma cadena de validez y al mismo sistema..."⁷⁴.

Como podemos observar el principal problema de la teoría kelseniana es que se deja de lado los hechos para solo considerar el contenido de las disposiciones jurídicas. Esta incapacidad no permite vislumbrar a las disposiciones jurídicas como algo más allá de la norma positiva, reduciendo así al derecho a la norma escrita.

El último problema de la teoría es que, como hemos señalado con anterioridad, es el de esgrimir un comportamiento predeterminado por las normas jurídicas a la sociedad. Al final Kelsen termina generando una figura hipotética, a la cual sumado a lo anterior, a su vez, desconoce los efectos jurídicos de las normas preconstitucionales. Debemos entender que la posición de Kelsen se debe a su fuerte rechazo al iusnaturalismo, al cual criticaba porque señalaba que este imponía formas de conducta a la sociedad y a la estructuración del Derecho. Irónicamente la Norma Fundante termina realizando lo mismo, pero a diferencia del iusnaturalismo que centra su razón de ser en la propia naturaleza del ser humano, la teoría de Kelsen se centra en dotar de tal poder al Constituyente Originario, sin mayor fundamento que el señalar a la estructura del derecho como una pirámide de normas, sin mayor fuente que ellas mismas.

Nos atrevemos a señalar que, al final, la teoría de Kelsen posee más de Derecho Natural que de Derecho Positivo, a pesar de que haya decidido justificar todo en la figura antes mencionada, pero este tema lo abarcaremos más adelante cuando tratemos sobre el iusnaturalismo como norma pre-constitucional.

⁷⁴ RAZ, op, cit., p. 164.

1.3.2. La Regla de Reconocimiento de Hart

La Norma Fundante de Kelsen no estuvo ajena a las críticas, pues como hemos mencionado, esta pecaba de hipotética, además del rechazo al reconocimiento de ciertos criterios metapositivos por parte del autor austriaco, por eso es que surgirían como respuestas las posturas de diferentes autores, que buscarían responder sobre la norma que fundamentaba a todo el Ordenamiento Jurídico. Herbert Hart formularía entonces su propia teoría sobre la existencia de una norma pre-constitucional, la cual denominaría la regla de reconocimiento.

Como ha señalado GARCÍA HIGUERA "...La teoría de la regla de reconocimiento de Hart supone, en cierta medida, una reformulación de la norma fundamental kelseniana, utilizando un nuevo aparato filosófico, la filosofía analítica del lenguaje, y tratando de evitar el principal defecto de la norma fundamental, su carácter hipotético. Para ello, Hart sustenta la existencia de la regla de reconocimiento en un hecho... No es una hipótesis, y tampoco se puede plantear su validez, simplemente es aceptada para ser usada para identificar las normas de un sistema eficaz..."⁷⁵.

Partamos, como su nombre lo señala, que esta regla viene a reconocer una situación que se da en la realidad, HART señalaba que "...la regla de reconocimiento sólo existe «como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios..."⁷⁶.

Para GARCÍA HIGUERA esto genera que "...su existencia es una cuestión de hecho. Esto debe ser matizado en dos sentidos: en primer lugar, según Hart basta - como condición necesaria- con que haya una práctica concordante al respecto por parte de los órganos de aplicación (jueces y tribunales, entendidos en sentido amplio), por lo que la participación concordante de los particulares en dicha práctica no sería condición necesaria para la existencia de la regla de

⁷⁵ GARCÍA HIGUERA, Rubén. *La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart*. [UBICADO EL 21-V-2018] Obtenido de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9824/regla_reconocimiento.pdf

⁷⁶ HART, Herbert. *El concepto de Derecho*, traducido por G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 137.

reconocimiento; y, en segundo lugar, la mera existencia de una práctica concordante de identificación de reglas por referencia a ciertos criterios por parte de los jueces y tribunales no es condición suficiente para la existencia de la regla de reconocimiento; es preciso, además, que el uso de tales criterios de validez jurídica sea considerado por los jueces y tribunales en su conjunto «como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas», de forma que las desviaciones respecto de los mismos sean vistas críticamente por los propios tribunales como «fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos»...⁷⁷.

En otras palabras, la regla venía a reconocer los sentidos en el que los jueces formulaban sus decisiones y consideraban a estas como verdaderos sistemas y fuentes del Derecho, agregándole el sustrato social, esto es que la sociedad consideraba correcta la forma de decisión de los jueces, y por lo tanto “reconocían” su obligatoriedad, generando también predictibilidad a la hora de tomar decisiones judiciales, permitiendo así que no existieran desvíos en el derecho.

Al respecto JIMÉNEZ CANO señala que “...La regla de reconocimiento servirá, entonces, para reconocer o identificar las reglas del grupo social, pues especificará alguna característica cuya posesión por una regla revelará una afirmación indiscutible de que se trata de una regla del grupo. La regla de reconocimiento es, pues, el elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquél respecto de otros y, finalmente, lo delimita respecto de otros sistemas normativos...”⁷⁸.

HART precisaba que de estas decisiones judiciales se construirían todas las demás normas del Derecho, que la legislación sólo venía a reconocer lo que en la práctica ya se estaba llevando a cabo. Y por lo tanto, la primordial fuente del Derecho sería la jurisprudencia, que buscaría ser unitaria; pero, no obstante a esto, el autor británico reconocía también que en diferentes casos, los

⁷⁷ GARCÍA HIGUERA, Rubén, Op, Cit.

⁷⁸ JIMÉNEZ CANO, R. M. *Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento*, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 10, julio 2009, p. 88.

diferentes sistemas jurídicos resolverían de forma diferente, y por lo tanto, habría una pluralidad de Reglas de Reconocimiento⁷⁹.

Si bien el autor británico no especifica, y se podría considerar que su teoría se contradecía así misma cuando señalaba que la Regla era unitaria, pero posteriormente hablaba en pluralidad, creemos que el autor quiso explicar que debe existir ciertos criterios unitarios por un sistema jurídico, que no necesariamente sean compartidos por los otros, lo cual generaría que existiera una pluralidad de Reglas de Reconocimiento por cada sistema jurídico.

Pero ante esto podemos plantear tres grandes problemas que esta teoría tendría:

- a) La primera, como hemos visto, es que la Regla de Reconocimiento se basa en las decisiones que los jueces han construido sobre ciertos criterios que comparten y consideran unitarios para todos ellos. El problema de esto es que señalamos líneas arriba, existirían un sinnúmero de reglas de reconocimiento por cada ordenamiento jurídico, lo cual conllevaría a que no existiera un criterio único de la validez del Derecho.

GARCÍA HIGUERA señala al respecto que "...la obra de Hart da pie a considerar que podría existir pluralidad de reglas de reconocimiento en un sistema jurídico debido, principalmente, a la falta de concreción y a la incoherencia de referirse a ella en singular o en plural, según los casos. Pero ello, no obsta para ver que su carácter de norma suprema y última del ordenamiento jurídico requiere la singularidad con el fin de que pueda cumplir satisfactoriamente las funciones que tiene asignadas: lograr la unidad del sistema jurídico y así evitar que sea un cumulo inconexo de normas, y evitar la falta de certeza que supone no tener un criterio/os que identifique cuales son las normas válidas de un sistema jurídico, ya que de existir varias reglas reconocimiento, ¿no podrían ser

⁷⁹ HART, Herbert, Op, Cit., p. 163.

contradictorias?, o ¿cuántas reglas de reconocimiento podría llegar a haber?...”⁸⁰.

- b) La segunda crítica que se le puede realizar a la Regla de Reconocimiento es que se deposita una inconmensurable fe en las decisiones judiciales, que es entendible en el modelo jurídico británico, por lo cual se considera a los jueces libres del error.

De la lectura de los planteamientos de Hart se puede considerar que para que la Regla de Reconocimiento sea válida debe pasar dos filtros, el primero es que los jueces posean criterios unificados (volviéndolos automatizados en sus decisiones, no permitiendo la interpretación judicial) y que estas decisiones, o el sentido de estas sean reconocidas y aceptadas por la sociedad.

Y podemos volver a preguntarnos si una decisión judicial, por muy aceptada que sea por la sociedad, no puede ser injusta. Consideramos que al derecho, que se predica como sinónimo de Justicia, no puede solo llevarse por su correspondencia con la aceptación popular, sino que necesariamente debe predicar el “dar a cada uno lo que le corresponde”, aunque esto genere rechazo por la sociedad.

Además de que el positivismo de HART buscaba alejar las ideas de normas de derecho metapositivo (pre-existentes) y considerar como tal que el Derecho recién surgía a partir de las decisiones judiciales, lo cual consideramos un error, como veremos en el siguiente punto.

- c) La última crítica que se puede realizar a la Regla de Reconocimiento es que esta genera una circularidad en sí misma. GARCÍA HIGUERA menciona que “...De acuerdo con Hart, para poder determinar el contenido de la regla de reconocimiento hemos de acudir a los criterios de validez jurídica aceptados y seguidos por los jueces y tribunales; pero -también según Hart- no podemos identificar quiénes son los jueces y tribunales sino sobre la base de las reglas de adjudicación del sistema, pues, como él mismo dice, «la existencia de un tribunal implica la

⁸⁰ GARCÍA HIGUERA, Rubén, Op, Cit.

existencia de reglas secundarias que confieran potestad jurisdiccional». Dicho de otra manera, la existencia de jueces requiere de una regla de reconocimiento que validifique las reglas de adjudicación, y la existencia de una regla de reconocimiento requiere una práctica judicial. Esto es lo que se ha denominado “el problema de la circularidad”...”⁸¹

Como se puede observar el gran problema de señalar que las decisiones judiciales son la principal fuente del derecho radica, en que el mismo reconocimiento y nombramiento de los jueces nace a partir de una norma pre-existente: no existen jueces, que no hayan sido elegidos según las reglas establecidas en normas previas. Y por lo tanto, el Derecho, incluso existe antes de la existencia de las primeras decisiones judiciales, lo cual conlleva a generar un problema de circularidad en esta teoría que busca determinar qué fue primero la decisión judicial o la norma que designaba a los jueces⁸².

Por todos estos problemas, y a pesar de la aceptación que posee la regla de reconocimiento, consideramos que esta no llega a satisfacer la idea de una norma preconstitucional, y por lo tanto, no genera la validez del derecho.

1.3.3. El iusnaturalismo como concepto preconstitucional

Surgiría, también, como teoría para explicar la existencia de la norma preconstitucional el iusnaturalismo. Pero a diferencia de las anteriores, el iusnaturalismo, como sabemos, es una corriente del Derecho, con diferentes expositores, que en esencia han mostrado posturas divergentes entre ellos.

Este trabajo no pretende hacer un recuento de todas las teorías iusnaturalistas pues no es el fin del mismo, pero hablaremos de las principales ideas de esta corriente.

Partamos señalando la idea central de este apartado: para el iusnaturalismo el concepto preconstitucional es ese derecho metapositivo que se ve reflejado en

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Nosotros tenemos claro, que para que existan jueces primero se debe hablar de un proceso de selección totalmente normado, y por lo tanto no existiría este problema, que si se presenta en la teoría Hartiana.

la naturaleza del hombre. Para esta teoría, entonces, el derecho vendrá dado en la medida que respete y reconozca la esencia del hombre.

De todas las corrientes iusnaturalistas preferimos al iusnaturalismo racionalista pues a diferencia del Derecho Natural Escolástico no centra su doctrina en la existencia de una naturaleza creada por un ser supremo o deidad, sino en el conocimiento del derecho por el entendimiento de la propia naturaleza del hombre.

CHAUVÍN es concluyente sobre este tema cuando define el *ius naturale*, en su *Lexicon Philosophicum*, como "...el que se deriva de la sola razón, es decir, que no difiere de la razón misma, al igual que las conclusiones, por lo mismo, nos difieren de los principios de los que se deducen: así el derecho natural es, aun cuando Dios desde ahora decidiera que dejase de ser..."⁸³.

Estas ideas vendrían a ser los pilares del iusnaturalismo racionalista. Ya no se centraba en un derecho nacido de la voluntad de un dios, sino del conocimiento que la propia razón puede descubrir. GROCIO es concluyente con este punto cuando en los Prolegómenos de *Del derecho de la Guerra y la Paz* señalaba que el Derecho Natural "...valdría de algún modo aun cuando se admitiera -lo que no podría hacerse sin incurrir en un crimen horrendo- que no hay Dios o que, si lo hay, no se interesa en las cosas humanas..."⁸⁴.

Grocio, aun siendo creyente, señalaba que el derecho natural es inmutable, por ello ni aun Dios lo podría cambiar⁸⁵, esta idea partía del entendimiento de la naturaleza del hombre, que en esencia también lo es. VERICAT al respecto señala que "...El derecho natural pasaría a ser expresión, así, tanto de una nueva fundamentación metodológica del conocimiento de la sociedad, como de la naturaleza de los contenidos primordiales de esta tradición racionalista de Grocio, sin embargo, recapitula este proyecto centrándolo en la definición de derecho natural como expresión de la razón silogística de la mente en tanto

⁸³ CHAUVIN citado por VERICAT, José. "El Iusnaturalismo" en *Historia de la filosofía*, Tomo II, Barcelona, Editorial Crítica, 1992, 35.

⁸⁴ GROCIO, Hugo. *Del Derecho de la Guerra y la Paz*, Madrid, Editorial Reus, 1925, pp. 20-21.

⁸⁵ Cfr. GROCIO, Hugo, Op, Cit, p. 58.

recta ratio, base esta, a su vez, de un comportamiento humano autónomo respecto de toda la tradición de la ley positiva divina...”⁸⁶.

Parte de lo que diferencia al iusnaturalismo racionalista del escolástico, es que al no centrar el dogma de este en la existencia de un dios creador del Derecho, se logró un sentido de universalidad que el predecesor no pudo ostentar. Como señala FERNÁNDEZ “...Se trata de otro elemento característico del iusnaturalismo racionalista... como resultado de ello se va a propiciar la construcción de una ética social por un lado universal y por otro mínima. Universal porque sus principios se van a obtener de común razón humana, y mínima, porque se pretende su validez sin negar las diferencias culturales o religiosas. Ese intento va a unir a un conjunto bastante heterogéneo de autores...”⁸⁷.

Recapitulando y dejando posiciones de lado, el Derecho Natural señala que pre-existente a todas las normas de Derecho Positivo (incluyendo la Constitución obviamente) existe un núcleo duro de normas inviolables por este que corresponde al reconocimiento de la Naturaleza del hombre como medida para la creación de las normas jurídicas. En otras palabras, las normas jurídicas siempre⁸⁸ tendrán que realizarse en consonancia con la naturaleza humana, una norma contraria a esta pierde validez, y por lo tanto el concepto de norma metapositiva será en consonancia la que reconozca y de validez a la naturaleza del hombre como fuente primordial del Derecho.

El iusnaturalismo propugna “...la idea de que los individuos tienen unos derechos naturales que les son innatos...”⁸⁹. Estos derechos innatos no pueden ser negados por las leyes positivas, pues el derecho se construye en medida al Derecho Natural innato en los seres humanos.

Estas ideas se ven reflejadas incluso en el Preámbulo de la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano cuando señala “...Los

⁸⁶ VERICAT, José, Op, Cit, p. 38.

⁸⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. “El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII” en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo I, Madrid, Editorial Dykinson, 1998, 580.

⁸⁸ Es cierto que existen normas jurídicas donde es irrelevante la naturaleza humana pues no la afecta ni positiva ni negativamente, como por ejemplo una ordenanza municipal que prohíbe el uso de sorbetes de plástico para el consumo.

⁸⁹ FERNÁNDEZ, Eusebio, Op, Cit., p. 581.

representantes del Pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, **considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre**, a fin de que esta Declaración siempre presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Ejecutivo puedan ser comparados a cada instante con el objeto de toda institución política, sean más respetados, a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios sencillos e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos...”. (El resaltado es nuestro).

GROCIO al respecto señalaba que las leyes naturales, y la misma conformación de la sociedad respondían a la naturaleza del hombre, así “...y entre las cosas que son propias del hombre está el deseo de sociedad, esto es, de comunidad; no de cualquiera, sino tranquila y ordenada, según la condición de su entendimiento, con los que pertenecen a su especie...”⁹⁰. Claro está, que la construcción de la sociedad no puede ser ajena a la naturaleza del hombre. Lo que nos quiere decir Grocio es que toda norma jurídica⁹¹ que conformara y construyera la sociedad no puede ser contraria a la naturaleza humana, el hombre, por su propia naturaleza busca relacionarse con otros, y por lo mismo conforma y crea las sociedades (y de forma más precisa a los Estados), estos por lo cual no pueden desconocer ese punto de partida a la que deben su fundamento que es la misma esencia del hombre.

Como señala FERNÁNDEZ “...La confianza de Grocio en la naturaleza y razón humanas y la importancia concedida al instinto de sociabilidad y a la conservación de la sociedad como fundamentos del derecho natural van unidas a una cierta fundamentación filosófica de algunos derechos naturales...”⁹².

⁹⁰ GROCIO, Hugo, Op, Cit, pp. 33-34.

⁹¹ No mencionamos Constitución, pues la idea moderna de Carta Magna es posterior a las ideas de Hugo Grocio.

⁹² FERNÁNDEZ, Eusebio, Op, Cit., p. 588.

Sin embargo, no todo es perfecto en la teoría de Grocio, pues como señala TRUYOL Y SERRA las ideas de Grocio muestran un "...evidente retroceso con respecto a Bodino y a Suárez y conducen a un absolutismo..."⁹³. Esto se refleja cuando GROCIO⁹⁴ llega a afirmar lo necesario de la esclavitud, o rechazar el derecho a la resistencia.

Por su parte, para PUFENDORF el concepto de derecho natural, como para Grocio, va íntimamente unido a la idea de sociabilidad y en general a la conservación de la vida: "... todo lo que contribuye necesariamente a esta sociabilidad universal debe ser tenido por prescrito por el Derecho Natural; y todo lo que la enturbia, debe, al contrario, ser prohibido por el mismo Derecho..."⁹⁵.

FERNÁNDEZ señala que para Pufendorf una de las ideas claves que diferencia al iusnaturalismo propugnado por este autor del de Grocio es su concepto de la dignidad del hombre, como la de la igualdad entre los hombres, pues "...en el concepto de igualdad natural de todos los hombres, pieza clave del sistema ético de Pufendorf nuestro autor fundamenta la crítica a la teoría aristotélica de la esclavitud, institución que aún encontrábamos admitida por Grocio... Teniendo en cuenta todo lo precedente, no es extraño que la teoría iusnaturalista de Pufendorf, y más concretamente los principios materiales sustentadores de su concepción del Derecho Natural como la igualdad, la sociabilidad, la libertad, etc., tuvieran la influencia real que tuvieron. Así, por ejemplo, sus opiniones sobre la dignidad humana alentarán toda su teoría ética y jurídica..."⁹⁶.

Como señala VERICAT "...es más, para Pufendorf, una situación de libertad natural -*modo temperatus*- solo surge de hecho con los primeros estados civiles. *Status civilis* es el modo en que los hombres se organizan desde un principio con vistas precisamente a mantener la libertad natural de unos frente

⁹³ TRUYOL y SERRA, A. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II, Madrid, Alianza Editorial, 2005, p. 148.

⁹⁴ Cfr. GROCIO, Hugo, Op, Cit, pp. 77-79; 157-159.

⁹⁵ PUFENDORF, Samuel. *De iure naturae et Gentium libri octo*, traducido por Jean Barbery, Amsterdam, 1734, p. 223.

⁹⁶ FERNÁNDEZ, Eusebio, Op, Cit., p. 593.

a otros. Por lo que las sociedades civiles, desde un principio, son la plasmación natural de no estar los hombres sujetos ni tener sujeto a nadie...”⁹⁷.

Por último debemos señalar que “...no podemos pasar por alto la notable influencia de la obra de S. Pufendorf, tanto en la prehistoria de las Declaraciones de Derechos americanas, como también en las ideas europeas sobre los derechos del hombre y del ciudadano que se desarrollaron en el pensamiento jurídico, ético y político del siglo...”⁹⁸.

Las ideas de Pufendorf como las de Grocio cobran importancia cuando se analiza la preeminencia del derecho natural sobre el derecho positivo, en mayor o menor medida ambos autores han señalado que el derecho constituido debe respetar a la naturaleza del hombre, no pudiendo negarlo. Incluso el autor alemán señaló que todo acto que sea contrario a la naturaleza del hombre debía ser alejado del derecho, pues no es verdadero derecho lo que no reconoce a la naturaleza humana.

De todas las posiciones filosóficas que hemos visto sobre una norma pre-existente a la Carta Magna, preferimos el concepto del Derecho Natural, no solo por fundamentarse en un hecho real, como lo es la naturaleza humana, sino también que por un dato histórico, es del cual se da inicio a las ideas del proceso constitucional. El movimiento estadounidense como el movimiento francés constitucionalista tienen una alta inspiración el derecho natural racionalista, pues como señala FERNÁNDEZ “...tanto los contenidos del Derecho natural como los propios derechos naturales son verdades evidentes por sí mismas, algo sobre lo que no cabe discusión, al menos para los autores de las declaraciones de derechos americanas y francesas...”⁹⁹, mientras que el derecho constitucional hispánico se inspira en el derecho natural escolástico.

Esto último se da, obviamente, por el reconocimiento de la naturaleza del hombre como fundamento para la creación de las normas jurídicas, solo será derecho lo que se correlacione a la naturaleza del hombre, y por lo tanto ni la Constitución podrá contrariar a este.

⁹⁷ VERICAT, José, Op, Cit, p. 56.

⁹⁸ FERNÁNDEZ, Eusebio, Op, Cit., p. 594-595.

⁹⁹ FERNÁNDEZ, Eusebio, Op, Cit., p. 582.

Estas ideas serán de vital importancia para el desarrollo de esta tesis. Bachof, quien es el padre de la teoría de las inconstitucionalidades dentro de la Constitución, señalaba como principal razón de estas, aquellas que contrariaban al derecho metapositivo, correspondiente a la naturaleza del hombre.

No obstante, esto no quiere decir que solo pueden existir incongruencias dentro de la Ley Fundamental cuando se vulnere al Derecho Natural, pues parte de la idea que defendemos, es que pueden existir incongruencias dentro de una Carta Magna que correspondan a la violación de un derecho positivo, o en otras palabras la confrontación de dos normas positivas dentro de la Norma Fundamental. Pero esto, será tratado en su momento, en el capítulo segundo de este trabajo.

En este apartado, hemos señalado cual sería aquella norma metapositiva superior a la Constitución, y la importancia de esta para el trabajo bajo comentario, ahora es menester que expliquemos la figura que posibilita la creación de una Carta Magna, y que en sí, es quien posee el poder de concretizar los ideales de un pueblo en un documento jurídico

1.4. Poder Constituyente

En palabras de CHANAMÉ & OTROS "...El Poder Constituyente es la capacidad que posee un pueblo soberano de construir, crear el ordenamiento constitucional de un Estado..."¹⁰⁰.

Según PERALTA "...La Constitución como norma fundamental del Estado resulta del ejercicio de un poder especial, el poder verdaderamente soberano, un poder que no es de derecho, un poder meta jurídico, no sometido a limitaciones objetivas. Ese es el poder constituyente..."¹⁰¹.

FERRERO proporciona una definición curiosa sobre el Poder Constituyente, señalando a este como un derecho natural, así decía que "...se entiende por

¹⁰⁰ CHANAMÉ, Raul & OTROS, Op, Cit., p. 433.

¹⁰¹ PERALTA MARTÍNEZ, Ramón. *Sobre el Poder Constituyente y la Rigidez Constitucional*. [UBICADO EL 12-II-2018] Obtenido de https://app.vlex.com/#WWW/search/content_type:4+jurisdiction:PE/Poder+Constituyente/vid/60291667

Poder Constituyente la facultad originaria de la comunidad política para darse una organización jurídica constitucional. Es, por tanto, un derecho natural y no se somete al ordenamiento positivo...”¹⁰². Sin embargo, el autor no señala quién tiene la titularidad de dicho derecho natural y por qué esta facultad debería ser considerada como un derecho natural.

Nosotros preferimos definir al Poder Constituyente como el acuerdo de voluntades de representantes del pueblo¹⁰³ que tiene como consecuencia la formación de un Estado mediante la dación de una Carta Magna, como también de la reforma total o parcial de esta y/o del Sistema mismo.

SCHMITT reducía al Poder Constituyente a sólo una expresión de los intereses políticos de un Estado, limitando con su definición cualquier otro aspecto de este. Así señala que “...Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional...”¹⁰⁴. Para luego agregar “...Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y la forma del propio Ser...”¹⁰⁵.

Sin embargo, no es del todo correcto lo señalado por el autor, si bien resulta obvio que el Poder Constituyente tiene un carácter político indispensable e inalienable, no se le puede extraer el carácter de justicia como fundamento. Como veremos más adelante, la dación de una Norma Fundamental que no respete los mínimos valores de justicia no podría ser llamada Constitución, pues perdería uno de sus características principales, que es el respeto al derecho metapositivo.

Pero ¿quién tiene la titularidad del Poder Constituyente? Para LINARES “...en el Estado constitucional el sujeto del poder constituyente es el pueblo y

¹⁰² FERRERO, Op, Cit., p.226.

¹⁰³ A mi juicio suena muy idílico y poco real llamar al Poder Constituyente como la voz del pueblo siendo más exacto llamarlo como el representante del pueblo o de un sector de este inclusive.

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl, Op, Cit., pp. 93-94.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

únicamente es la comunidad política soberana la que ha de decidir sobre la organización constitucional del Estado...”¹⁰⁶.

Mientras que autores como SCHMITT plantea que “...la Nación es el sujeto del Poder Constituyente. Con frecuencia se considera como de igual significación los conceptos de Nación y Pueblo, pero la palabra Nación es más expresiva e induce menos a error. Designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de la existencia política, mientras que el pueblo que no existe como Nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente política...”¹⁰⁷.

Si bien estas ideas son las que más se han propagado entre los pensadores constitucionales, pues nacieron de las teorías que SIEYÈS formuló sobre el Poder Constituyente, no se ajustan a la realidad, no es ni el pueblo ni la nación quienes se conforman como Poder Constituyente y dan una Carta Magna. La realidad nos demuestra que son representantes de estos quienes en verdad tienen la titularidad, estos representantes reciben la denominación de Asamblea Constituyente.

Señalar que estos representantes imponen los ideales, creencias, y deseos del pueblo o nación, no son acertados, pues la realidad demuestra que las Constituciones responderán, en gran parte a deseos políticos, propios de cada representante, y no necesariamente represente los ideales que la sociedad perseguiría mediante una Constitución.

Un aspecto que se debe tener en cuenta al referirse al Poder Constituyente es la clasificación que de este se puede hacer, y en referencia al momento en que el Poder Constituyente es Convocado. Así nos podemos encontrar tanto a un Poder Constituyente originario y uno derivado. CHANAMÉ & OTROS definen estas figuras como “...el Poder Constituyente es originario cuando se ejerce en la etapa fundacional del Estado, para darle nacimiento y estructura; a su vez el

¹⁰⁶ LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional: Argentino y Comparado*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977, p 211.

¹⁰⁷ SCHMITT, Op, Cit., p. 96.

Poder Constituyente es derivado cuando se ejerce para reformar la Constitución...”

PERALTA señala que la distinción entre Poder Constituyente originario y derivado es de larga data, pudiendo ser rastreado hasta la Constitución Francesa de 1791, resumiéndose de la siguiente forma:

“...La doctrina europea, ya desde el momento revolucionario francés, se refiere, así mismo, a un poder constituyente derivado, también constituido, por tanto, diferente del poder constituyente originario, y que sería aquel poder de revisión o reforma de la Constitución.

El artículo 1 del título VIII de la Constitución francesa de 1791 dispone lo siguiente:

La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su Constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional usar únicamente por los medios expresados en la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una asamblea de revisión. De esta manera, se establece una diferencia en el ejercicio del poder constituyente: por una parte, se concibe como una acción libre y soberana, no sometida, por tanto, a ningún tipo de procedimiento jurídico establecido por cualquier poder constituido. Pero, por otra parte, puede concebirse como una actividad reglada por la propia Constitución. Esto significaría que el poder constituyente como poder absoluto y total, poder originario, poder soberano, establece en su obra concreta, la Constitución, su propia limitación...”¹⁰⁸.

Una de las cuestiones más controvertidas sobre el Poder Constituyente, es si este puede o no ser limitado, y en base a qué se deberían fundamentar esos límites de existir. La doctrina no ha sido unánime, formándose dos grandes opiniones al respecto.

¹⁰⁸ PERALTA, Op, Cit.

Para autores como LINARES el "...Poder Constituyente originario es ilimitado en cuanto al pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento, no se encuentra condicionado por limitación alguna, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno así como las relaciones entre este y los habitantes. En cambio el, Poder Constituyente derivado es esencialmente limitado, por cuanto, aparte de las restricciones que puedan surgir del espíritu de la constitución originaria, está sujeto al procedimiento, a las condiciones y hasta a las prohibiciones que determine la misma constitución y más particularmente la ley que declara la necesidad de la reforma..."¹⁰⁹.

Esta idea también es compartida por otros autores como BIDART quien señala que "...el poder Constituyente originario es, en principio, ilimitado, ello significa que no tiene un límite de derecho o, dicho de otra manera, que no hay ninguna instancia superior que lo condicione..."¹¹⁰.

Pero nosotros diferimos de los mencionados autores, pues señalamos que incluso el Poder Constituyente originario se encuentra sujeto a reglas pre-estatales como al reconocimiento de los derechos metapositivos del hombre, que a pesar de las potestades con las que cuenta no los pueden desconocer o limitar.

De pensamiento similar es CHANAMÉ & OTROS cuando señala que "...la limitación¹¹¹ no descarta: a) Los límites suprapositivos del valor justicia (interpretamos derecho natural)..."¹¹². LINARES, en una posterior obra, al respecto apunta "...sin embargo, por encima del plano del derecho positivo, toda comunidad política, al ejercitar tan esencial facultad soberana, está naturalmente constreñida a respetar ciertos valores naturales y absolutos – como la libertad y la dignidad del hombre, la justicia, etcétera-, que están por encima del constituyente y del legislador..."¹¹³. Para luego agregar "...Si la

¹⁰⁹ LINARES QUINTANA, Segundo. *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial ARIEL, 1970, p. 425.

¹¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho político*, Buenos Aires, Editorial Aguilar, 1962, p. 27.

¹¹¹ Al Poder Constituyente originario.

¹¹² CHANAMÉ, Raul & OTROS, Op, Cit., p. 437.

¹¹³ LINARES TIII, Op, Cit., p. 217.

garantía de la libertad y la dignidad del hombre constituyen el fin último de toda Constitución que merezca el nombre de tal, no se concibe que por vía del ejercicio del poder constituyente pudiera suprimirse o menoscabarse tan elevados valores, aun cuando el acto constituyente resultara homologado por un plebiscito unánime...”¹¹⁴.

Estas últimas posiciones son correctas porque un Poder Constituyente, por mucho que sea refrendado por el pueblo, siempre estará sujeto a aquellos límites del derecho natural, pues desconocerlos sería olvidar uno de los fines de toda Carta Magna que es el respeto y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Además, también estará limitado por sus propias decisiones, en otras palabras no se podría contradecir, pues se generaría un sin sentido jurídico, o lo que queremos llegar a mostrar, es que se generaría una inconstitucionalidad dentro de la Constitución, por una contradicción en el Poder Constituyente.

Se ha tratado cómo se crea una Constitución, ahora corresponde analizar el punto de como dicha Carta Magna se debe hacer respetar.

1.5. Mecanismos de Control de la Constitucionalidad

No basta señalar que la Constitución es la norma suprema del Estado si es vilipendiada por normas de menor rango o por las mismas instituciones del Sistema. Ya señala LINARES “...no obstante su notable trascendencia institucional, el principio de la supremacía de la Constitución no dejaría de ser más que una mera declaración teórica, si el Código Fundamental no organizara un procedimiento para hacerlo efectivo en la dinámica de las instituciones...”¹¹⁵.

Y es que resulta lógico si una Norma Magna no cuenta con los medios o herramientas para ver protegidos los fines que persigue, perdería toda la eficacia que recubre a la figura normativa.

Para asegurar la protección de estos medios se puede hablar de diversos medios de control de la Constitución. Estos medios pueden ir desde sistemas

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ LINARES *TIII, Op, Cit., p.* 358.

de control *ex ante* hasta verdaderas herramientas jurídicas por las cuales se puede recurrir a las instituciones para hacer respetar a la Constitución.

LINARES señala que "...en la experiencia constitucional pueden observarse dos grandes sistemas de contralor de la constitucionalidad, debiendo señalarse que algunos países combinan notas de distintos sistemas. A) Control político: a cargo de órganos de naturaleza política; B) Control judicial: a cargo de órganos de carácter judicial: 1) Control judicial genérico o común; realizando por todos los tribunales ordinarios; 2) Control Judicial específico o especializado: ejercido por tribunales especiales para la función..."¹¹⁶.

Básicamente estos son los tipos de control de la constitucionalidad que existen, pero los analizaremos a cada uno, además de agregar que existe un control judicial que une tanto al control genérico como al específico en uno solo, y que este es el sistema que existe actualmente en el Perú.

Pero antes de entrar a definir los sistemas de control, podemos traer a colación unas palabras del maestro HÄBERLE sobre la defensa de la Constitución. El autor menciona "...en la democracia cívica pluralista, todos los ciudadanos son "guardianes de la Constitución. Lo que las antiguas teorías del Estado concedían solamente como privilegio y predicado a un presidente, o las más recientes, al Tribunal Constitucional, ya no resulta ser, desde la perspectiva de la teoría constitucional de la actual etapa evolutiva, el monopolio de un solo poder o persona, sino asunto de todos: todos los ciudadanos y grupos, que por ejemplo interponen recursos constitucionales, todos los órganos estatales, que están sujetos a la Constitución, tienen que "defender" a la Constitución en el marco de sus competencias, y no sólo eso sino también continuar desarrollándola..."¹¹⁷.

Comparto la posición del maestro Häberle: la población tiene una gran responsabilidad para la defensa de la Constitución: ellos como receptores de las normas, son los principales defensores de la Carta Magna, pues serán quienes promuevan las acciones correspondientes contra las normas

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 286.

infractoras de la constitucionalidad, pero esto solo se podrá lograr en una población interesada por la institucionalidad de su país, una sociedad realmente comprometida y principalmente una sociedad educada y consciente de la importancia de la defensa de la Ley Fundamental.

1.5.1. Control Difuso

El Control Difuso de la Constitución, o también llamado Control Genérico hace referencia al realizado por los tribunales ordinarios de justicia, en otras palabras el control que realiza el Poder Judicial sobre las normas infractoras de la Carta Magna.

CAIRO ROLDAN señala que "...Existe un sistema de *control difuso* de la constitucionalidad normativa cuando en un ordenamiento se reconoce a todos los órganos que realizan actividad jurisdiccional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes aplicables a los procesos que conocen. Su punto de partida es el reconocimiento del deber judicial de hacer prevalecer a la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico (la Constitución) frente a las normas legislativas ordinarias que la contravengan. Por lo tanto, no hace falta que las normas escritas reconozcan esta competencia para que los jueces se consideren habilitados para ejercerla..."¹¹⁸.

Por otro lado LINARES expresa que:

"...parece lógico que estas cuestiones de derecho sean sometidas a la autoridad que en el Estado es especialmente instituida y organizada para decidir las controversias jurídicas, es decidir, la autoridad judicial. Es, por consiguiente, un órgano jurisdiccional que será llamado a controlar la constitucionalidad de las leyes. De este modo, este contralor se beneficiará con las garantías de competencia técnica e imparcialidad que presenta la persona del juez, y también de las garantías del proceso judicial, publicidad, juicio contradictorio, obligación para el juez de motivar su sentencia. Por otra parte, atribuir

¹¹⁸ CAIRO ROLDAN, Omar. *El control de la constitucionalidad y la teoría general del Proceso*. [UBICADO EL 13-II-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#WWW/search/content_type:4+jurisdiction:PE/control+de+constitucionalidad/vid/77239927

el contralor de la constitucionalidad de las leyes a un juez, es poner en relieve la idea, esencial si se quiere evitar que la institución no se desvíe ni se deforme, de que este contralor es de orden estrictamente jurídico, ya que no se trata de determinar si la ley es oportuna o no, buena o mala, útil o inútil, sino únicamente de verificar si ella es conforme o contraria a la Constitución...”¹¹⁹.

Esta figura nació en el derecho norteamericano, en el famoso caso *Marbury vs Madison*. En la Constitución estadounidense no se señalaba un proceso de defensa de la Carta Magna ante las infracciones de las normas de menor rango, el juez Marshall decidió resolver ese problema atribuyéndole la competencia al Poder Judicial, en especial a la Corte Suprema. Esta decisión, si bien no fue aceptada en un inicio¹²⁰, actualmente el grado de aprobación que posee ha configurado a la Corte Suprema de los Estados Unidos como un verdadero defensor de la Constitución.

LINARES señala al respecto “...en ningún otro país del mundo los tribunales de justicia tienen tan grande importancia y prestigio como en los Estados Unidos, donde constituyen no solamente en la letra de la Constitución sino en la vida misma de las instituciones un verdadero poder de gobierno, tan fuerte y respetado como los poderes políticos: el legislativo y el ejecutivo. Y esa importancia y ese prestigio reposan en sustancial medida en la importantísima función que con la Suprema Corte a la cabeza les cabe como guardianes y custodios de la Constitución en cuanto ley suprema de la Nación...”¹²¹.

Sin embargo, este tipo de control no está extendido en todas las latitudes, es más en nuestro caso el Control Difuso fracasó rotundamente, CAIRO ROLDAN menciona que “...El Perú, lamentablemente, arrastra una tradición jurisprudencial diferente. En 1955, por ejemplo, la Corte Suprema de la República se declaró inhabilitada para dejar de aplicar una ley contraria a la Constitución, pese a que existía una norma legal (artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil) que le reconocía esta atribución. Esta declaración

¹¹⁹ LINARES *TIII, Op, Cit., p. 371-372.*

¹²⁰ Se pueden mencionar la negativa de Thomas Jefferson para aceptar tal prórroga a los jueces, pues consideraba que los ponía por encima de la Constitución, y que se convertiría en una tiranía del Poder Judicial.

¹²¹ LINARES *TIII, Op, Cit., p. 391.*

fue formulada en la resolución final del proceso de Hábeas corpus iniciado por el representante del ex Presidente peruano José Luis Bustamante y Rivero...”¹²².

Hay que mencionar que este tipo de sistema se ejercita por una vía incidental, que en palabras de LINARES “...en el sistema difuso o norteamericano ...esto significa que en el primer sistema ...las cuestiones de constitucionalidad únicamente puede plantearse en vía incidental en el curso o en ocasión de un proceso de carácter común y solamente en cuanto y en tanto la norma cuya constitucionalidad se discute sea pertinente para la decisión del caso concreto; y correspondiendo la competencia de la decisión sobre la constitucionalidad al mismo órgano judicial que conoce y decide el caso concreto en el cual ha surgido el problema de la constitucionalidad...”¹²³.

1.5.2. Control Concentrado

El Control Concentrado o específico hace referencia a la creación de un órgano especial y único que sea el encargado de velar por la constitucionalidad de las normas de rango inferior. Este tipo de control hace precisa la existencia de un órgano separado de los tradicionales poderes del Estado, que no se configure sobre estos, pero que permita poder controlar las acciones contrarias a las Constituciones que estos realicen.

CAIRO ROLDAN señala que “...En el sistema de control concentrado la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es monopolizada por un solo órgano del sistema jurisdiccional del Estado...”¹²⁴.

El control concentrado de origen europeo tiene un gran desarrollo en países como Alemania, Francia, España, Italia entre otros. Como menciona VARELA “...Algunas de estas Constituciones, como la austriaca de 1920 y en la española de 1931, ponían en planta un Tribunal encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento, según las pautas establecidas en la Constitución estadounidense de 1787, aunque con las importantes modificaciones que introdujo Kelsen en ese modelo. De este modo,

¹²² CAIRO, Op, Cit.

¹²³ LINARES TIII, Op, Cit., p. 396.

¹²⁴ CAIRO, Op, Cit.

se reforzaba jurídicamente todo el texto constitucional frente a la ley, con lo que se llevaba hasta sus últimas consecuencias el *telos* primordial del Estado del Derecho: la subordinación de todos los poderes públicos a normas jurídicas, incluido el Parlamento...”¹²⁵.

La creación de un Tribunal *ad-hoc* que no pertenecía o era controlado por ninguno de los tres poderes tradicionales llevó a su proliferación por el Continente Europeo y por gran parte de los países Sudamericanos, que optaron por la consolidación de esta figura, y la de un Control Concentrado de la constitucionalidad de las normas.

Hay que acotar como señala LINARES que la cuestión de constitucionalidad en este tipo de sistema se ejercita por vía principal, es decir, a través de un proceso constitucional específico y autónomo iniciado por un medio de una acción especial. Así “...en el sistema concentrado o austríaco, la cuestión de constitucionalidad es resuelta por un tribunal judicial especial, a través de un proceso constitucional específico...”¹²⁶.

1.5.3. Control Mixto

Un tercer tipo de control es el conjunto de los dos anteriores, en el que tanto el Poder Judicial, como un órgano especializado, como un Tribunal Constitucional, son los encargados de velar por la integridad de la Norma Magna.

Este Sistema es el que prevalece en el Perú, como señala HAKANSSON “...Los dos modelos están presentes en la Constitución peruana desde la Carta de 1979 y juntos conforman un modelo dual o paralelo...”¹²⁷.

ZEGARRA MULÁNOVICH señala que “...El control de la constitucionalidad de las leyes se organiza en las constituciones según dos modelos fundamentales, diferentes entre sí. El primero es el llamado control difuso de la constitucionalidad, según el cual esta función la ejercen los jueces ordinarios, quienes deben preferir la constitución sobre las demás normas jurídicas. El

¹²⁵ VARELA, Op, Cit.

¹²⁶ LINARES *TIII*, Op, Cit., p. 396.

¹²⁷ HAKANSSON, Op, Cit., p. 137.

segundo sistema es el control concentrado, en el cual existe un órgano especializado, encargado de resolver la adecuación de las leyes a la constitución, llamado Tribunal Constitucional. En el Perú coexisten, ambos sistemas. Sin embargo, en el control difuso de constitucionalidad la ley que se declara contraria a la Constitución sólo se deja de aplicar al caso concreto que es materia de la decisión (se inaplica: art. 138 de la Constitución), mientras que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley tiene el efecto de derogarla íntegramente y para todos los casos...¹²⁸.

Las particularidades del sistema peruano se reflejan en la labor que realizan ambos estamentos. Mientras que el Poder Judicial solo tiene la potestad de inaplicar las normas contrarias a la Constitución como señala el segundo párrafo del artículo 138 que dice que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior...”. El Tribunal Constitucional posee la potestad de declararlas inconstitucionales y dejarlas sin efectos. Así lo señala la propia Constitución cuando en su artículo 202 señala que “Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad...”.

A pesar de encontrarnos en sistema mixto, GARCÍA MARTÍNEZ señala que “...en relación entre los dos modelos de control, el ordenamiento peruano establece dos principios que vienen a poner de relieve una cierta supremacía última del control abstracto respecto del difuso. Cuando la constitucionalidad de una norma ha sido confirmada en cualquiera de los procesos de control abstracto (de inconstitucionalidad o de acción popular), los jueces no pueden dejar de aplicarla, lo que equivale a excluirla como objeto de control de constitucionalidad difuso.

Por otra parte, el parámetro de constitucionalidad que tiene que utilizar los jueces, en general y por supuesto en su función específica de control de constitucionalidad, está integrado por la Constitución y

¹²⁸ ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. *Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Lima, Palestra Editores, 2009, pp.215-216.

los principios constitucionales, pero en virtud de la interpretación que resulte de las sentencias del Tribunal Constitucional (art. VI CPC), lo que supone para los jueces que su libertad de interpretación de las normas constitucionales a la hora de formar sus propios juicios sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas está condicionada por la interpretación derivada del control abstracto, en este caso circunscrito al que se residencia en el Tribunal Constitucional y no en los órganos del Poder Judicial competentes en la acción popular.

Finalmente, el artículo VII CPC impone a los jueces los precedentes vinculantes derivados de las sentencias del Tribunal Constitucional que se constituyan como tales. Cuyo efecto normativo, y en consecuencia imperativo, deberá expresarse en la misma sentencia constitucional...¹²⁹.

1.6. El llamado Bloque de constitucionalidad

Hemos observado hasta el momento el proceso de creación de las normas Constitucionales, como la forma de defensa de la Carta Magna, pero debemos ocuparnos ahora de una de las teorías actuales que enriquecen al Derecho Constitucional, y que cobra gran importancia en el segundo capítulo de este estudio.

Una de las innovaciones que ha tenido el Derecho Constitucional, inspirado en el derecho francés, es la creación de un Bloque de Constitucionalidad. Como lo ha denominado DE OTTO PARDO "...La existencia de este llamado bloque de constitucionalidad no es más que el resultado de que la Constitución haya introducido en la ordenación de las fuentes el criterio de la distribución de materias dando lugar así al fenómeno de las normas interpuestas, esto es, normas a las que la Constitución atribuye la virtualidad de condicionar la creación de otras que, sin embargo, son de su mismo rango..."¹³⁰. QUINCHE RAMÍREZ señala que de esta manera "...el concepto de Constitución resulta ensanchado en tanto que los artículos de la Carta son integrados con otros

¹²⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, María. *El Control de Constitucionalidad de las Leyes: Recurso y Cuestión de Constitucionalidad*, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 319-320.

¹³⁰ DE OTTO PARDO citado por LANDA ARROYO, César. *Los Procesos Constitucionales en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Lima, Editorial PALESTRA, 2010, p. 422.

referentes normativos, en virtud de remisiones expresas que hace el propio texto constitucional...”¹³¹.

Sobre el rango de esta figura HAKANSSON señala que “...Como una lógica consecuencia podemos decir que las fuentes que forman parte del bloque de constitucionalidad también gozan de jerarquía constitucional formando así un conjunto normativo de igual rango...”¹³².

En nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“...Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos’. Asimismo, se ha precisado que ‘el parámetro del control en la acción de inconstitucionalidad, en algunos casos comprende a otras fuentes distintas de la Constitución (...) en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de normas sobre la producción jurídica en un doble sentido; por un lado, como normas sobre la producción jurídica, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y por otro, como normas sobre el contenido de la normación, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido...”¹³³.

¹³¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. [UBICADO EL 15-II-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#WWW/search/content_type:4/bloque+de+constitucionalidad/p2/vid/379100262

¹³² HAKANSSON, Op, Cit., p. 177.

¹³³ STC del 26 de marzo del 2007. {Expediente N.º 0005-2006-PI/TC} Fundamento vigésimo primero.

LANDA ARROYO es de similar pensamiento cuando ha señalado que a diferencia de la figura nacida en Francia, nuestro bloque poseería un rango inferior al constitucional:

“...Ello pone en evidencia, como ya lo advirtiera en su momento Rubio Llorente, que la noción de bloque de constitucionalidad recogido también en nuestro sistema jurídico, no guarda parecido con la noción introducida por la doctrina francesa al referirse al *bloc de constitutionnalité*. Esto porque en Francia, dicha noción se construyó para ensanchar el contenido de una Constitución escueta en su enunciado de derechos y, por tanto, para otorgar jerarquía constitucional a la declaración de derechos de 1789, así como al preámbulo de la propia Constitución de 1946, anterior a la vigente que data de 1958. En el caso de nuestros sistemas no obstante, la noción de bloque de constitucionalidad es bastante diferente. Se trata de una heterogeneidad de normas, que formalmente no tienen la condición de constitucionales, pero que no obstante ello, ‘(...) su común naturaleza materialmente constitucional hace imposible regatearles, al menos el adjetivo, y es esta tensión entre materia y forma la que, naturalmente, ha llevado a la adopción de una denominación que, separada de su significado originario, se adaptaba milagrosamente a nuestras necesidades’...”¹³⁴¹³⁵.

Ahora se debe acotar que, como podemos observar, existe un conflicto respecto del rango normativo que las normas del Bloque de Constitucionalidad poseen. Mientras un sector mayoritario de la doctrina ha mencionado en reiteradas oportunidades que las normas de dicho bloque tienen rango Constitucional, el máximo intérprete de la Constitución en el Perú, además de un sector minoritario de la doctrina, han optado por darles un rango legal, pero con carácter complementario, situación que para algunos doctrinarios desnaturaliza a la figura bajo comentario.

¹³⁴ LANDA ARROYO, Op, Cit., p. 422.

¹³⁵ RUBIO LLORENTE citado por LANDA ARROYO, Op, Cit., p. 423.

Pero sin entrar al debate sobre el rango de estas normas, porque no atañe a este estudio, debemos mencionar el fundamento que posibilita la existencia de este bloque. El mismo lo da el profesor HAKANSSON cuando señala que “...Consideramos que las normas expresamente incorporadas a una Constitución no gozan de un carácter exclusivo frente al resto que componen el ordenamiento jurídico, ya que también estaría compuesto por un grupo más amplio de principios y normas de derecho positivo que conforman el llamado bloque de constitucionalidad. Dichas normas y principios también forman parte de la Carta Magna en el orden interno y, por tanto, gozan de la misma jerarquía normativa. En este sentido, el bloque de constitucionalidad nos dice que la Constitución de un Estado, desde un punto de vista material, es mucho más amplia que su texto, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otras fuentes del derecho que también tienen la categoría de normas constitucionales...”¹³⁶.

Y es que resulta cierto que no se puede reducir a la Constitución a solo su sentido formal o escrito, la historia como la misma teoría nos demuestran que la Carta Magna va desde una norma escrita, hasta el sentido de pertenencia que esta genera sobre los ciudadanos, y esto incluye desde otras normas, hasta las mismas sentencias e interpretaciones de la máxima autoridad de Control de la Constitución.

Sobre las normas que conforman parte de este bloque, el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que “...Sobre todo, relacionando y armonizando la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, se puede entender como bloque de constitucionalidad todo el conjunto de disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para apreciar los vicios de constitucionalidad de una ley sujeta a su control...”¹³⁷. Por lo tanto estamos ante un *numerus apertus* de las posibles disposiciones que pueden conformar el Bloque.

Para HAKANSSON las normas que conforman dicho bloque serían: las leyes orgánicas, los tratados internacionales sobre derechos humanos, el reglamento

¹³⁶ HAKANSSON, Op, Cit., pp. 163-164.

¹³⁷ STC del 22 de septiembre del 2005. {Expediente N.º 0002-2005-PI/TC} Fundamento décimo.

parlamentario, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales¹³⁸.

Para el autor colombiano ARANGO OLAYA, por su parte, "...considera que dentro de esta clasificación se encuentran comprendidos: a. El preámbulo de la Constitución; b. La Constitución; c. Los Tratados Limítrofes de derecho internacional ratificados por el Estado; d. La ley estatutaria que regula los estados de excepción; e. Los Tratados de Derecho Internacional Humanitario; f. Los Tratados de Derecho Internacional que reconocen derechos intangibles; g. Los artículos de los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y, h. La doctrina elaborada por los tratados internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos..."¹³⁹.

E incluso para otros autores, deberían ser incluidas también las sentencias del Tribunal Constitucional que establezcan Precedente Vinculante. Al respecto consideramos que deberían ser consideradas todas las sentencias del Tribunal Constitucional, pues debido a que este es el máximo intérprete de la Constitución, cualquier decisión que este realice será en base a la Norma Fundamental, por las facultades que esta le ha conferido, y deberá considerarse con el mismo rango que la propia Carta.

1.7. La reforma constitucional

El último punto que tocará este capítulo será sobre la figura que permite mantener viva y actualizada una Constitución, y resulta verdaderamente importante, pues debido a esta figura se intentará dar una solución al problema central de esta tesis.

No hay mejor forma de iniciar este apartado que rememorando una de las frases más trascendentales del Derecho Constitucional: el maestro HESSE

¹³⁸ De todos los señalados debemos reconocer que nuestra Constitución le brinda rango de Constitucional a los Tratados que versan sobre Derechos Humanos,

¹³⁹ ARANGO OYOLA citado por MEZA HURTADO, Artemio. *EL DENOMINADO BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, ¿ES NECESARIO EN EL PERÚ? 2012-2013*. [UBICADO el 06-XI-2017] OBTENIDO de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurta do.pdf?MOD=AJPERES>

señala que "...La Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende vida histórica y, en tanto que tal, sometida a ciertos cambios históricos..."¹⁴⁰. Esta frase engloba el fenómeno constitucional de la reforma, debido a que si una Constitución no quiere quedar en el desuso debe mantenerse actualizada y abierta a los cambios y paradigmas de la realidad.

HÄBERLE señala al respecto que "...Las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptarse a procesos evolutivos que ya se han producido en los hechos; pero también pueden pretender inducir tales procesos. Debe distinguirse pues la "modificación de adaptación" y la "modificación de creación". En principio, la duración y la estabilidad parecen hablar en contra de la modificación de la Constitución, pero esta modificación también puede ser útil para la duración y estabilidad de una comunidad, cuando son "oportunas"..."¹⁴¹.

Y es que, como hemos indicado, nada asegura que el Poder Constituyente es libre de error, o incluso que sus decisiones no queden desfasadas con el paso del tiempo. Un claro ejemplo en el Perú, y en realidad la mayoría de países, puede ser la figura constitucionalmente creada del indulto. Esta figura, que tiene origen como una de las potestades reales, es asumida en la mayoría de países como una facultad del jefe de Estado, o el representante máximo del Poder Ejecutivo, cuando, por la importancia que conlleva este instrumento, debería ser una potestad, bien reglada, del Poder Judicial y superar su pasado monarquista.

Volviendo al tema central del apartado, SCHMITT señala que la reforma consiste en la "...revisión...del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento: aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucionales aislados..."; para luego agregar que "...la palabra reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformas de la

¹⁴⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 19.

¹⁴¹ HÄBERLE, Op, Cit., p. 140.

Constitución misma, sino tan sólo de las determinadas legal-constitucionales...”¹⁴².

En otras palabras, para el autor la figura solo existe cuando se determina revisar y cambiar una determinada disposición de la Constitución y no la Carta Magna en su totalidad, a lo que el autor denomina Supresión de la Constitución. Sin embargo la doctrina actual suele definir a esta figura como una reforma total de la Norma Fundamental, mientras que la figura de la revisión schmittniana, es denominada como una reforma parcial del texto magno.

La naturaleza de esta figura según LANDA es la mutación del Poder Constituyente, así “...poder constituyente más que desaparecer al acabar su obra, se transforma en el poder de reforma consagrado en la Constitución por él mismo. Por ello, reaparece en los momentos constituyentes en que se hace necesaria y posible la reforma constitucional, pero ya no de manera absoluta, sino limitada de acuerdo con la Constitución...”¹⁴³.

Podemos mencionar que existen dos tipos de reformas constitucionales, uno hace referencia al cambio total del texto magno, mientras el otro a solo unas determinadas disposiciones.

LANDA menciona al respecto que “...la valoración de la reaparición de un momento constituyente ha quedado circunscrita en la práctica a una decisión política fundamental de los representantes, que han expresado la necesidad del pueblo de otorgarse una nueva forma concreta de organización política y jurídica. En el cual, la reforma constitucional total ha constituido la forma de establecer la nueva legitimidad político y social, en el orden jurídico supremo. De modo que, en los demás períodos cuando no se ha llegado a constituir una situación revolucionaria, a juicio del pueblo y sus líderes, el poder constituyente ha quedado transformado en el poder de reforma constitucional, con que

¹⁴² SCHMITT, Op, Cit., p. 115.

¹⁴³ LANDA ARROYO, Cesar. *La Reforma de la Constitución desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional*, Justicia Constitucional Revista de Jurisprudencia y Doctrina, NI-1, Enero del 2005. p. 133.

operan los poderes constituidos de acuerdo a la suprema norma constitucional...”¹⁴⁴.

Debemos señalar que este poder de reforma de la Constitución no es ilimitado, las mismas Cartas Magnas suelen señalar un procedimiento para que se lleven a cabo.

El Tribunal Constitucional y la doctrina han denominado al procedimiento de reforma como un límite formal.

LANDA señala que “...los límites formales son aquellos que están referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables y que se encuentran referidos a lo siguiente:

I) En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

II) En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación, promulgación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

III) En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental...”¹⁴⁵.

Este no es el único límite que dicha figura posee, también existen límites materiales, los cuales están referidos a los contenidos intangibles que la Carta Magna posee. Con ellos no estamos ante la presencia de condicionamientos

¹⁴⁴ *Ibíd*em, p.134.

¹⁴⁵ *Ibíd*em, p 146.

de tipo procedimental, sino de parámetros de identidad o esencia constitucional y cultural, inmunes a toda posibilidad de reforma.

SCHMITT¹⁴⁶ señala que reformar la Norma Fundamental no significa: a) destrucción de la Constitución (Haciendo referencia a que una reforma no puede mutar una Carta Magna cambiándole el sistema de gobierno elegido, como aquellas ideas claves que la representan. Por ejemplo: Pasar de un Estado Monárquico a uno democrático, o viceversa); b) supresión de la Constitución (Lo que vendría a ser la reforma total de la Carta Magna, figura actualmente aceptada y hasta prevista en algunas Normas fundamentales¹⁴⁷); c) no es quebrantamiento de la Constitución (Definida como la violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor); y d) suspensión de la Constitución (la Carta Magna mediante una reforma suspende su vigencia en el tiempo, o suspende determinados derechos reconocidos en ella)¹⁴⁸.

Para HÄBERLE por otro lado, los límites a la modificación de la Norma Fundamental hacen referencia a las "...cláusulas de eternidad como garantías de la identidad del Estado Constitucional..."¹⁴⁹. Esto último hace referencia a la figura de cláusulas pétreas de la Constitución, las cuales no permiten ser reformadas a menos que se modifique (adopte) un nuevo texto magno.

Todo esto conllevaría para LINARES hablar de una inconstitucionalidad de una norma constitucional reformada. Así el autor menciona que "...en definitiva, y a nuestro juicio, una reforma de la Constitución sería inconstitucional y el poder judicial¹⁵⁰ tiene competencia para declararlo así, en el respectivo caso que se someta a su decisión, si ha sido sancionada en violación del procedimiento,

¹⁴⁶ SCHMITT, Op, Cit., pp. 118-126.

¹⁴⁷ Como las Cartas Magnas peruanas de 1979 y 1993.

¹⁴⁸ No hace referencia a la figura de una clausula final o transitoria que puede determinar que cierta disposición tenga una vigencia temporal, o que rige a partir de un determinado momento. En el caso bajo comentario se decide suspender disposiciones trascendentales de la Norma Fundamental.

¹⁴⁹ HÄBERLE, Op, Cit., p. 145.

¹⁵⁰ En nuestro caso el Tribunal Constitucional. El autor bajo mención es argentino, y en este país existe un control difuso de la constitucionalidad.

condiciones o prohibiciones establecidos por el texto constitucional vigente, así como también si contradice, o sea, traiciona, los principios básicos o bases permanentes, o sea, el alma o espíritu de la Constitución...”¹⁵¹.

Este punto vislumbra anticipadamente el tema central de esta tesis, consideramos que una Norma Fundamental, no puede pretender ser incólume de error, y por lo tanto, irreformable. La existencia de contradicciones, disposiciones desfasadas, y preceptos que vulneran los derechos fundamentales ponen en evidencia esto. Por lo mismo resulta lógico que la figura que permita solucionar estos percances sea la misma que permite que la norma constitucional se mantenga viva y vigente en el tiempo: la reforma constitucional.

¹⁵¹ LINARES *TIII*, *Op, Cit.*, p. 245

CAPÍTULO II

LA INCONSTITUCIONALIDAD DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO II

LA INCONSTITUCIONALIDAD DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN

2.1. La posibilidad de la Inconstitucionalidad dentro de la Constitución

Durante la segunda mitad del siglo XX, en Alemania comenzaron a surgir múltiples teorías de doctrinarios que buscaban explicar los motivos de la perversión de la Constitución de Weimar y, posteriormente del apogeo del Nazismo, como la violación de derechos humanos que dicho régimen promovió.

DÍAZ REVORIO & GARCÍA BELAUNDE han señalado, que por motivo de esto último "...se acusó al texto de 1919 de un relativismo positivista acompañado de un cierto "indiferentismo axiológico", que habría permitido el ascenso al poder del partido nacionalsocialista por la simple regla de la mayoría. Y la posterior modificación implícita, prácticamente continua, del propio texto constitucional, ignorando y pervirtiendo los valores fundamentales en él contenidos..."¹⁵².

A raíz de esto, muchos doctrinarios alemanes buscaron que el nuevo derecho alemán, con el nacimiento de una nueva Constitución (la Ley Fundamental de Bonn), se viera inspirado en principios iusnaturalistas, por ser estos principios esenciales pre-estatales. Uno de estos autores fue Otto Bachof, quien en 1951,

¹⁵² BACHOF, Otto. *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*, Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 13. Prologo realizado por Díaz Revorio y García Belaunde.

en un discurso en su lección inaugural en la Universidad de Heidelberg crearía una nueva figura del derecho Constitucional moderno, esta era la de la existencia de normas Constitucionales Inconstitucionales.

Si bien esta obra tiene una total inspiración en el Derecho Natural, se cree que pueden existir inconstitucionalidades de las normas constitucionales sin necesidad de que todas ellas se fundamenten en un derecho metapositivo. En otras palabras, existen inconstitucionalidades de las normas constitucionales, unas fundamentadas en el Derecho Natural, y otras, fundamentadas en incongruencias del derecho positivo.

Se podría señalar que hablar de la inconstitucionalidad dentro de la Constitución es un absurdo no solo jurídico sino también lógico o una paradoja, pues salta a la vista lo siguiente no puede “ser y no ser al mismo tiempo”. Sin embargo, como hemos señalado, han existido algunos autores que se han atrevido a señalar la posibilidad de inconstitucionalidades dentro de la Constitución, o en un aspecto más amplio, la Inconstitucionalidad de la Norma Fundamental.

Se pretende demostrar mediante esta tesis no solo la posibilidad de la existencia de normas Constitucionales inconstitucionales sino también el remedio jurídico que utilizaríamos para resolver dichas incongruencias normativas en nuestro ordenamiento.

Pero, para explicar nuestra posición debemos de partir de algunas ideas básicas del derecho constitucional que nos ayudará a construir los cimientos para desarrollar nuestra teoría, estas ideas servirán de fundamento para desarrollar, posteriormente, las ideas claves sobre la teoría de la inconstitucionalidad dentro de la Carta Magna.

2.1.1. La Constitución como norma guía del ordenamiento en la época bachofniana

La Constitución es la norma suprema que tiene todo Estado; no obstante, el reconocimiento de esta supremacía normativa se ha debido a un largo desarrollo histórico, el cual ha sido denominado Proceso de Constitucionalismo.

Este proceso no ha sido simple, más bien, como han mencionado diversos autores, ha sido una evolución de siglos que tuvo su culminación en el Siglo XX. Así lo han señalado DÍAZ REVORIO ---6 GARCÍA BELAUNDE cuando han mencionado que "...en términos históricos, el Derecho Constitucional es una de las más jóvenes disciplinas jurídicas, si se compara con otras ramas fundamentales, como el Derecho Civil o el Derecho Penal. Estas, de una u otra forma, tienen una existencia multiseccular o incluso milenaria, mientras que el Derecho Constitucional no puede remontarse más allá de un par de centurias..."¹⁵³.

Por eso, este proceso resalta la importancia de la norma fundamental, pues como ha mencionado MEJÍA "...de este modo se entiende por ley fundamental, como aquella ley, a la que el Estado debe su existencia, y cuya destrucción significaría la destrucción del Estado mismo, es decir, aquella que expresa el pacto social en virtud del cual surge el Estado."¹⁵⁴.

La supremacía de esta norma proviene de su origen, debido a que la misma nace de la voluntad del Poder Constituyente, que no es otro, que la representación del pueblo. He ahí la importancia de dicho cuerpo normativo, en él no solo encontramos un conjunto de enunciados normativos, sino el espíritu del Estado, elegido por el componente más importante de este, el pueblo. Son los representantes del pueblo quienes eligen cómo debe desarrollarse el Estado, a través de una Constitución. Eligen qué principios lo deben regir y, debido a esta potestad conferida deciden cuándo ponerle fin a una Carta Magna y reemplazarla por otra.

Por lo tanto, no es ajeno a nosotros, aquel símil que se hace entre la Constitución y una brújula, pues la Norma Fundamental se convierte en aquella brújula que orienta al Estado a encontrar el camino por el cual piensa desarrollarse, marca dicho espíritu estatal y sirve como instrumento orientador del Estado mismo.

¹⁵³ BACHOF, Op. Cit., p. 9.

¹⁵⁴ MEJÍA, Henry Alexander. *Evolución Histórica Del Derecho Constitucional*, Madrid. [UBICADO el 10-IX- 2017] Obtenido de: <https://slidedoc.es/evolucion-historica-del-derecho-constitucional>

Además de brújula orientadora, la Ley Fundamental también implica cultura, como ha señalado el maestro HÄBERLE:

“...La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene también una eficacia esencial como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias «culturales» transmitidas. De aquí resultará que, en adelante, sea más profunda su validez (cultural). Lo recoge de modo muy excelso aquella imagen de Goethe, retomada por H. Heller, según la cual la Constitución es «una forma impresa que se desarrolla viviendo»...”¹⁵⁵.

La importancia de la Constitución radicarán entonces por ser tanto la guía que dirige al Estado como la esencia que le da vida, por representar la cultura jurídica y no jurídica con la que el Poder Constituyente se siente representado. Por esto, es importante alejar del sistema todas aquellas contradicciones que puedan vulnerar al espíritu que orienta al Estado. Esto, por ir en contra de los designios que el Poder Constituyente erigió al momento de dictar la Carta Magna.

En virtud a lo antes expuesto, es que la Constitución es norma suprema, y por lo tanto debe prevalecer sobre cualquier otra norma de menor rango. Así lo ha señalado DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, cuando ha mencionado que la supremacía de la Norma Fundamental tiene dos vertientes:

“La Constitución contiene como una de sus características más distintivas el ser suprema. Esta supremacía radica en dos vertientes esenciales: 1) la formal, y 2) la material. La Constitución es formal al ser una ley que, a diferencia de

¹⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Editorial TECNOS, 2000, p. 191.

otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas. Y en otro sentido es material, ya que en la Constitución se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes.”¹⁵⁶

Es por esto que a raíz de la Constitución se crea el llamado Orden Constitucional. El Orden Constitucional es el resultante ideal de la filosofía e idiosincrasia de una nación, asentada en un territorio y fundada en paradigmas que forman al Estado como tal. Así, este será el parámetro para determinar la relación de cualquier acto constituido con la Ley Fundamental.

2.1.2. Control de Constitucionalidad de normas constitucionales inconstitucionales

Para respetar el Orden Constitucional existe un control de las normas, llamado control de constitucionalidad; este engloba los recursos jurídicos diseñados para verificar la correspondencia entre los actos emitidos por quienes decretan el poder constituido y la Constitución; por lo cual, se anularán los actos que quebranten los principios constitucionales o el espíritu que señale la Norma Fundamental, en sí, cualquier figura contraria a la Carta Magna.

Tomando la definición expuesta de Control de Constitucionalidad, podemos señalar que este conjunto de remedios es muy variado, dependiendo de cada ordenamiento, y permite resolver las diferentes incongruencias que se presenten entre el Poder Constituido y la Constitución.

Partiendo del Sistema adoptado por los diferentes países, puede existir un Control Difuso de la Constitución, propio de los países anglosajones, en donde es el Poder Judicial el encargado de controlar la compatibilidad de las acciones del Poder Constituido con la Carta Magna; puede existir un Control Concentrado, donde es un órgano ad-hoc el encargado de resolver dicha incompatibilidad. Asimismo, puede existir un Control Mixto, como el adoptado

¹⁵⁶ DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*, México, 2011, p. 4.

por el ordenamiento peruano, donde los jueces ordinarios puedan inaplicar las normas contrarias a la Constitución, y un órgano ad-hoc, como el Tribunal Constitucional, puede declarar la inconstitucionalidad de dichas normas.

Por último, también se puede hablar de un Control Legislativo de la Constitucionalidad, el cual más que un mecanismo, es un formalismo relacionado a la dación de las normas; esto es, que al momento de dictar las leyes estas sean acordes a la Constitución.

Además, se puede señalar que las Garantías Constitucionales son mecanismos propios (o remedios) del Control de Constitucionalidad que buscan erradicar del sistema todo acto estatal o particular contrario a la Norma Fundamental. Por ejemplo, el Habeas Corpus, Habeas Data y la Acción de Amparo buscan proteger los Derechos fundamentales violentados por una institución o un particular, que encuentran su fundamento en los derechos reconocidos por la Constitución¹⁵⁷; o la Acción de Cumplimiento, que busca que las autoridades cumplan con las responsabilidades señaladas por ley ante su renuente actuación.

Pero, aparte de las mencionadas, se erige la principal Garantía Constitucional, perfecta para erradicar cualquier incompatibilidad con el Orden Constitucional, esta es la Acción de Inconstitucionalidad, que busca desterrar del sistema toda norma de rango legal que contravenga a la Constitución.

Para desarrollar esta idea partiremos de la definición de la inconstitucionalidad. Este vocablo hace referencia a la incompatibilidad de una norma con la Constitución; o, en otro sentido, cuando una norma es ajena al espíritu que la Carta Magna da del Estado. Es, por lo tanto, una norma ajena a la idea de Estado que el poder constituyente ha esgrimido. Lo anteriormente señalado nos demuestra que la norma inconstitucional no solo es contraria a la Ley Fundamental, sino también, que la misma es contraria a la idea de Estado que profesamos.

¹⁵⁷ Entiéndase también, que se puede promover dichas acciones a favor de derechos no reconocidos en la Constitución, por lo señalado en el artículo 3 de la Constitución, que establece un *numerus apertus* de derechos fundamentales.

Esta norma no puede seguir existiendo en el sistema, sino que debe ser erradicada de este. NINO lo señalaba cuando decía “Si aceptamos que para que una norma pertenezca al sistema tiene que o bien ser una norma primitiva o bien haber sido dictada de acuerdo con otra norma del sistema, una ley inconstitucional no es una norma del sistema jurídico por más que su obediencia sea obligatoria de acuerdo al sistema jurídico. Si hablamos de ‘validez’ o ‘existencia’ con el sentido descriptivo de pertenencia a un sistema, una ley inconstitucional es inválida o inexistente”¹⁵⁸.

Y la distinción entre esta acción y los otros recursos radica en que no busca tutelar un derecho subjetivo de quien la invoca en el proceso, sino que busca respetar al Estado y a la Constitución en sí, o en palabras de BRAGE CAMAZANO su naturaleza radica en ser “...un proceso objetivo sin partes que actúen en defensa de intereses propios, sino que los intervinientes actúan para defender la supremacía constitucional como interés general...”¹⁵⁹.

Entonces, la Acción de Inconstitucionalidad surge como remedio jurídico para expulsar del sistema todas aquellas normas contrarias a la Norma Fundamental. Resaltamos el hecho de referirnos a normas y no a leyes; creemos que si bien existe la Acción Popular como remedio para erradicar todas aquellas normas de rango infra legal, no existe una acción para resolver los problemas de incompatibilidad entre la misma norma Constitucional y la Constitución en sí.

Hemos mencionado que el Control de Constitucionalidad sirve para erradicar aquellos actos del Poder Constituido que contravienen los designios del Poder Constituyente, en otras palabras, el espíritu de la Constitución. Pero, como mencionamos, este último poder es quien crea la Carta Magna como medio para concretar sus fines, y es quien le da vida y espíritu al estado; entonces hemos de preguntarnos si dicho poder es ajeno al error o no.

Consideramos que no, el Poder Constituyente no es libre de error, no por decisiones políticas o al momento de establecer los principios básicos del

¹⁵⁸ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 156.

¹⁵⁹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción peruana de inconstitucionalidad*, 2014 [UBICADO EL 14-XI-2017] Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12525>

Estado, sino cuando existen ciertas incongruencias dentro de la misma Constitución. Por ejemplo, en el artículo 2 inciso 1, la Carta Política reconoce que toda persona tiene derecho a la vida; y en su inciso 2, reconoce la igualdad ante la Ley; sin embargo en su artículo 140 la misma norma regula que la pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria y de terrorismo. Frente a esto, nos preguntamos ¿qué ha querido señalar el Poder Constituyente? Acaso todas las personas tienen derecho a la vida, excepto los condenados por terrorismo, o, es que la misma Norma Fundamental hace una diferenciación, no permitida por lo señalado en su artículo segundo inciso 2, entre las personas. Con este pequeño ejemplo queremos demostrar que el Poder Constituyente no es ajeno al error, como el Tribunal Constitucional había señalado¹⁶⁰. Este problema será el centro de la presente tesis, sobre la cual plantaremos nuestro análisis y posible solución.

Podemos, traer a colación las palabras de los autores GARCÍA BELAUNDE & DÍAZ REVORIO cuando señalan "...solo en este momento logran afianzarse las ideas de que el poder no está por encima del Derecho, sino que se somete a él; de que el Derecho no solo es obra del poder, sino límite al mismo; de que la limitación del poder implica su separación o división, así como la necesidad de una norma suprema que establezca esos límites y prevalezca sobre cualquier otra norma; **de que el único poder legítimo es el que procede del pueblo, y de que aun éste encuentra sus límites en el sometimiento al Derecho y en el respeto y garantía de los derechos humanos**, de forma que nunca la voluntad de la mayoría puede privar de sus derechos a la minoría, ni a la más pequeña de las minorías, que es el individuo..."¹⁶¹ (el resaltado es nuestro).

Como han mencionado dichos autores en el prefacio de la traducción de la obra de Otto Bachof, el poder del pueblo no es ilimitado; lo contrario solo significaría dotar al Poder Constituyente de unas prerrogativas indeterminadas que pueden contravenir a los deseos propios de este. Es más, se puede señalar que si bien el pueblo crea al Derecho, también se sujeta a este, no por

¹⁶⁰ STC del 10 de diciembre del 2003. {Expediente N.º 014-2003-AI/TC} Fundamento jurídico décimo quinto.

¹⁶¹ BACHOF, Op Cit., p. 10.

principios Constitucionales, sino por principios pre-estatales como son aquellas máximas de la ley natural, a las cuales podemos llegar con el uso de la razón.

Sobre el tema de fondo, BACHOF establecía que existía "...la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, de normas constitucionales inválidas, así como su enjuiciamiento, representa en la práctica un importante y actual problema constitucional."¹⁶².

El autor alemán prefería usar el término normas constitucionales inválidas que el de normas Constitucionales inconstitucionales, pero esto no le impidió que su laboriosa tesis llevara de nombre "Verfassungswidrige verfassungsnormen?", lo cual es traducido como normas constitucionales inconstitucionales. Dicho término será el que preferimos pues si bien puede desprenderse un carácter ilógico de dicho término, se entenderá cuando hablemos de los aspectos formales y materiales de la Constitución.

Como se ha señalado "... la expresión normas constitucionales inconstitucionales más que paradójica implicaría una contradicción lógica. Pero (esto) se desvanece en cuanto hablamos de normas inválidas o no vinculantes. La cuestión toca puntos neurálgicos, como la validez material del derecho, el concepto mismo de Constitución, sus vertientes formal y material, el derecho supraconstitucional, la esencia del poder constituyente y aun del derecho procesal constitucional."¹⁶³.

Aun cuando posteriormente, surgirían autores con una posición contraria a la teoría bachofniana, nosotros nos terminaremos decantando por la del autor alemán. No solo encontramos en esta teoría una mayor lógica, sino que implica un avance en el Derecho Constitucional moderno, pues se fundamenta en principios pre-estatales como en los límites mínimos de la coherencia normativa.

¹⁶² BACHOF, Op Cit., p. 31.

¹⁶³ CLARIN OPINIÓN. *¿Una Constitución inconstitucional?* 1998. [UBICADO EL 09-IX-2017] Obtenido de: https://www.clarin.com/opinion/constitucion-inconstitucional_0_Bk0WnPgJLhe.html

2.1.3. ¿Pueden existir normas Constitucionales Inconstitucionales?

Una vez establecidas las cuestiones básicas a tener en cuenta, es necesario explicar si puede existir un Control de Constitucionalidad sobre Normas Constitucionales.

Nosotros creemos que sí, partiendo primero de que sí pueden existir incongruencias (o inconstitucionalidades) dentro de la Constitución, o como menciona PFERSMANN "...la existencia de dos o más normas de naturaleza «constitucional» que requieren, prohíben o autorizan actos que resulta imposible ejecutar simultáneamente ,o en otras palabras, un *conflicto* de normas dentro de la «Constitución»..."¹⁶⁴.

Esta realidad hace factible y habilita un Control de Constitucionalidad. Por lo tanto y en contraste de las diferentes posturas dentro de la doctrina y de la jurisprudencia, creemos que no se puede hacer de la vista gorda frente a estas incongruencias.

En apoyo a nuestra postura de que sí puede existir una norma constitucional inconstitucional, recurrimos al fundamento iusfilosófico que posibilita la existencia de este tipo de incongruencias, para lo cual contestaremos la siguiente interrogante: ¿El poder constituyente se puede equivocar?

Tal vez suene extraño hablar sobre la posibilidad del error en las decisiones del Poder Constituyente; sin embargo como cualquier órgano compuesto por seres humanos no es ajeno al error; aun así, existen diferentes puntos doctrinarios que consideran que esto se tornaría en un absurdo , no por el hecho de señalar que el Poder Constituyente pueda cometer errores, sino porque admitir dichos errores significaría desestabilizar los principios constitucionales mismos, la validez de la Carta Magna como de las instituciones que este crea.

No obstante, consideramos que atribuirle al Poder Constituyente la cualidad de infalible sería como decir que el Poder Legislativo también lo es, en consecuencia, ninguna norma podría ser recurrida. Si bien existe una diferencia

¹⁶⁴ PFERSMANN, Otto. *Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Una Perspectiva Normativista*. [UBICADO el 10 -X- 2017] Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4560794.pdf>

notoria entre Poder Constituyente y Poder Constituido, ambos poderes están compuestos por seres humanos, y como tales no son libres del error, la contradicción y/o la incongruencia.

De esto último se puede señalar cuáles son los tipos de errores en los que pueden caer los constituyentes o legisladores: una norma que es contradictoria con otra, una norma sin sentido, o una norma que atente contra algo superior. Sobre los dos primeros no se genera mayor problema, pero sobre el último se puede señalar que si bien a nivel legislativo sí se puede hablar de la existencia de una norma superior, que sería la Constitución, sobre esta no se puede afirmar que exista algo superior a ella. Si bien compartimos esta idea cuando nos referimos al rango de normas, debemos aclarar que sí existen otras cuestiones superiores a la norma magna, ya que como señalaron GARCÍA BELAUNDE & DÍAZ REVORIO “aún éste (el poder del pueblo, o Constituyente) encuentra sus límites en el sometimiento al Derecho y en el respeto y garantía de los derechos humanos”¹⁶⁵¹⁶⁶.

El respeto de los principios del Derecho y el reconocimiento de los derechos humanos son dos de los límites que tiene todo Poder Constituyente. Por más que sea este poder la expresión del pueblo, este no puede contravenir uno de los fundamentos del Derecho, que es la persona humana y su dignidad.

Considerar que el Poder Constituyente es ajeno al error, solo por ostentar dicho título, sería como convertirlo en una versión jurídica del San Pedro bíblico, capaz de atar y desatar el derecho y los derechos humanos a su antojo y sin limitaciones¹⁶⁷, y todo esto fundamentado en ser los representantes del pueblo. Pero esto nos lleva a preguntarnos si acaso el poder legislativo (que es poder

¹⁶⁵ BACHOF, Op Cit., p. 10.

¹⁶⁶ También podríamos mencionar aquellos conceptos sobre la Norma Fundante de Kelsen o la Regla de Reconocimiento de Hart, pero consideramos que estas teorías insuficientes para explicar algunas cuestiones sobre el derecho pre-estatal o superior a la Constitución. Por lo tanto, recurriremos a aquellos bosquejos del derecho natural para sustentar nuestra posición, en primer lugar por el grado de universalidad que este posee, y en segundo lugar pues no se basa en criterios hipotéticos como la Norma Fundante de Kelsen, o en concepciones relativas como la Regla de Reconocimiento de Hart.

¹⁶⁷ En relación al versículo de la Biblia Cristiana donde Jesús le señala a uno de sus apóstoles Pedro y le dice: “Yo te daré las llaves del reino de los cielos; y lo que ates en la tierra, será atado en los cielos; y lo que desates en la tierra, será desatado en los cielos.”

constituido) no son también representantes del pueblo; y frente a esto, por qué este sí puede cometer error y el anterior no.

Toda acción de control constitucional no nace con una intención de afrenta o conflicto entre Poder Constituyente y Poder Constituido, sino que por el contrario existen porque reconocen la falibilidad de los miembros que componen a dicho Poder Constituido (el legislativo). Esta predisposición al error es propia de la naturaleza humana, negar esto sería como quitarle la humanidad al Poder Constituyente y equiparar al Derecho Constitucional con una suerte de derecho divino, parecido al que los escolásticos señalaban.

Si bien estos últimos párrafos tienen un contenido más iusfilosófico, debemos centrarnos en cuál sería el fundamento constitucional de la existencia de incongruencias dentro de la Carta Magna. Así, para OTTO BACHOF, la posibilidad de la existencia de las normas constitucionales inconstitucionales tenía un fundamento entre la distinción entre la Constitución en sentido formal y el sentido material.

Como señala ETO CRUZ, "...Bachof establece que la distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material conduce, igualmente, a la distinción entre la inconstitucionalidad de normas jurídicas resultantes de la infracción de la Constitución escrita (formal) y aquella resultante de la infracción de derecho constitucional material no escrito."¹⁶⁸ Este sería el criterio rector de Otto Bachof para la tipología de las normas constitucionales inconstitucionales.

Dicho criterio consiste en que el Derecho formal constitucional es aquel derecho que tiene un contexto escrito, así se hace referencia a las normas constitucionales reconocidas en la norma suprema. Y por otro lado, el derecho material constitucional es aquel derecho que ejerce como el espíritu que inspira a la Carta Magna.

Sin embargo, dicha concepción ha quedado desfasada al analizar la situación actual del constitucionalismo peruano. Ahora, se puede ver que normas

¹⁶⁸ ETO CRUZ, Gerardo. *Luces y sombras a medio siglo de una propuesta. Las normas constitucionales inconstitucionales*, Pensamiento Constitucional, Año IX N° 9, p 4.

constitucionales materiales también tengan un sustento escrito, por lo cual recurriremos a la idea de DEL ROSARIO sobre el sentido material y formal. Este autor señala que “La Constitución contiene como una de sus características más distintivas el ser suprema. Esta supremacía radica en dos vertientes esenciales: 1) la formal, y 2) la material. La Constitución es formal al ser una ley que, a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas. Y en otro sentido es material, ya que en la Constitución se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes.”¹⁶⁹¹⁷⁰.

Para BACHOF, este criterio sería el diferenciador que crearía los tipos de formas de inconstitucionalidad de la constitución.

Por lo tanto, pueden existir infracciones a la Constitución en su sentido formal como en su sentido material. Así, podría presentarse una contradicción en la norma Constitucional en sentido formal cuando, por ejemplo, de la lectura de los artículos 90°, 102° inciso 1, 103° y 104° se desprende que la función legislativa solo le corresponde al Congreso de la República y, en forma de delegación, al Poder Ejecutivo. Pero, con posterioridad el artículo 200° inciso 4 de la Norma Fundamental señale que tienen rango legal las ordenanzas municipales. Y una contradicción en el sentido material se produce cuando el artículo 2° inciso 1 de la Constitución señala que “toda persona tiene derecho a la vida...”, pero de la lectura del artículo 140° se establecen las causales de la pena de muerte en el Perú. Esta contradicción sería de tipo material, pues contravendría a los valores y principios que han regido al momento de dictar la Carta Magna.

¹⁶⁹ DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Op. Cit., p. 4.

¹⁷⁰ Debemos acotar que existen diferentes interpretaciones sobre el sentido formal y material de una norma Constitucional, podemos señalar a la visión Kelseniana que identifica que el sentido formal hace referencia al cuerpo normativo llamado Constitución, y la material al conjunto de principios y valores que esta fundamentan. Como también nuevas posiciones que identifican al sentido formal con la parte orgánica de la Constitución y al sentido material con la parte dogmática. Para efectos de este trabajo, y como se desprenderá de los posteriores puntos, tomaremos ambas posturas, pues consideramos que es en sí la que proponían los planteamientos bachofnianos.

Para nosotros, ambos tipos de infracciones se deberían alejar del sistema, bajo las consideraciones que mantener una inconstitucionalidad dentro del sistema solo trae la corrupción del mismo y que si una norma de rango inferior que contraviene al sistema debe ser erradicada, lo mismo debe ser pregonado de la norma que fundamenta a todo el Estado.

Ahora, al momento de separar estas contradicciones del marco normativo, deben tener una mayor incidencia aquellas infracciones de la Constitución en su vertiente material. Lo expuesto se entiende porque si bien las infracciones de la vertiente formal de la Constitución generan conflicto entre los órganos del estado y el sistema que la Carta Magna crea, la infracción a la vertiente material contraviene a principios pre-constitucionales, al espíritu mismo del Estado y a la persona misma, que es el fundamento del Estado Constitucional.

Así lo ha entendido CASTILLO CÓRDOVA cuando ha señalado que “...los derechos humanos son exigencias de justicia que preexisten y son independientes de la decisión del Constituyente. Los bienes humanos son debidos por ser el titular quien es, no porque fueron o no reconocidos por el Constituyente. Es decir, lo justo (el *ius*) que se formula desde y para la Persona tiene existencia previa al acto constituyente positivador. De esta manera, pues, la Constitución viene necesariamente vinculada a exigencias de justicia. Si lo justo tiene que ver con dar a cada quien lo que le corresponde, lo primero que le corresponde a la Persona es el reconocimiento de lo que como absoluto que es (fin en sí misma) reclama: su máxima realización posible desde la consecución o el goce de una serie de bienes humanos a través de los cuales llegará a satisfacer exigencias y carencias esenciales, logrando con ello grados de perfeccionamiento y realización...”¹⁷¹.

Por lo tanto, la Carta Magna no es una norma que nace solo del Poder Constituyente, sino que a su vez reconoce situaciones pre estatales, o mejor llamadas pre constitucionales; estas son: el fundamento del mismo Estado, la defensa de la persona, entre otras situaciones. Así lo ha entendido CASTILLO, cuando ha señalado con posterioridad que “...Una Constitución que no

¹⁷¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La Constitución como Objeto de Control Constitucional*, Repositorio Institucional PIRHUA, Julio del 2012, Universidad de Piura, p.5.

reconozca y trate como fin a la Persona a través del reconocimiento y aseguramiento de sus derechos humanos (derechos fundamentales), no es una verdadera Constitución, aun cuando ella misma se (auto) denomine como Constitución, porque estaría negando la esencia de lo que la Constitución es: su contenido material representado por las exigencias de justicia que se formulan desde y para la Persona...¹⁷².

No obstante, las inconstitucionalidades dentro de la Constitución de la vertiente material no solo tendrían como fundamento al Derecho Natural, sino también situaciones que conformen aquel “espíritu” o principios que sustenten al Estado. Así, por ejemplo una norma constitucional que consagre una situación contraria al espíritu estatal se configuraría como una Inconstitucionalidad. Si bien este tipo de incongruencias sería muy difícil de encontrar de manera originaria, sí se puede hallar en las reformas constitucionales cuando estas cambien el espíritu estatal, o lo que en la doctrina mexicana se ha llamado “decisiones políticas fundamentales”.

Así lo ha expresado ALLIER cuando ha señalado que los autores mexicanos “...coinciden en señalar que sería inconstitucional una reforma que pretendiera quitar de la Carta Magna, alguna de las decisiones políticas fundamentales, por ser estos principios y valores límites no expresados al órgano revisor de la Constitución y que, si se rebasan, se debe salir inmediatamente en su defensa. La doctrina mexicana no ha sido ajena a esta teoría de la supremacía de las decisiones políticas fundamentales, pues autores como Emilio Rabasa, José María Castillo Velasco y Mario de la Cueva, entre otros, coinciden en la irreformabilidad de aquéllas.”¹⁷³.

Para el autor mexicano serían inconstitucionales todas aquellas reformas Constitucionales que contravengan a ese sentido material de la Norma Fundamental. Ellos incluso señalan cuáles serían aquellas decisiones políticas fundamentales libres de reforma, porque de hacerlo contraviene al Sistema mismo, pero sobre este punto ya volveremos en su debido tiempo.

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ ALLIER, Jaime. *Inconstitucionalidad de normas Constitucionales*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 31, México, 2011, p. 59.

Debemos señalar que la posición de la doctrina sobre el tema no ha sido unánime. A nivel nacional solo existen dos autores que se han pronunciado sobre el tema, estos son el ex magistrado del Tribunal Constitucional Eto Cruz y Castillo Córdova, ambos autores apoyando la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales.

Pero las mayores críticas que se pueden hacer sobre el tema han venido de parte de la doctrina extranjera. Los constitucionalistas chilenos ZUÑIGA URBINA Y CÁRCAMO TAPIA utilizan una sentencia Hondureña¹⁷⁴ como pretexto para señalar que declarar que una norma Constitucional Inconstitucional es un caso de “constitucionalismo abusivo”.

Para ambos autores, la Sala Hondureña ha realizado un Constitucionalismo Abusivo en pro del Iusnaturalismo cuando “...insólitamente, la Sala se da a sí misma la atribución de inaplicar o “derogar” normas constitucionales: “Para resolver el problema planteado esta Sala debe interpretar la Constitución como un todo, en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, considerando a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado (Artículo 59 de la Constitución) y la jurisprudencia de la Corte IDH, confrontando las normas impugnadas con el texto constitucional en su conjunto, y los tratados internacionales ratificados por la República antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, de carácter vinculante, solo así se podrá verificar si existe incoherencia y restricción de derechos fundamentales en el mismo texto constitucional, en cuyo caso las normas constitucionales impugnadas pudieran perder operatividad o ser desaplicadas”¹⁷⁵.

Ambos doctrinarios apuntan que a raíz de la posiciones iusnaturalistas que tomaron los autores alemanes a partir de la Segunda Guerra Mundial, estas han hecho que el actual neoconstitucionalismo se haya configurado en un Constitucionalismo abusivo, el cual, amparado en el Derecho Natural, busca

¹⁷⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras Rol N° 1343-2014.

¹⁷⁵ ZUÑIGA, Francisco & CÁRCAMO, Roberto. *¿Inconstitucionalidad de normas Constitucionales? Un caso de Constitucionalismo Abusivo*, Revista Derecho Público Iberoamericano N° 7, Chile, Comentarios de Jurisprudencia, 2015, p. 223.

“constitucionalizar” todo, o incluso ir en contra de la propia Constitución en base a este derecho natural.

Nosotros no compartimos la opinión de los autores, pues si bien es cierto que - como ellos señalan- el Derecho Constitucional se ha visto influenciado por el Derecho Natural a raíz de los cambios sufridos después de la Segunda Guerra Mundial, negarle el carácter especial que tiene la persona dentro del Derecho Constitucional es ir en contra del fundamento del Estado mismo. Creemos que una Constitución que no reconozca que el Estado se erige para proteger a la persona no es verdadera Constitución, a pesar de que se autodenomine de esa manera.

Por lo tanto, una Norma Fundamental que en su ser contenga disposiciones que afecten a la persona humana¹⁷⁶ no es realmente una Constitución, y si en la parte dogmática de esta, se señalan derechos de la persona, pero en la parte orgánica se contravengan, estamos ante una verdadera inconstitucionalidad dentro de la Constitución.

Cuestión diferente sería si los autores hubieran señalado que el Constitucionalismo se vuelve abusivo cuando un órgano intérprete de la Constitución controla a la Constitución sin razón de esta, o por intereses políticos o personales. En ese caso, sí consideramos que existiría un abusivo control por parte de dicho órgano; pero si es -como ellos mismos lo señalan- para interpretar a la Carta Magna como un todo, y erradicar aquellas contradicciones, nosotros estimamos que no existiría un abuso del Constitucionalismo.

Además, discrepamos de la posición señalada por ambos autores por una razón más. Su artículo está, en parte, dirigido a criticar al iusnaturalismo, y a la supuesta influencia que este ha ejercido sobre el neoconstitucionalismo; sin embargo, como hemos señalado, pueden existir inconstitucionalidades dentro de la Constitución que no se refieran a violaciones del derecho material reconocido por la Carta Magna.

¹⁷⁶ Como el artículo 140 de la Constitución Peruana o lo que ocurría con la Constitución Hondureña que más adelante abarcaremos.

Por lo tanto, si hay incongruencias dentro de la Constitución sobre la estructura del Estado, cabría preguntarse si desde la perspectiva de los autores estaríamos ante un caso de Constitucionalismo abusivo.

Perspectiva parecida han mantenido DÍAZ REVORIO & GARCÍA BELAUNDE cuando estos señalan que "...Desde este especial punto de vista, la defensa de las normas constitucionales inconstitucionales supone el abandono de las tesis más estrictamente positivistas o, si se quiere, del concepto de Constitución en sentido puramente formal. Sin embargo, ello no supone necesariamente suscribir tesis iusnaturalistas, sino solamente encontrar un fundamento a esa superioridad de ciertos valores fundamentales (estén o no en la Constitución formal) sobre los preceptos constitucionales escritos"¹⁷⁷.

Y es que, en esencia, como lo han señalado los autores, adscribirse a la presente tesis es abandonar aquellas ideas de que la Constitución es solo norma positiva, nacida de la voluntad del Poder Constituyente, y que este último es libre del error. Debemos resaltar también que los autores señalan que la tesis en cuestión puede ser comprendida desde diferentes fundamentos, no solo en el iusnaturalismos.

Por lo tanto, ellos afirman que "...Desde luego, este fundamento podría encontrarse en las teorías iusnaturalistas. Pero también en el decisionismo schmittiano, pues la distinción entre "Constitución" y "ley constitucional", según la cual aquélla es la decisión política fundamental del titular del Poder constituyente, justifica igualmente la posible existencia de disposiciones inconstitucionales en la misma "ley constitucional". E igualmente pueden apuntarse otros posibles fundamentos para que ciertos preceptos de la norma suprema puedan ser considerados "inconstitucionales", es decir, para sostener que el poder constituyente encuentra límites suprapositivos cuyo respeto es condición de validez de los mismos preceptos de la Constitución escrita, y en esta línea se ha hablado de la vinculación a "principios supremos, generalmente reconocidos, a las normas jurídicas fundamentales más importantes de nuestra cultura jurídica común"."¹⁷⁸.

¹⁷⁷ BACHOF, Op. Cit., p. 17.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

En consecuencia, afirmamos que la posibilidad de normas Constitucionales Inconstitucionales, no solo debe un fundamento al iusnaturalismo, y que se puede presentar de hecho en la realidad. Esta posibilidad es denominada por los constitucionalistas alemanes como “antinomias constitucionales”, la cual en palabras de VALLE RIESTRA “...La teoría alemana de las antinomias constitucionales, considera la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, tiene cabida en este proceso, pues ella se funda en la jerarquía entre disposiciones constitucionales (verbigracia, supremacía de normas dogmáticas sobre normas orgánicas), y está destinada a aplicarse en aquellos casos extremos...en los que la contradicción normativa impide al intérprete aplicar el principio general de armonización...”¹⁷⁹.

Señalado esto debemos, por lo tanto, preguntarnos cuál es el tratamiento que estas antinomias pueden tener en el ordenamiento peruano.

2.1.4. La imposibilidad de acción de inconstitucionalidad de norma Constitucional en base al artículo 200 inciso 4 de la Carta Magna de 1993

Partiendo de la lectura del artículo 200 inc.4 de la Norma Fundamental Política del Perú, este señala que “**La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley:** leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.”(El resaltado es nuestro).

De la lectura de dicho artículo, podríamos concluir que una Acción de Inconstitucionalidad de normas constitucionales sería inviable, pues no ha sido prevista entre las cuestiones sobre la que se puede promover dicha garantía constitucional.

La mencionada disposición ha sido repetida en diferentes normas de diferentes cuerpos normativos. Así, el artículo 75° del Código Procesal Constitucional señala que “(...) por contravenir el artículo 106 de la Constitución, se puede

¹⁷⁹ VALLE RIESTRA, Javier. *No todo lo que está en la Constitución es constitucional* [UBICADO el 17 -XI- 2018] Obtenido de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/234ECE3D24A20D0005257CEF00723100/\\$FILE/jvr2.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/234ECE3D24A20D0005257CEF00723100/$FILE/jvr2.pdf)

demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal.”

Lo mismo se puede apreciar del artículo 77° del mismo cuerpo normativo, cuando dicta que “La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.”.

Como se aprecia de la lectura tanto de la Constitución, como del Código Procesal Constitucional, sería inviable (improcedente) cualquier acción de inconstitucionalidad que buscase declarar la incompatibilidad de una norma constitucional con la misma Norma Fundamental. Todo esto se produce porque no existe dentro de las causales de inconstitucionalidad del artículo 200 inciso 4 una que prevea la inconstitucionalidad de normas de rango constitucional.

Frente a esto, es válido preguntarnos ¿Una norma abiertamente ajena al sistema se puede mantener en este a pesar de su declarada contrariedad al mismo, solo porque no existe el mecanismo efectivo que permitiría excluirla?

Este tipo de pensamiento es más contrario al sistema que el pasar por alto la incompatibilidad de una norma consigo misma¹⁸⁰. El simple hecho de dejar una norma dentro del ordenamiento a pesar de su incompatibilidad, por no contar con medios expresamente señalados para su eliminación, nos estaría demostrando la peligrosidad de la literalidad de nuestro sistema.

Si bien hemos señalado que de la lectura del artículo 200 inciso 4 de la Constitución no se podría promover la acción de inconstitucionalidad contra la propia Carta Magna, debemos de resaltar la interpretación que CASTILLO CÓRDOVA ha realizado sobre el tema, en la que ha fundamentado que sí es posible someter a la Carta Magna a un análisis de Control de

¹⁸⁰ Entendiéndose a la Constitución tanto como Norma y a los artículos que la componen de la misma forma.

Constitucionalidad frente al Tribunal Constitucional, debido a una interpretación del artículo 201 de la Carta Magna.

El autor bajo comentario utiliza la siguiente interpretación de la Constitución para establecer la posibilidad de Control de Constitucionalidad de la propia Carta Magna, así si “D 201: El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Desde esta decisión del Constituyente peruano es posible concluir una norma en los términos siguientes: N 201: Está ordenado que el Tribunal Constitucional controle la constitucionalidad de la Constitución.”¹⁸¹.

Además, ha mencionado que “(...) para el caso peruano se facilita tremendamente la justificación a partir del artículo 201 de la Constitución en el que, como se recordará, se define al Tribunal Constitucional como *órgano de control de la Constitución*. De manera que todo el significado que aquí se ha desarrollado acerca de lo que significa controlar a la Constitución, es atribuible al Tribunal Constitucional...”¹⁸².

Si bien es interesante la posición del autor al presentar una posible contradicción que se podría dar entre el artículo 200 y el 201 de la Constitución, no ahondaremos en dicha posición, no porque consideremos que es errada¹⁸³, sino porque creemos que la literalidad constituye un grave peligro en la interpretación del Tribunal Constitucional a nuestra Carta política; y al no estar dentro de las causales sobre la que procede la acción de inconstitucionalidad (que como hemos mencionado, es el control por excelencia), se podría llegar a la interpretación que no se puede realizar un control sobre la Constitución.

Consideramos que en estos momentos se debe resaltar la labor de los Tribunales Constitucionales, como en el caso peruano, ya han podido dar una luz sobre el tema. Pero, ¿cómo debería actuar el Tribunal Constitucional? Hay que recordar que BACHOF señalaba que “junto a ello ha de distinguirse, por un lado, la cuestión jurídico-material de sí y bajo qué circunstancias una norma

¹⁸¹ CASTILLO CÓRDOVA, Op. Cit., p.3.

¹⁸² CASTILLO CÓRDOVA, Op. Cit., p.14.

¹⁸³ Es más, consideramos que dicha posición es acertada y nos plantea un conflicto que debe resolverse, en el EXP. N.º 014-2003-AI/TC el Tribunal Constitucional señala que la propia Constitución no puede ser objeto de Control Constitucional pero de la lectura del artículo 201 se podría entrever que el Poder Constituyente ha previsto el Control de la Constitución, pero no ha señalado el mecanismo para realizarlo.

constitucional puede ser inconstitucional o —en tanto que no caiga en alguna ocasión bajo el concepto de inconstitucionalidad— si puede ser inválida por la contradicción del derecho supralegal y, por otro lado, la cuestión jurídico-procesal sobre la correspondiente competencia jurisdiccional para su control, particularmente de los tribunales constitucionales”¹⁸⁴.

Por lo tanto, no sería ajena esta situación al Tribunal Constitucional, a pesar de que no esté tratada dentro de los alcances del artículo 200 Inciso 4 de la Constitución Política del Perú.

CASTILLO, en su particular posición, ha señalado lo siguiente: “...el Tribunal Constitucional conoce de los procesos de inconstitucionalidad, de amparo, de hábeas corpus, de hábeas data, de cumplimiento y de conflicto de competencias. Consecuentemente, el control de la Constitución (y de su complemento que es el control de la actividad interpretativa constitucional), lo ha de llevar a cabo a través de estos procesos constitucionales.”¹⁸⁵ Así, este órgano *ad-hoc* no podría dejar de pronunciarse sobre la incompatibilidad de una norma constitucional si se ha producido en un proceso que sea de su competencia, a pesar que este no sea el fondo del asunto requerido.

La posición antes expuesta es realmente importante, porque resalta la labor del Tribunal Constitucional, en razón a que no puede dejar de pronunciarse sobre la incompatibilidad entre las norma a pesar de que esta no sea la materia principal del recurso. Sin embargo, consideramos necesario resaltar que el recurso de Control de la Carta Magna por excelencia es la Acción de Inconstitucionalidad.

En este punto creemos conveniente señalar que el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, no podría dejar de pronunciarse sobre aquellas demandas de inconstitucionalidad que atacarían la Constitucionalidad de normas dentro de la Constitución. A diferencia de la sentencia recaída en el expediente EXP. N.º 014-2003-AI/TC, estimamos que de darse el caso, el Tribunal no podría declararlas improcedentes sino que debería pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues mantener una absoluta

¹⁸⁴ BACHOF, Op. Cit., p. 31.

¹⁸⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Op. Cit., p.15.

incompatibilidad dentro del sistema solo generaría el desbalance de la Constitución, como del Tribunal Constitucional.

Así, en su calidad de máximo intérprete, el Tribunal Constitucional debería pronunciarse, pues creemos, que el espíritu de la Inconstitucionalidad, establecida como garantía por la misma Carta Magna, es alejar todas aquellas normas que son ajenas al sistema que esta (y primordialmente el Estado) buscan. Dejar estos errores constituyentes sólo por la no existencia de un respaldo escrito (método) demostraría que aún consideramos que Constitución (y derecho) tienen un carácter interpretativo necesariamente literal.

Si bien la Constitución (o mejor dicho el constituyente), no previó la posibilidad de esgrimir la inconstitucionalidad de normas dentro de la Carta Magna, esto no es eximente para mantener en total ceguera y mudez de dichos errores.

2.1.5. La posición del Tribunal Constitucional peruano

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente EXP. N.º 014-2003-AI/TC¹⁸⁶, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de que una norma constitucional sea inconstitucional.

Recapitulando, en esta acción de inconstitucionalidad, según los recurrentes la promulgación de la Constitución de 1993 violaría a la Norma Fundamental de 1979 pues esta última en su artículo 307 "...establecía que ella no perdía vigencia ni dejaba de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone..."¹⁸⁷, por lo tanto, "...corresponde que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su nulidad, debiendo restablecerse la vigencia de la Constitución de 1979"¹⁸⁸.

Nosotros no pensamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto, pues creemos que el Tribunal Constitucional resolvió correctamente, pero sí cabe mencionar que el mismo señala dos cuestiones importantes. Primero, establece que

¹⁸⁶ ""Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"".

¹⁸⁷ STC del 10 de diciembre del 2003. {Expediente N.º 014-2003-AI/TC}. Antecedentes.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

“...Desde esta perspectiva, la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al Derecho vigente que determina el iter de formación de esa norma jurídica, esto es, que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico.”¹⁸⁹.

Para posteriormente agregar que “...Sin embargo, este criterio de validez, formulado básicamente para explicar el caso de las normas infraconstitucionales, no puede ser trasladado acríticamente al caso de la Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esa posición jerárquica no es el único elemento que la diferencia del resto de las normas jurídicas. También lo son las formas y procedimientos para su elaboración, que, como se sabe, implican un proceso constituyente democrático, sujeto a reglas extrañas al orden normativo preexistente.”¹⁹⁰.

No compartimos la opinión del Tribunal en este último extremo, pues validar dicha lógica, esgrimiría que no importa la forma de dación de una Constitución si esta ha sido realizada por el Poder Constituyente, lo cual generaría la invalidez de las cláusulas de reforma constitucional. Si para cada modificación, solo alegaríamos la intervención de dicho poder constituyente, las normas sobre la reforma, señaladas por la propia Norma Fundamental, perderían eficacia. Y segundo, aunque no se pronuncia al respecto, en su fundamento quince señala que, una norma será válida materialmente cuando su contenido se ajuste a otras normas de rangos superiores. Consideramos que determinar como punto de validez solo la corrección a normas de rango superior equivaldría a poner en peligro cuestiones constitucionales que no tienen un apoyo escrito, como lo ha señalado BACHOF. Es más, es un sinsentido considerar que la coherencia solo se debe realizar con normas de rango más elevado, y no por el contrario, ser coherente en el mismo cuerpo normativo.

¹⁸⁹ STC del 10 de diciembre del 2003. {Expediente N.º 014-2003-AI/TC} Fundamento quinceavo.

¹⁹⁰ STC del 10 de diciembre del 2003. {Expediente N.º 014-2003-AI/TC} Fundamento dieciseisavo.

Sobre los otros puntos controvertidos en la demanda, no entraremos a realizar un análisis, pues no es objeto de este trabajo el considerar los temas de inconstitucionalidad o no de la Carta Magna de 1993¹⁹¹.

Hemos señalado nuestra posición discrepante con ciertos fundamentos señalados por el Tribunal Constitucional, pues dicho órgano ha justificado que no puede existir inconstitucionalidad de una Constitución (o dentro de ella), en base al hecho de que la misma ha sido elaborada por el Poder Constituyente, y por ello, este poder no puede estar atado a límites formales o materiales, como lo señaló en su fundamento jurídico 17. Consideramos que dicha posición generaría un contrasentido, pues en base a ello, el mismo Poder Constituyente no podría establecer cláusulas de reforma, o cláusulas pétreas, lo cual acarrearía un círculo vicioso sobre la posibilidad o imposibilidad de la existencia de límites.

Tampoco compartimos el hecho de que no pueda tener límites materiales en base a que no hay norma superior a ella, pues esta clase de limitaciones, como el Tribunal ha señalado, hacen referencia a la coherencia y compatibilidad con el Sistema. Dicha relación no solo se realiza en razón a las normas de mayor rango con las de menor rango, sino dentro de una misma norma, no pueden existir incoherencias o incompatibilidades en ella.

2.2. La teoría de la Inconstitucionalidad de la Constitución de Otto Bachof a la realidad peruana de la Constitución de 1993

Hemos señalado y fundamentado nuestra posición sobre la posibilidad de Normas Constitucionales Inconstitucionales; por lo tanto, es necesario llegado a este punto, explicar qué tipo de infracciones constitucionales podrían volver una norma Constitucional Inconstitucional.

Consideramos que debemos partir de la fuente, recogiendo lo teórico de la tesis bachofniana pero trayéndola a la realidad peruana, que es lo que acontece. Sin embargo, no es nuestra intención limitarnos únicamente a esta

¹⁹¹ A la cual hay que señalar que al respecto consideramos como el Tribunal Constitucional que la misma norma encontró su legitimidad con el transcurso del tiempo y los gobiernos democráticos elegidos mediante dicha carta.

teoría, sino que también hemos de proponer dos nuevos tipos de normas constitucionales inconstitucionales no planteadas por Bachof en su época.

En tal sentido, BACHOF señalaba ocho tipos de Normas Constitucionales inválidas, estas dependían de la diferenciación entre Derecho Constitucional material y formal. Él partía afirmando que el derecho constitucional formal eran todas aquellas normas referidas a la dación de una norma constitucional, desde su formación hasta la reforma misma de esta, mientras que derecho constitucional material serían todas aquellas normas que conformaban a la misma Constitución.

Así la "...Constitución en sentido *formal* es, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales —particularidades en su aprobación, su denominación y su reforma agravada—, o también la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente el contenido completo —que es, con frecuencia, en mayor o en menor medida circunstancial— de las disposiciones del texto constitucional. Por su parte, con el concepto de Constitución en sentido *material* se alude, en general, al conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado..."¹⁹².

Partiendo de la idea antes expuesta, él señalaría también que esta distinción entre derecho formal y derecho material nos llevaría a hablar de la inspiración que el derecho metapositivo tiene en la Constitución. Así, el derecho metapositivo inspiraría al derecho Constitucional material, pues todas las normas que conformen a la Norma Fundamental encuentran un fundamento pre-estatal.

Sobre todas estas particularidades de la teoría de bachofniana se debe hacer dos precisiones, la primera es la señalada en el acápite anterior sobre derecho formal y material, para efectos de este trabajo nosotros acogeremos esa explicación sobre estos dos tipos de derecho. Pero esto no imposibilita hablar de inconstitucionalidades dentro de la Constitución, a nuestro criterio.

¹⁹² BACHOF, Op. Cit., pp. 58-59.

La segunda precisión sobre las posiciones en la teoría bachofniana es sobre el derecho metapositivo. Bachof señalaba que este derecho metapositivo era el derecho natural, lo cual acarrió que los segmentos más positivistas de la doctrina en su época se opusieran a su tesis, y aún hoy en día parte de la oposición que genera el tema sobre la inconstitucionalidad dentro de la Constitución es el carácter central que Bachof le daba al derecho natural. Esto lo podemos evidenciar en las posiciones de autores como ZUÑIGA o CÁRCAMO.

Si bien consideramos que el derecho natural o metapositivo inspira a las normas estatales y que, por lo tanto, el derecho Constitucional debe respetarlo como límite, en especial en el conflicto que puede haber entre derechos humanos y la estructura del Estado; ello no significa que para esgrimir y defender la teoría de la inconstitucionalidad dentro de la Constitución necesariamente hay que ser iusnaturalistas, sino que inclusive esta defensa puede venir de sectores iuspositivistas.

Esto se sostiene por una connotación lógica, y es que una norma no puede ser y no ser al mismo tiempo. Hemos señalado que la contradicción no solo puede existir en aquellos argumentos del derecho natural, también pueden existir incongruencias en aquellas normas que no han sido influenciadas en ningún momento por el derecho natural, y obviamente esta contradicción acarrearía su inconstitucionalidad.

Ahora, centrándonos en el tema debemos señalar los tipos de inconstitucionalidades. Hemos creído necesario tomar la división que ha hecho BACHOF no solo por ser el pionero del tema sino por ser factiblemente aplicable a la realidad. No pretendemos realizar un resumen monográfico de su investigación, sino que partiendo de la tipología propuesta por él, esta se adecuará a las exigencias del país y la época en la que nos encontramos, como adhiriendo una nueva tipología no prevista en la época en la que vivió Bachof, pues el derecho constitucional ha ido evolucionando a lo que es en la actualidad.

2.2.1. Tipos de inconstitucionalidad dentro de la teoría bachofniana

Bachof, como hemos señalado partía de las diferentes divisiones que se podrían formular sobre el derecho constitucional. Él en la particularidad de ser un iusnaturalista también consideraba que existía un derecho Constitucional escrito, o mejor dicho positivizado, y aquel derecho Constitucional era conformado por principios o normas generales que no habían sido previstos al momento de que el Constituyente creara la norma Constitucional.

Si bien este punto no está exento de críticas volveremos a este cuando toquemos el punto sobre la infracción al Derecho Constitucional no escrito.

A. Infracción a la Constitución escrita

De la primera clasificación de las normas inconstitucionales dentro de la Carta Magna que podrían existir BACHOF señalaba diferentes sub-tipos que se contradijeran siendo posibles que existieran violaciones al Derecho Constitucional formal o material, desde su particular definición de estos.

a. Inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales

El primero de estos tipos de inconstitucionalidades hace referencia a aquella Constitución que señalaba o establecía un procedimiento de reforma constitucional total, pero la nueva Norma Fundamental no ha respetado dicho procedimiento reformatorio.

Sobre el particular, el Perú tiene un antecedente histórico y judicial. Este es el de la Constitución de 1979, que en su artículo 306 señalaba los criterios básicos de reforma de la Norma Fundamental. Así, “toda reforma constitucional debe ser aprobada en una primera legislatura ordinaria y ratificada en otra primera legislatura ordinaria consecutiva...”¹⁹³. Y con posterioridad, en su artículo 307, la Constitución establecía: “Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de

¹⁹³ Artículo 306 de la Constitución de 1979 primer párrafo.

colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia...”¹⁹⁴. Por lo tal, establecía que la Norma Fundamental no podía ser reformada por un acto distinto al señalado por la misma norma y que cualquier acto de fuerza (golpe de Estado) que quebrantará dicha disposición y constituyera una nueva Carta Magna se volvía ilegal, por ende, carecía de efecto.

Sin embargo, esto último ocurrió en la realidad cuando Alberto Fujimori Fujimori realizó un autogolpe de Estado en el año de 1992 y posteriormente en el año de 1993 decretaría la formulación de una nueva Constitución en un proceso que no respetaba el establecido por la Carta Magna anterior.

En base a la teoría bachofniana este acto y la posterior Constitución generaría que dicha norma Constitucional fuera inconstitucional, pues habría contravenido al propio Poder Constituyente que se había auto-limitado al establecer los artículos citados sobre su reforma.

Es por esto que no resulta extraño que una vez restablecido el orden democrático en el Perú fuera recurrido ante el Tribunal Constitucional la propia Norma Fundamental vigente para que se declarara su inconstitucionalidad y que, por lo tanto, se volviera a la Constitución de 1979. Dicha sentencia es la recaída en el expediente N° 014-2003-AI/TC, que ya hemos analizado con anterioridad en este trabajo. Compartimos la decisión del Tribunal Constitucional, más no los argumentos que esgrime para sustentarla.

Ahora establecer que una Norma Constitucional que no respete el iter de formación señalado por una anterior constitución puede ser observado como una limitación al Poder Constituyente para dar una nueva carta política. Se debe señalar que ha sido el mismo Poder Constituyente quien se había establecido dicha limitación con anterioridad al señalar lo contrario estaríamos afirmando que las normas constitucionales sobre la reforma no tendrían ningún sentido o utilidad, ya que el Poder Constituyente podría saltarse dichos límites a pesar de ser autoimpuestos.

Es evidente que resultaría peligroso mantener dicha posición pues estaríamos señalando que el Poder Constituyente tiene facultades ilimitadas para normar,

¹⁹⁴ Artículo 307 de la Constitución de 1979 primer párrafo.

y, más aún, que toda norma de reforma o cláusula pétrea carecería de sentido ante las decisiones de dicho Poder, pues ante sus caprichos, tales normas podrían ser cambiadas a su antojo.

b. Inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional

Este tipo de inconstitucionalidad ya no parte del hecho que la norma no haya seguido el proceso previsto para su reforma, sino que el contenido de esta resulta contradictorio con los principios, espíritu y otras normas que pertenecen a la propia Constitución. Como señala el propio BACHOF esta norma sería contraria a la Carta Magna "...aunque el mismo haya pretendido ser efectuado externamente según el procedimiento de reforma constitucional legalmente previsto...¹⁹⁵".

Así, aunque una norma siga el proceso de reforma constitucional establecido en la Carta Magna, si el contenido de este contraviene a las normas de la Constitución sería incongruente, y por lo tanto, inconstitucional.

Pongamos un ejemplo para explicarnos: Supongamos que el artículo 90° de la Norma Fundamental que habla de los requisitos para poder ser elegido congresista es sometido a una reforma constitucional, por lo cual, ahora se establece que solo podría ser congresista una persona con determinadas cualidades físicas (no referidas a la edad), la ideología, el sexo, etc.

Dicha norma reformada, por mucho que pertenezca a la Constitución y haya seguido los procedimientos de reforma establecido en la actual Norma Fundamental sería contraria a la Carta Magna, pues contraviene el artículo 2 de la misma, además de por otras razones.

Siguiendo esta línea, es necesario también mencionar la opinión que el constitucionalista mexicano ALLIER CAMPOZANO tiene sobre el tema. Para él también serían inconstitucionales aquellas reformas constitucionales que pretendan cambiar alguna de aquellas decisiones fundamentales que tenga determinada carta magna.

¹⁹⁵ BACHOF, Op Cit., p. 75.

Así, el autor ha señalado que "...coinciden en señalar que sería inconstitucional una reforma que pretendiera quitar de la Carta Magna, alguna de las decisiones políticas fundamentales, por ser estos principios y valores límites no expresados al órgano revisor de la Constitución y que, si se rebasan, se debe salir inmediatamente en su defensa. La doctrina mexicana no ha sido ajena a esta teoría de la supremacía de las decisiones políticas fundamentales, pues autores como Emilio Rabasa, José María Castillo Velasco y Mario de la Cueva, entre otros, coinciden en al irreformabilidad de aquéllas."¹⁹⁶

Pero, ¿cuáles serían estas decisiones políticas fundamentales? El mismo autor lo explica cuando ha señalado que en el particular de México serían decisiones políticas fundamentales irreformables la que establecen la soberanía popular, el concepto de derechos fundamentales, el sistema representativo de gobierno, división de poderes, sistema federal, etc.

Esta situación no sería ajena al Perú, pues nosotros también poseemos algunas decisiones políticas establecidas por la Constitución que no podrían ser reformadas a menos que se realice una nueva Norma Fundamental. Estas son la forma de gobierno democrática, la separación de poderes, la imposibilidad del Estado de hacer empresa, la existencia de un tribunal constitucional, entre otras.

La reforma que se pudiera hacer sobre estos preceptos en la Constitución no sería posible ni siquiera si se da a través de una nueva Carta Magna, que, por cierto, también debe respetar el iter de formación normativa que establece la anterior Carta política. Es decir, no pueden nacer a través de reformas, pues contravendría el espíritu que el mismo Poder Constituyente le ha dado al Estado y a la propia Norma Fundamental.

Cabe el particular que en el derecho peruano estas reformas parciales se den por una ley, que es una norma de rango infra-constitucional, a pesar que el contenido que van a tratar tendrá un rango superior una vez se incorporen a la Constitución.

¹⁹⁶ ALLIER, Op. Cit., p. 59.

Pero, por la cualidad de que las normas de reforma constitucional tienen rango de ley, en un inicio, pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional. Así lo ha establecido el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC cuando en el fundamento jurídico 35 ha señalado que “...El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado...”¹⁹⁷ (el subrayado es nuestro).

Este último punto ha generado críticas a nivel doctrinario en Perú, cuando WIELAND CONROY ha señalado “...Es cierto, como lo señala el Tribunal Constitucional, que las modificaciones constitucionales son incorporadas a la Constitución mediante leyes, utilizando inclusive la misma numeración correlativa de las leyes ordinarias, pero también lo es que la Constitución las distingue denominándolas “leyes de reforma constitucional,” lo que sugiere que poseen una cualidad que intrínsecamente las hace no sólo diferentes sino también superiores a las leyes ordinarias (o normas con rango de ley). Las leyes ordinarias constituyen normas infraconstitucionales por encontrarse jerárquicamente subordinadas a la Constitución, pero las leyes de reforma constitucional no podrían ser consideradas como infraconstitucionales, pues de ser así no tendrían el rango jurídico necesario para producir efectos modificatorios en el texto constitucional. Por ello, una ley de reforma constitucional debe tener, necesariamente, rango constitucional – es decir, el mismo rango de los diversos artículos que forman parte de la Constitución y, por consiguiente, superior al de las normas con rango de ley – y ésta es la

¹⁹⁷ STC del 21 de enero del 2002. {Expediente N.º N° 0014-2002-AI/TC} Fundamento jurídico trigésimo quinto.

característica fundamental que las distingue de las leyes ordinarias o infraconstitucionales...”¹⁹⁸.

Si bien compartimos la posición del autor sobre que las normas de reforma constitucional a pesar de que llevan la denominación de leyes, tienen rango constitucional; consideramos que estas sí son objeto de una acción de inconstitucionalidad, pues como hemos expuesto, nosotros apoyamos la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales.

Para concluir debemos tener en cuenta las palabras de BRAGE CAMAZANO cuando ha señalado:

“...Por otra parte, hay que referirse a las «reformas constitucionales». En muchos países, se manifiesta una resistencia a aceptar el control de la constitucionalidad de las reformas a la Constitución, por considerar que las reformas forman parte de la Constitución. Por el **contrario, entendemos que ese rechazo estaría consagrando la existencia de una laguna en la supremacía constitucional, un verdadero «Caballo de Troya» dentro de la Constitución, un genuino «fraude de Constitución»** (Liet-Veaux), ya que la primera disposición que ha de ser observada de una Carta Magna, si nos tomamos su valor «normativo» mínimamente en serio, es la relativa al procedimiento de reforma y los límites sustantivos incluso que, en algunos casos, la Constitución fija (ya sea expresamente, mediante cláusulas de intangibilidad; o mediante límites tácitos o inmanentes)...”¹⁹⁹ (El resaltado es nuestro).

c. Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior

Este tipo de inconstitucionalidad de normas constitucionales es la más importante, y, también la que genera más dudas y planteamientos al respecto,

¹⁹⁸ WIELAND CONROY, Hubert. *¿Puede una Ley de Reforma Constitucional ser objeto de una acción de inconstitucionalidad?*, PALESTRA Portal de Asuntos Públicos de la PUCP, 2005. [UBICADO el 06-XI-2017] Obtenido de: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11950/puede_ley_reforma_Wieland.pdf?sequence=1

¹⁹⁹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción peruana de inconstitucionalidad*, 2014 [UBICADO EL 14-XI-2017] Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12525>

pues esta habla sobre la posibilidad de que una norma creada por el Poder Constituyente contravenga a otra disposición del mismo cuerpo normativo también creada por este poder; a diferencia de las anteriores estaríamos hablando sobre una inconstitucionalidad originaria, que ha estado en la Constitución desde el momento de su dación.

Ahora, sobre el particular, debemos explicar qué es una norma constitucional de rango superior o, a nuestro criterio, una disposición constitucional de rango superior. BACHOF establecía un criterio sobre que sería una norma superior constitucional sobre una norma de rango inferior también de rango constitucional.

Entonces, el criterio rector nacería a pesar que "...Esta cuestión puede parecer paradójica a primera vista ya que una norma constitucional evidentemente no puede contravenirse a sí misma. Sin embargo, pudiera suceder que una norma constitucional de carácter secundario, en particular, una norma constitucional exclusivamente formal, contravenga una disposición constitucional fundamental de carácter material..."²⁰⁰.

Acerca de los diferentes rangos dentro de las normas constitucionales debemos señalar que Castillo Córdova²⁰¹ ha planteado su propio rango de normas Constitucionales, señalando tres tipos de disposiciones constitucionales.

El primero de los tipos señalados por el autor sería el conformado por las disposiciones de máximo grado de generalidad lingüística y normas de máximo grado de indeterminación normativa. Castillo manifiesta que "...En este tipo de disposiciones y normas constitucionales consiguientes, el Constituyente se limita a reconocer el bien humano que está detrás del derecho humano constitucionalizado."²⁰² Siendo un ejemplo aquellas normas constitucionales que reconocen los derechos humanos, como el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

²⁰⁰ BACHOF, Op Cit., p. 76.

²⁰¹ CASTILLO CÓRDOVA, Op Cit., pp. 6-9.

²⁰² CASTILLO CÓRDOVA, Op Cit., p.7

Un segundo tipo serían las disposiciones con algún grado de indeterminación normativa, y "...este tipo de normas constitucionales son siempre una concreción de una norma de máximo grado de indeterminación normativa. Son, por ello, concreciones del contenido esencial del derecho humano constitucionalizado en normas de máximo grado de indeterminación normativa."²⁰³ Siendo un ejemplo el artículo 2 inciso 7 segundo párrafo de la Carta Magna.

El último tipo serían las disposiciones sin grado de indeterminación o de máximo grado de determinación normativa, y "...este tipo de normas constitucionales son siempre concreciones de una norma con máximo o con algún grado de generalidad, por lo que están llamadas a conformar el contenido esencial del derecho fundamental concretado. Al igual que ocurría en el supuesto anterior, estas normas pueden ser clasificadas según un criterio formal: normas directamente concretadoras del contenido esencial del derecho fundamental; y normas indirectamente o sucesivamente concretadoras del contenido esencial del derecho fundamental."²⁰⁴ Un ejemplo es el artículo 2 inciso 24 de la Constitución numeral F.

Ahora, es interesante la posición del autor sobre el tema, pero consideramos que las disposiciones constitucionales no se agotan en las normas que versan sobre derechos humanos o fundamentales, pudiendo en la parte formal existir normas que no concreten ningún tipo de derecho, por ejemplo el artículo 105 de la Norma Fundamental.

Pero, el planteamiento de diferentes rangos dentro de la Constitución no ha sido ampliamente aceptada, como ha señalado FERREIRA DE QUIRZO "...No hay jerarquía entre normas constitucional es, ni grado de importancia de una en relación a otra. Incluso una norma constitucional original, podría ser absurdo - ¿por qué no ser razonable o proporcionada - y de ninguna manera se puede considerar inconstitucional..."²⁰⁵. Sin embargo consideramos que esto no es del

²⁰³ CASTILLO CÓRDOVA, Op Cit., p.8.

²⁰⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Op Cit., p.9.

²⁰⁵ FERREIRA DE QUIROZ, Ari. *Da Inconstitucionalidade das Leis e Atos Normativos*. [UBICADO y traducido por Vlex el 06-X-2017] Obtenido de: <https://app.vlex.com/#WWW/vid/589306902>

todo correcto, como veremos más adelante, existen ciertos criterios para diferenciar entre una norma constitucional y otra.

Si bien nos acogemos a la tesis de la existencia de diferentes rangos dentro de las normas constitucionales, no consideramos como BACHOF que solo puedan existir normas exclusivamente formales que sean inferiores a las normas constitucionales materiales. Particularmente también estimamos que entre diferentes normas formales se pueda establecer criterios de diferenciación que demuestren que una tiene un rango superior a la otra.

Por ejemplo, una norma constitucional formal de rango inferior a una norma material sería el artículo 140° de la Constitución, que establece la pena de muerte, con respecto al artículo 2° inciso 1 de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a la vida.

Y, por otro lado, un ejemplo de inconstitucionalidad por ir en contra de una norma de rango superior donde ambas normas tienen un carácter formal en la Constitución, sería el artículo 200° inciso 2 de la Norma Fundamental que establece que tienen rango de ley las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales; la incongruencia radicaría en la relación con los artículos que establecen que solo ostenta poder legislativo el congreso y de forma delegada el ejecutivo. Esto último nos podría llevar a preguntarnos cómo puede emanar normas con rango legislativo de un órgano que no tiene facultades legislativas.

Ahora hemos de resaltar una autocrítica que BACHOF realizó a su propio planteamiento, la cual puede ser efectivamente esgrimida y de la misma forma superada. Esta se basa en que la Constitución en distintas disposiciones puede señalar normas con carácter de reglas y otras que a pesar que pueden ser consideradas contradictorias se formulan como excepción a las primeras.

Así por ejemplo podríamos decir que si bien el artículo 2 inciso 2 señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley (regla) no existe contradicción cuando el artículo 90 de la misma Carta Magna establece un requisito para ser congresista, el cual es la edad (excepción). Pues si bien se puede señalar que es un acto de distinción en la ley, este encuentra su

justificación en principios o necesidades estatales y que no se configurarían un acto discriminatorio ante esto.

Frente a esto se podría esgrimir como argumento ¿por qué este ejemplo entraría en la clasificación de regla-excepción, y por el contrario el del artículo 140° se configuraría como una inconstitucionalidad?

Esto puede ser explicado desde uno de los planteamientos de BACHOF, en el cual señalaba que para el principio de regla-excepción no debía existir arbitrariedad a la hora de señalarse estas excepciones. Siendo así que si una excepción establecida en la Constitución era arbitraria esta se volvía inconstitucional, así "...si el constituyente se decide en favor de una determinada regulación, ese acto se percibe necesariamente como la expresión auténtica. Por lo tanto, o bien esa regla se encuentra en consonancia con los principios *fundamentales* de la Constitución o bien la ha considerado como una excepción, desviándose conscientemente de aquellos principios. Sin duda, el constituyente, admitiendo dicha excepción, tampoco puede contradecir una norma de derecho *metapositivo*, especialmente la interdicción de la arbitrariedad, ¡inmanente a todo ordenamiento jurídico! Si lo hace, entonces la norma de excepción es, por supuesto, no obligatoria, pero no por su contradicción con la regla general, sino por el carácter arbitrario de la excepción misma..."²⁰⁶.

Por lo tanto, aquel principio de regla-excepción se verá limitado ante alguna arbitrariedad que se podría plasmar en una norma. Así cada límite que se establezca a un derecho no puede caer en la arbitrariedad, y ante esto se debe explicar cuándo una disposición se vuelve arbitraria.

Para explicar por qué en la pena de muerte estaríamos ante una arbitrariedad debemos señalar dos puntos; el primero referente a que, como señala BACHOF, no se puede concebir una idea de que el Estado cree estos derechos, pues lo que hace cualquier Constitución es declarar el reconocimiento de un derecho y no constituirlo.

²⁰⁶ BACHOF, Op. Cit., p. 79.

Y el segundo punto es referente a la limitación que se puede realizar a los derechos humanos, si bien se puede esgrimir que situaciones como las restricciones de movimiento o restricciones respecto a la edad para optar un determinado cargo público también limitan el derecho, consideramos que tal comparación es errónea. En estas situaciones el derecho no deja de existir, simplemente se encuentra restringido; en cambio, en la pena de muerte estaríamos ante una supresión de un derecho por parte del Estado, que como señalamos simplemente tiene efecto declarativo con respecto al derecho.

Pero pensamos que no solo se debe considerar como una arbitrariedad la supresión de un derecho, sino también la excesiva restricción de este. Sobre el particular hay que traer a colación el criterio que resolvió la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras²⁰⁷ cuando en la sentencia recaída en el Rol N° 1343-2014 declara inconstitucional dos artículos de la Constitución de Honduras de 1982, pues está en su artículo 239 señalaba que “El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser presidente o designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.”²⁰⁸.

Para la Corte Suprema hondureña la norma era inconstitucional pues violaba derechos fundamentales de los ciudadanos hondureños; la norma en cuestión señalaba que aquellos que propongan la reforma del artículo 239 de la Constitución como los que lo apoyen, cesarán de inmediato en el desempeño de su cargo, al mismo tiempo quedaran inhabilitados por un periodo de diez años para ejercer cargos públicos. Creemos que esta una restricción arbitraria, por ser excesiva, de los derechos de expresión, libertad de conciencia, pensamiento, entre otros.

²⁰⁷ Máximo intérprete de la Norma Constitucional en su país.

²⁰⁸ Artículo 239 de la Constitución Hondureña de 1982: “El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser presidente o designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.”

La norma bajo comentario no era inconstitucional por prohibir la continuidad política, por la reelección, y tampoco era inconstitucional por establecer una cláusula pétrea o la imposibilidad de la reforma, sino por limitar los derechos antes mencionado a quienes propusieran la reforma, este criterio se volvía arbitrario pues violentaba los derechos de los ciudadanos a expresar su pensamiento sobre respectiva norma. Y que, por lo tanto, limitaba los derechos de los ciudadanos de una manera excesiva.

Esta situación se agrava cuando el artículo 42 inciso 5 de la Constitución hondureña señalaba que los hondureños perdían la ciudadanía cuando "...Por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República..."²⁰⁹, e inclusive su Código Penal señalaba en su artículo 330 una pena privativa de la libertad a aquellos que realizaran la conducta descrita en el artículo 239 de su Norma Fundamental.

Si bien se puede entender las limitaciones a ciertos derechos, estas siempre deben estar dirigidas a proteger principios o valores estatales de gran trascendencia y aun así estas limitaciones deben ser limitadas (por muy paradójico y redundante que esto suene), pues de ser excesivas estaríamos ante una arbitrariedad.

Y una norma, aunque sea recogida en la Constitución, si es abiertamente arbitraria también lo será inconstitucional; en particular cuando ponemos especial énfasis a aquel derecho metapositivo, y recordamos que la Constitución solo tiene un efecto declarativo de los derechos humanos o fundamentales.

²⁰⁹ Artículo 42, inciso 5 de la Constitución Hondureña de 1982: "La calidad de ciudadano se pierde: 1. Por prestar servicios en tiempo de guerra a enemigos de Honduras o de sus aliados; 2. Por prestar ayuda en contra del estado de Honduras, a un extranjero o a un gobierno extranjero en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional; 3. Por desempeñar en el país, sin licencia del Congreso Nacional, empleo de nación extranjera, del ramo militar o de carácter político; 4. Por coartar la libertad de sufragio, adulterar documentos electorales o emplear medios fraudulentos para burlar la voluntad popular; 5. Por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República; y 6. Por residir los hondureños naturalizados, por más de dos años consecutivos, en el extranjero sin previa autorización del Poder Ejecutivo. En los casos a que se refieren los numerales 1) y 2), la declaración de la pérdida de la ciudadanía la hará el Congreso Nacional mediante expediente circunstanciado que se forme al efecto. Para los casos de los numerales 3) y 6), dicha declaración la hará el Poder Ejecutivo mediante acuerdo gubernativo; y para los casos de los incisos 4) y 5) también por acuerdo gubernativo, previa sentencia condenatoria dictada por los tribunales competentes."

Sobre el particular CASTILLO CÓRDOVA ha señalado que "...Una norma así es poco probable en la realidad y más es pensable en un plano teórico que en uno práctico. Pero si se llegase a dar, la decisión del Constituyente normativamente negaría la esencia misma del derecho humano que aparece reclamada como exigencia de justicia. Por eso es una disposición que da origen a una norma injusta. En estricto, esta norma no puede ser tenida como inconstitucional (...) porque la norma procede de una disposición de máximo grado de generalidad; es decir, el Constituyente ha proscrito la esencia del derecho humano, por lo que el contenido esencial del mismo no se ha constitucionalizado. Por lo que no hay parámetro constitucional transgredido, sino que lo trasgredido es una exigencia de justicia previa..."²¹⁰.

Por lo tanto, aquellas normas constitucionales que padezcan de una arbitrariedad no entraran en la regla-excepción de la que hablaba Bachof, y por ello, serán inconstitucionales.

d. Inconstitucionalidad a través de la "mutación de la naturaleza" de las normas constitucionales. Invalidez sin decisión expresa

Este tipo de normas inconstitucionales, clasificadas "por mutación de la naturaleza", se dan cuando una norma que había nacido con un carácter transitorio se vuelve una norma con carácter permanente. O incluso "...si determinados presupuestos que han motivado al legislador a aprobar una norma, desaparecen posteriormente o si las expectativas vinculadas a una norma no se cumplen manifiestamente, la norma, de hecho, puede perder todo sentido..."²¹¹.

Por lo tanto, podrían existir dos tipos de inconstitucionalidades por mutación de la naturaleza; el primero; que una disposición transitoria se vuelva una norma permanente, y el segundo tipo; cuando una norma que había sido creada con un fin permanente pierde sentido cuando la situación que la fundamentaba desaparece.

²¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Op Cit., p.10.

²¹¹ BACHOF, Op, Cit., p. 81.

En nuestro país las disposiciones transitorias en la Constitución han sido agregadas con posterioridad al proceso constituyente, mediante la ley N° 27365, del 5 de noviembre del año 2000, y la ley N° 29402 del 8 de septiembre del 2009. Por esto, tal tipo de inconstitucionalidad no podría ser encontrada en la realidad peruana, además del hecho de que fueron cumplidas dichas disposiciones.

Sin embargo no imposibilita a nivel doctrinario plantear la posibilidad de este tipo de inconstitucionalidad sí a futuro se da una nueva Carta Magna y se establecen cláusulas transitorias que al pasar el tiempo se vuelven permanentes.

Sobre el segundo tipo, si bien no se presenta en la realidad peruana, se podría señalar como ejemplo la Segunda Enmienda de la Constitución Estadounidense²¹² que posibilitaba a los ciudadanos estadounidenses a portar armas por el temor a invasión de las tropas realistas, pero pasado el tiempo dicha disposición perdería sentido por haber cambiado las situaciones por las cuales el legislador decidió crearla.

Por lo tanto, también podríamos hablar de este tipo de inconstitucionalidades si se presentaran en la realidad peruana, en un futuro, con una posterior reforma o un cambio de Ley Fundamental.

e. Inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado

Este último tipo dentro de los llamados infracciones a la Constitución escrita señala que será una inconstitucionalidad cuando una norma de la Norma Fundamental violenta a una norma del derecho metapositivo que ha sido positivizado.

En este punto estamos ante una consideración de Derecho Natural en la que aquellas normas de derecho metapositivo tienen un rango superior a las normas positivas, incluso cuando estas tienen un apoyo constitucional.

²¹² Si bien no queremos entrar a tallar sobre el tema de la regulación de armas, o sobre si tal enmienda en la actualidad es constitucional o no, pues no interesa al tema a tratar, y su uso es meramente ejemplificador.

Si bien compartimos esta posición, pues como hemos explicado con anterioridad, la Constitución no crea algunos derechos, simplemente los reconoce, no podemos hacer extensiva o imponer la visión iusnaturalista a todos los sectores, pero consideramos que este tipo de norma sería inconstitucional por dos razones; la primera, por ese carácter superior que tendría las normas de derecho metapositivo, y la segunda, pues al ser positivizadas tendrían un rango superior a otras normas constitucionales, y por lo tanto, podríamos subsumir este tipo dentro del tercer tipo ya señalado, de infracción de una norma de rango superior.

Podríamos usar de ejemplo los ya citados de la contradicción del derecho a la vida (positivizado en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución) y de la pena de muerte señalada en el artículo 140° de la Norma Fundamental. O la situación que se vivió en Honduras con los artículos 42, inciso 5 y 239 de su Carta Magna con el derecho de libertad de conciencia.

B. Infracción al Derecho Constitucional no escrito

El segundo tipo de normas inconstitucionales dentro de la Norma Fundamental son más complejas pues, a diferencia de las anteriores, estas lesiones no encuentran un fundamento en el derecho positivizado, y por lo tal, no se podría hablar de una incoherencia dentro de la Constitución, sino más bien por la violación de un derecho metapositivo o de principios del derecho.

Como hemos mencionado en líneas anteriores; si bien nosotros compartimos con el autor la posición sobre la existencia de un derecho metapositivo, consideramos que esta corriente del derecho no puede ser impuesta a quienes no la comparten; por lo tanto, para aquellos iuspositivistas que consideraran que al no existir un sustento escrito de este derecho no es verdadero derecho, no se les podría imponer a aceptar esta teoría²¹³, ni los efectos que posteriormente queremos tratar para su solución.

Consideramos que existe una contrariedad, pues una norma que no respete ciertos límites (por mucho que no estén positivizados) es realmente injusta,

²¹³ Pues las corrientes del derecho no pueden ser impuestas ni a los doctrinarios, ni a los operadores del derecho.

pero no se podría hablar de inconstitucionalidad dentro de la Constitución, debido a que no existiría una incompatibilidad. Podría hablarse de una injusticia pero no de una incongruencia como tal, pues no tienen respaldo dentro de la norma constitucional.

Por lo tanto, no hablaremos sobre este tipo de infracciones inconstitucionales tratadas por BACHOF, pero sí las mencionaremos. Para el autor podrían existir 3 tipos de infracciones al derecho constitucional no escrito, los cuales serían:

- A. Inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional
- B. Inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario
- C. Inconstitucionalidad (invalidez) por la contradicción del derecho metapositivo no positivado²¹⁴

A nuestro criterio, sólo la última de estas clases podría generar una inconstitucionalidad a pesar de no estar positivizada, esto si tenemos en cuenta que el artículo 3 de nuestra Carta Magna establece un *numerus apertus* de los derechos no reconocidos en la propia norma si se fundan en la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, etc. Llegando a ser posible, entonces, que se pueda plantear la inconstitucionalidad de una norma dentro de la Constitución si violentará un derecho que a pesar de no ser positivizado se funda en la dignidad del hombre.

2.3. Nuevos tipos de inconstitucionalidades no previstos en la teoría bachofniana

En el punto anterior hemos podido observar todas aquellas posibilidades de normas inconstitucionales dentro de la Constitución pensadas desde la teoría de BACHOF pero aplicadas a la realidad peruana de la Norma Fundamental de 1993. Pero el tema no se agota en lo señalado por BACHOF, sino que inclusive puede plantearse la existencia de inconstitucionalidades no previstas por el autor, y perfectamente aplicables a la realidad.

²¹⁴ BACHOF, Op. Cit., pp. 85-89.

Éstos, claro, se refieren a condiciones no previstas en la época, y han nacido a raíz del desarrollo que el proceso de constitucionalismo ha tenido en los diferentes países y en especial a raíz de la labor de los Tribunales Constitucionales o las Cortes Supremas, dependiendo de los países, que han ido enriqueciendo esta área del derecho.

2.3.1. Inconstitucionalidad del Bloque de Constitucionalidad

Para explicar este punto partamos de la definición de lo que es el Bloque de Constitucionalidad, debemos señalar, además, que existen dos posturas sobre el rango de estas normas que conforman el mencionado bloque, y parten de la definición de este. Esto último posibilitará hablar sí existe o no una inconstitucionalidad de una norma de rango constitucional.

La primera postura considera que las normas del Bloque de Constitucionalidad, si bien sirven como parámetro de la constitucionalidad de otras normas, el rango de estas es inferior a la Constitución y simplemente son herramientas para determinar la compatibilidad de una norma con la Ley Fundamental sin la necesidad de recurrir a la Norma Magna, pues otras normas jerárquicamente constitucionalizadas lo resuelven.

Así MEZA HURTADO ha señalado que “...El bloque de constitucionalidad es un concepto que alude a las fuentes formalmente no constitucionales que integran el parámetro a utilizar en una acción de inconstitucionalidad. Así en diversas sentencias el Tribunal Constitucional nacional se ha pronunciado estableciendo que se debe comprender como integrante del bloque de constitucionalidad a toda norma de naturaleza jurídica, que si bien ni está desarrollada por la Constitución, tiene algún tipo de jerarquía constitucional y sirva como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Constitucional como de los demás órganos jurisdiccionales...”²¹⁵

Como se puede observar, para dicho autor las fuentes que conforman el bloque de constitucionalidad poseen un rango inferior a la Constitución pero se pueden

²¹⁵ MEZA HURTADO, Artemio. *El Denominado Bloque De Constitucionalidad Como Parámetro De Interpretación Constitucional, ¿Es Necesario En El Perú?* 2012-2013. [UBICADO el 06-XI-2017] Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>

utilizar como parámetro para medir la Constitucionalidad de otras normas del ordenamiento. De igual criterio ha sido el Tribunal Constitucional cuando ha señalado "...Mientras las normas legales a las que se ha hecho referencia en el fundamento precedente sean plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado "bloque de constitucionalidad", a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de éstas..."²¹⁶.

El principal problema de esta postura es que termina generando un nuevo rango de las normas (o disposiciones) que conforman parte del Bloque de Constitucionalidad. Así, de admitir esta postura, estaríamos señalando que existe un intermedio entre las normas constitucionales y las normas legales, pues tendrían "algún tipo de jerarquía constitucional".

La segunda postura considera que las fuentes que pertenecen al Bloque de Constitucionalidad tienen el rango de norma constitucional. Al respecto HAKANSSON ha mencionado "...nos encontramos con un nuevo concepto cuyas consecuencias nos harán observar de manera un tanto distinta el texto constitucional; es decir, a dejar de concebirlo formalmente como un cuerpo de normas organizadas en un código, sino más bien reconocer que existen determinadas fuentes del derecho que también forman parte de una Constitución sin estar incorporadas entre sus disposiciones..."²¹⁷.

Para posteriormente añadir "...Como una lógica consecuencia podemos decir que las fuentes que forman parte del bloque de constitucionalidad también gozan de jerarquía constitucional formando así un conjunto normativo de igual rango..."²¹⁸

²¹⁶ STC del 27 de septiembre del 2005. {Expediente N.º Pleno Jurisdiccional 0020-2005-PI/TC 0021-2005-PI/TC (acumuladas)}. Fundamento Jurídico vigésimo noveno.

²¹⁷ HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2012, p. 173.

²¹⁸ HAKANSSON NIETO, Op. Cit., p. 177

Con esta postura también surgen algunos problemas teóricos para aceptarla. La primera es que pondrían a normas de menor rango, señaladas por la Constitución, en el mismo rango de la Carta Magna; lo cual generaría un problema de interpretación o integración, o al mismo tiempo se podría preguntar cuándo estas normas pertenecen al bloque de constitucionalidad o no.²¹⁹ Así surgiría la duda de cuándo, por ejemplo, una ley orgánica, tiene el rango de ley o de parte de la Norma Fundamental; y todas las implicancias que esta traería.

Por eso es entendible la postura de autores que se han opuesto al llamado Bloque de Constitucionalidad como GARCÍA BELAÚNDE, quien ha efectuado una afirmación tajante al comentar sobre la viabilidad de la admisión de la tesis del bloque, así ha señalado que “el bloque de constitucionalidad no existe en el Perú”²²⁰

No pretendemos en esta tesis argumentar las razones de si el Bloque de Constitucionalidad debería aplicarse o no en el Perú, pero mencionamos las dos tesis existentes sobre el rango de sus componentes, pues de estas dependerá hablar sobre si pueden ser inconstitucionales o no las normas, preceptos o fuentes que conforman parte del referido bloque.

Si mantenemos la posición de MEZA HURTADO y del propio Tribunal Constitucional estaríamos señalando que estas normas poseen un menor rango que la Constitución, así que de presentar alguna incongruencia con esta, podrían ser factiblemente objeto de una acción de inconstitucionalidad, y al tener un menor rango, estas procederían.

En cambio, sí apoyamos la postura de autores como HAKANSSON, y reconocemos que las normas del Bloque de Constitucionalidad poseen el mismo rango que la Ley Fundamental, podríamos plantear la inconstitucionalidad de una norma Constitucional, pero a diferencia de las

²¹⁹ Recordemos que para autores como HAKANSSON y el Tribunal Constitucional pueden integrar parte del Bloque de Constitucionalidad las Leyes Orgánicas, los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, el Reglamento Parlamentario, Las Normas Regionales de carácter general, las Ordenanzas Municipales.

²²⁰ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Estado y Municipio en el Perú*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2003. [UBICADO el 07- XI -2017] Obtenido de: www.garciabelaunde.com/articulos/EstadoyMunicipio.pdf

señaladas en la tipología anterior, estas normas se encontrarían fuera de la Constitución, siendo factible aquí hablar sobre el tema central de la tesis.

Para terminar este apartado señalamos cuáles son esas normas pertenecientes al llamado Bloque de Constitucionalidad.

Para HAKANSSON las normas que conforman dicho bloque serían: las leyes orgánicas, los tratados internacionales sobre derechos humanos, el reglamento parlamentario, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales.²²¹

Para ARANGO OLAYA, por su parte, "...considera que dentro de esta clasificación se encuentran comprendidos: a. El preámbulo de la Constitución; b. La Constitución; c. Los Tratados Limítrofes de derecho internacional ratificados por el Estado; d. La ley estatutaria que regula los estados de excepción; e. Los Tratados de Derecho Internacional Humanitario; f. Los Tratados de Derecho Internacional que reconocen derechos intangibles; g. Los artículos de los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y, h. La doctrina elaborada por los tratados internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos..."²²².

E incluso para otros autores, deberían ser incluidas también las sentencias del Tribunal Constitucional que establezcan Precedente Vinculante, al respecto consideramos que deberían ser consideradas todas las sentencias del Tribunal Constitucional, pero esto lo trataremos en el siguiente apartado.

2.3.2. Inconstitucionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional

Como mencionamos existen autores que apoyan la inclusión de las sentencias del Tribunal Constitucional que establecen Precedente Vinculante como parte

²²¹ De todos los señalados debemos reconocer que nuestra Constitución le brinda rango de Constitucional a los Tratados que versan sobre Derechos Humanos,

²²² ARANGO OYOLA citado por MEZA HURTADO, Artemio. El Denominado Bloque De Constitucionalidad Como Parámetro De Interpretación Constitucional, ¿Es Necesario En El Perú? 2012-2013. [UBICADO el 06-XI-2017] Obtenido de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurta do.pdf?MOD=AJPERES>

del Bloque de Constitucionalidad. Si bien compartimos dicho criterio, consideramos que toda sentencia del Tribunal Constitucional forma parte del Bloque de Constitucionalidad. Nos explicamos, sí el referido Tribunal es el máximo intérprete de la Constitución, toda sentencia que este realice será una interpretación de la Constitución y, por lo tanto, se estará creando norma constitucional.²²³

De igual pensamiento es CASTILLO CÓRDOVA cuando ha señalado que "...a través de las interpretaciones de la Constitución, el TC crea normas de rango constitucional, y sus sentencias –que contienen las concreciones– se convierten en fuente de Derecho Constitucional. La creación de Derecho Constitucional puede manifestarse tanto en la dimensión material como en la dimensión procesal de la Constitución. Puede crear, entonces, Derecho Constitucional material y Derecho Constitucional procesal..."²²⁴.

Si bien las sentencias referidas se incluirían dentro del Bloque de Constitucionalidad, estas también podrían incurrir en una inconstitucionalidad cuando; o no respeten los criterios establecidos con anterioridad por el mismo Tribunal, o cuando manifiestamente violentan a los derechos o principios recogidos en la Carta Magna.

Para autores como CASTILLO CÓRDOVA²²⁵ esto se puede dar cuando en una sentencia del Tribunal Constitucional, este se extralimita en sus facultades; cuando las interpretaciones de dicho Tribunal sean contrarias a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente; o cuando en el fallo se aplica una interpretación contraria a las disposiciones de la misma Norma Fundamental.

Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional cuando ha señalado "...sólo procederá cuando se trate de resoluciones emitidas en procesos constitucionales provenientes del Poder Judicial, y no del Tribunal Constitucional, toda vez que éste es el Intérprete Supremo de la Constitución y

²²³ Tomamos este espacio para mostrar nuestra preocupación sobre aquellas decisiones que el Tribunal Constitucional ha estado tomando en los últimos años. Además del hecho de los constantes cambios de criterio de las sentencias del referido Tribunal.

²²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Las Decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional*, THEMIS revista de derecho, N° 67, 2015, p 288.

²²⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Op. Cit., p 290.

se pronuncia sobre los procesos constitucionales de defensa de derechos amenazados o vulnerados, **por lo que no es posible que sus resoluciones sean inconstitucionales...**²²⁶(El resaltado es nuestro).

No compartimos la posición del Tribunal, si bien es el máximo intérprete de la Constitución, las decisiones de este no pueden ser ajenas al error, consideramos que mantener dicha posición sería señalar la infalibilidad de un órgano judicial, lo cual solo acarrearía la toma de decisiones arbitrarias sin ningún sustento, ni de la norma a la que se supone buscan defender.

Siendo así podemos considerar que las decisiones del Tribunal Constitucional pueden ser contrarias a la Constitución y, por lo tanto, padecer de la inconstitucionalidad que ha negado el mencionado Tribunal; pero, al ser una sentencia, no podría ser objeto de una acción de inconstitucionalidad que la corrija, permaneciendo esta decisión en el sistema, pero nosotros no buscamos determinar el mecanismo de control de dichas sentencias

2.4. A modo de conclusión

Cómo hemos podido observar a lo largo de este capítulo, la evolución histórica del proceso de Constitucionalismo ha permitido establecer nuevas teorías que dinamizan la interpretación de la Constitución como también de los mecanismos de control de esta. Una de estas teorías sería la propuesta por BACHOF sobre las normas constitucionales inconstitucionales.

Hemos concluido que no solo es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, sino que de esta se puede mencionar una rica y extensa tipología. Si bien para la explicación de ellas tomamos como base la propuesta de Otto Bachof, hemos argumentado tal planteamiento desde la realidad peruana, utilizando las denominaciones como meros instrumentos y añadiendo aquellas connotaciones modernas que la teoría bachofniana no pudo prevenir.

Será cuestión del siguiente capítulo determinar cuál será el mecanismo idóneo de Control de la Constitucionalidad para tratar aquellas inconstitucionalidades

²²⁶ STC del 05 de Octubre del 2004. {Expediente N.º N° 2704-2004 – AA/TC}. Fundamento Jurídico Segundo.

(o incongruencias) dentro de la norma Constitucional, así como señalar si sería factible dicho Control de todos los tipos de inconstitucionalidades señalados en el presente capítulo.

CAPÍTULO III
MECANISMOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE
NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES

CAPÍTULO III

MECANISMOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES

En el capítulo anterior analizamos la posibilidad de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales y sus tipos, en el presente capítulo plantearemos los mecanismos de control de constitucionalidad para estas incongruencias constitucionales.

Como mencionamos en el primer capítulo, los mecanismos de control de la constitucionalidad son herramientas que permiten concretizar la supremacía constitucional. LINARES señala, y con razón, que "...no obstante su notable trascendencia institucional, el principio de la supremacía de la Constitución no dejaría de ser más que una mera declaración teórica, si el Código Fundamental no organizara un procedimiento para hacerlo efectivo en la dinámica de las instituciones..."²²⁷.

Pero, en el presente caso, el Código Fundamental no cuenta con un mecanismo para controlar la constitucionalidad de dichas normas, por ello plantearemos los medios de solución de este tipo de incongruencias.

²²⁷ LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional: Argentino y Comparado*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977, p 358.

Consideramos que son dos formas específicas para solucionar estas controversias, las cuales analizaremos a continuación.

3.1. Solución ideal: La reforma constitucional como control legal de la constitucionalidad

Creemos propicio iniciar este apartado con la frase de HESSE, quien señala que "...La Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende vida histórica y, en tanto que tal, sometida a ciertos cambios históricos..."²²⁸. Esta frase engloba el fenómeno constitucional de la reforma, debido a que si una Constitución no quiere quedar en el desuso debe mantenerse actualizada y abierta a los cambios y paradigmas de la realidad.

Esta figura es la que permite mantener viva y actualizada una Ley Fundamental, y resulta verdaderamente importante, pues como hemos indicado, nada asegura que el Constituyente esté libre de error, o incluso que sus decisiones no queden desfasadas con el paso del tiempo.

Resulta lógico que la medida correcta para solucionar las incongruencias constitucionales sea la reforma de aquellos artículos infractores. La inclusión de un mecanismo de reforma parcial en las normas fundamentales se debe principalmente al reconocimiento de dos situaciones: en primer lugar, que el Constituyente no es libre de error, y por lo tanto puede enmendarse dichas situaciones; y en segundo lugar, que una Constitución debe estar abierta a adaptarse a los cambios sociales que sufre un Estado.

Incluso como señalan GARCÍA MERINO & GÓMEZ SÁNCHEZ "...El concepto de defensa de la Constitución es amplio e incluye no sólo a la justicia constitucional, sino también, por ejemplo, a la reforma de la Constitución..."²²⁹.

Por lo tanto, ante estas incongruencias, debemos recurrir al artículo 206 de la Carta Magna: En tal sentido la iniciativa de reforma le correspondería al Presidente de la República; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al 0.3% de la población electoral.

²²⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 19.

²²⁹ GARCÍA MERINO, Fabiola & GÓMEZ SÁNCHEZ Francisco. *Proceso de Inconstitucionalidad*, Lima, Editorial GRIJLEY, 2009, p 14.

La iniciativa de reforma deberá ser aprobada por el Congreso de la República como mayoría absoluta del número legal de sus miembros para posteriormente ser ratificada mediante un referéndum. Pero la Carta Magna posibilita la opción de omitir el referéndum cuando el acuerdo de reforma se ha obtenido en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en ambos casos, de mayoría cualificada (dos tercios del número legal de congresistas, lo que equivale a 87 de los 130 parlamentarios).

Como señala SILVA PACHERRE "...Otro hecho importante es el papel que juega el pueblo en los procedimientos de reforma. Por un lado, como hemos visto, el pueblo en tanto soberano y titular del poder constituyente sería el encargado de producir mediante la revolución o la refundación, una reforma de carácter total que modifique toda la estructura del Estado mismo. Por otro lado, en caso que el poder reformador realice una reforma parcial o total, según las atribuciones que la propia Constitución le haya conferido, corresponde al pueblo aprobar o desaprobar, a posteriori, dicha reforma, mediante los mecanismos de consulta popular o referéndum establecidos también en el texto constitucional..."²³⁰.

Se debe realizar una contingencia en este punto, el referéndum es una forma de expresión ciudadana y de la democracia como expresión política, y por lo tanto al ser la Carta Magna la expresión normativa máxima de los deseos de un pueblo, es lógico que todo cambio de esta deba ser sometido a la voluntad popular.

No obstante debemos de ser conscientes del nivel de participación de la ciudadanía en nuestro ordenamiento y de la responsabilidad que conlleva someter a la nación una reforma de una norma incongruente; no se está debatiendo la inclusión o la modificación de una norma constitucional por un cambio en el paradigma social sobre referente norma²³¹, sino que lo que se

²³⁰ SILVA PACHERRE, Rudy. *La reforma total en la Constitución de 1993* [UBICADO el 18- IX- 2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE+content_type:4/refer%C3%A9ndum/PE/vid/425355974/graphical_version

²³¹ Un claro ejemplo es la iniciativa de reforma constitucional actualmente planteada ante el Congreso para su debate, sobre el retorno de la bicameralidad, entre otras medidas.

está debatiendo es la existencia de una incongruencia o inconstitucionalidad formal en la Carta Magna.

Esto, obviamente, implica una mayor responsabilidad por parte de la ciudadanía pues conlleva un mayor entendimiento del error y de la manera correcta de solución, y de las consecuencias nocivas que puede generar la permanencia de esta incongruencia.

Con este último párrafo no queremos mencionar que se debería suprimir la posibilidad del referéndum, pues este implica la expresión del pueblo sobre la norma guía del Estado, pero sí debe generar la consciencia en la población sobre la importancia de una reforma constitucional y de desterrar aquellos artículos incompatibles con la propia Constitución.

Es más hay que señalar la posición de SILVA PACHERRE sobre este punto señalando que si se aprueba una reforma constitucional prescindiendo del referéndum “¿no estaríamos dejando en manos del Congreso, que solo es un poder constituido, la potestad de cambiar, modificar o refundar el Estado a su voluntad, poniendo así en peligro la subsistencia del propio orden jurídico?”²³².

Asimismo, agrega que el tema de prescindir del referéndum en la reforma reviste de una gravedad, pues pone en riesgo el propio orden constitucional y además dicho riesgo proviene precisamente de la propia Constitución, por lo cual la autora termina afirmando que esta (La Carta Magna) ha sembrado en su articulado el germen de su propia destrucción²³³.

Es de apreciar dicha posición crítica con respecto al artículo 206° de la Norma Fundamental. El referéndum en sí es una expresión del Poder Constituyente y de la dación de una norma Constitucional, pero como hemos mencionado debemos tener en cuenta que una norma de rango constitucional necesita un actuar responsable por parte de aquel poder; es más podemos recordar la

²³² SILVA PACHERRE, Op, Cit.

²³³ Cfr. SILVA PACHERRE, Rudy. *La reforma total en la Constitución de 1993* [UBICADO el 18-IX-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE+content_type:4/refer%C3%A9ndum/PE/vid/425355974

diferenciación que hacía SCHMITT²³⁴ entre pueblo y nación, siendo este último una forma perfectible del último, el cual implica un mayor grado de responsabilidad y actuación en la vida política de un Estado por parte de su componente humano.

Por lo tanto, en la existencia de una reforma constitucional, en palabras de SCHMITT es necesaria la participación de la nación como titular del Poder Constituyente, y por lo mismo que el problema planteado en la presente tesis el cual implica la reforma de una incongruencia constitucional acarrea mayor responsabilidad de dicho poder.

Como señala LANDA "...pero, como toda decisión de trascendencia política, la reforma constitucional en particular requiere de consenso político y social. Esto es, no sólo del cumplimiento de una «formalidad» constitucional, sino de un pacto democrático-constitucional de los partidos políticos y de las bancadas parlamentarias, para llevar a cabo la reforma..."²³⁵.

En el país la responsabilidad de una reforma también recae sobre el Poder Legislativo, esto requiere un compromiso por parte de todas las fuerzas políticas; pues las trabas que estas puedan poner a una obra de tal importancia podría implicar el mantener una norma incompatible con la misma Carta Magna, que solo respondería al capricho de unos pocos en vez de por el bien de muchos.

Sobre este punto, debemos tener en cuenta la situación actual que atraviesa el país, cuando existe un conflicto entre legislativo y ejecutivo por la reforma de cuatro aspectos de la Constitución²³⁶ que ha polarizado a las dos fuerzas políticas más importantes del Estado. Sin entrar a debatir el fondo de dichas reformas, debemos ser conscientes que aun cuando exista dificultad de consenso sobre ciertos puntos y que una reforma sobre normas

²³⁴SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Alianza Universidad Textos, 1982, p. 93-94.

²³⁵ LANDA ARROYO, Cesar. La Reforma de la Constitución desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional, Justicia Constitucional Revista de Jurisprudencia y Doctrina, NI-1, Enero del 2005. p.140.

²³⁶ Los cuatro puntos debatidos de la reforma actualmente presentada por el ejecutivo son: la reforma del CNM; sobre el financiamiento de campañas políticas, el retorno de a la bicameralidad en el Congreso; y la no reelección inmediata de los parlamentarios.

inconstitucionales no permitiría puntos medios, en el sentido que una norma incongruente debe ser extraída del sistema pues ocasiona más daño que bien.

Por lo mismo, debemos tener en cuenta que el Poder Legislativo puede poner diferentes trabas a un proyecto de reforma, por lo cual, la existencia de una incongruencia en la Constitución se podría mantener por diferentes cuestiones políticas. Por aquello, y a nuestro parecer, si bien la reforma es la solución ideal, debemos plantear una segunda forma de solucionar el problema, que si bien no es lo ideal es necesario.

3.2. Solución alternativa: La declaración de inaplicabilidad de normas Constitucionales inconstitucionales

Proponemos una segunda forma de solucionar las incongruencias constitucionales, la cual consiste en que sea el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución quien declare dicha inconstitucionalidad.

Dicho mecanismo no sería denominado como acción de inconstitucionalidad, sino que recibiría la denominación de declaración de inaplicabilidad como ocurre con el caso del control difuso establecido en la propia Carta Magna.

Este proceso de inaplicabilidad tendría sus particularidades; para empezar se tendría que reformar el artículo 200° inciso 4 de la Constitución, pasando de este texto:

“La Acción de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”

Al siguiente:

“El Proceso de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Contra toda norma de rango Constitucional, entiéndase por estas, las que se incluyen en todo el texto de la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, procede la declaratoria de inaplicabilidad. La vulneración puede darse por incongruencia o contradicción entre dos normas constitucionales o la contravención de lo enunciado por el artículo 3° de la Constitución por parte de alguna de estas.

En este último caso, corresponde al Tribunal Constitucional declarar la inaplicabilidad de la norma infractora, la cual dejará de producir efectos hasta que se realice el proceso de reforma, en concordancia con el artículo 206. En este caso, el Tribunal Constitucional correrá traslado al Congreso de la República a fin que éste, en uso de sus atribuciones, realice la reforma correspondiente. El plazo en que ésta se produce, se define de acuerdo a la ley.” (El resaltado indica la reforma).

Para hacer esto viable también se debe reformar el artículo 93 de la misma Norma Fundamental pasando de señalar que:

“Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.

No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.”

Al siguiente texto:

“Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones.

El proceso de declaración de inaplicabilidad de normas constitucionales se realiza en la forma y modo que se indica en el Artículo 200 inciso 4.

No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.” (El resaltado indica la reforma).

Por último también se debería reformular el artículo 206 segundo párrafo de la Carta Fundamental pasando de señalar:

“La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con formas comprobadas por la autoridad electoral.”

A mencionar que:

“La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; **al Tribunal Constitucional, solo referente a la declaración de inaplicabilidad de normas constitucionales, en el extremo inaplicado**; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con formas comprobadas por la autoridad electoral.” (El resaltado indica la reforma).

También procede hacer las reformas pertinentes al Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) en los extremos referidos a la Acción de Inconstitucionalidad; en específico, el artículo 77 (donde debe agregarse la propuesta de reforma del artículo 200° inciso 4, tratado anteriormente); y el artículo 107, sobre la contestación de la demanda, donde consideramos que en el presente caso se debe emplazar al Congreso o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones; como Poder Constituido²³⁷.

Consideramos que de esta manera se podría solucionar el problema de una incongruencia constitucional, pues el Tribunal Constitucional, al inaplicar la norma incongruente, logra que esta deje de generar los efectos nocivos de ella, y, no actúa como legislador reformándola, sino que emplaza al Poder legislativo, quien tiene esa facultad reconocida en la Carta Magna.

Por obvias razones, y en uso de sus atribuciones, el Tribunal Constitucional podría declarar infundada la acción constitucional al considerar que el artículo cuestionado no es infractor ni formal ni materialmente. Esto no implica que no sean objeto de una reforma constitucional, si así lo considera necesario tanto el Congreso de la República como el pueblo en la consulta sobre dicha reforma.

Nos explicamos con un ejemplo: Imaginemos que el Presidente de la República (persona facultada para interponer acción de inconstitucionalidad según el artículo 203° de la Carta Magna) interpone una acción sobre un artículo X de la Constitución, en el proceso respectivo el Tribunal Constitucional considera que dicha norma no es violatoria de la norma fundamental y por lo tanto la declara infundada; esto no implica que dicha norma no pueda ser reformada (más por una acción política que por una acción inconstitucional) según el proceso señalado en el artículo 206° de la Ley Fundamental.

En este punto debemos preguntarnos el motivo de que sea el Tribunal Constitucional el órgano encargado de revisar la acción planteada y no otro órgano o poder.

²³⁷ Por obvias razones no se podría emplazar al Poder Constituyente, pues este cesó en sus funciones en el momento de la dación de la Constitución.

3.2.1. El Tribunal Constitucional como garante de la Constitución

Consideramos que el Tribunal Constitucional es el órgano idóneo para declarar dicha inaplicabilidad amparado en el artículo 201° de nuestra Norma Fundamental, cuando este establece que “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”. En palabras de CASTILLO CÓRDOVA “(...) para el caso peruano se facilita tremendamente la justificación a partir del artículo 201 de la Constitución en el que, como se recordará, se define al Tribunal Constitucional como *órgano de control de la Constitución*. De manera que todo el significado que aquí se ha desarrollado acerca de lo que significa controlar a la Constitución, es atribuible al Tribunal Constitucional...”²³⁸.

No sólo se ampara esta postura en el artículo 201° de la Norma Fundamental sino en las propias facultades que posee este órgano colegiado y con las cuales ningún otro órgano cuenta. Por ejemplo, el Poder Judicial no podría realizar la acción que proponemos pues si este órgano no puede declarar la inconstitucionalidad (como tal) en la aplicación del control difuso en las normas con rango de ley, mucho menos podría declarar la misma acción con normas de rango constitucional, pues por una cuestión lógica “quien no puede lo menos, no puede lo más”.

Es más como señala HAKANSSON “...Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada y tienen efectos generales y vinculantes para todos los poderes públicos. Del mismo modo, las sentencias denegatorias de inconstitucionalidad gozan del principio de cosa juzgada ya que impiden la interposición de una nueva acción sobre la misma norma fundada en el mismo precepto constitucional...”²³⁹.

En otras palabras, las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional deben ser respetadas por los órganos judiciales (y en realidad por los demás órganos del Estado); así, si el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma, el Poder Judicial debe respetar dicha decisión y dejar de aplicar dicha norma, y por lo mismo, si el mismo Tribunal desestima el proceso, esto implica la

²³⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La Constitución como Objeto de Control Constitucional, Repositorio Institucional PIRHUA, Universidad de Piura., Julio del 2012, p.14.

²³⁹ HAKANSSON NIETO, Carlos. *El Proceso de Inconstitucionalidad: Una aproximación teórica y jurisprudencial*, Lima, Palestra Editores, 2014, p. 177.

obligación de los órganos jurisdiccionales de aplicar la ley, pues el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre su compatibilidad con la Carta Magna.

Es más como señala el mismo Tribunal: "...En efecto, el Tribunal Constitucional "es el" órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función..."²⁴⁰.

Por obvias razones dicha acción no podría ser realizado por otros poderes del Estado, por ejemplo, no podría ser realizado por el Poder Ejecutivo pues este es un órgano netamente político.

Además, como señala el mismo órgano jurisdiccional bajo comentario "...sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204 de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* en relación a los poderes del Estado y los demás órganos constitucionales..."²⁴¹.

Ahora, es evidente que el Poder Ejecutivo al ser un órgano político y no un órgano jurisdiccional no puede realizar un proceso de juzgamiento e interpretación de una norma Constitucional. Por el lado del Poder Legislativo consideramos que el mismo no puede realizar acción jurisdiccional, pues no está dentro de sus facultades, pero si puede realizar interpretación e incluso un control político de las normas, para que estas se ajusten a la Constitución.

Por esto mismo es que consideramos, y en concordancia con las mismas prerrogativas constitucionales, que sea el Poder Legislativo quien realice el mecanismo idóneo para resolver las incongruencias constitucionales mediante la Reforma Constitucional. Pero al no ser suficiente este proceso, por lo ya anteriormente señalado, es que hemos realizado la propuesta de la declaratoria

²⁴⁰ STC del 24 de abril del 2006. {Expediente N.º 00047-2004-AI/TC} Fundamento trigésimo tercero.

²⁴¹ *Ibidem*.

de inaplicabilidad por parte del Tribunal Constitucional. Esta acción, obviamente tendría que ser en sede jurisdiccional, y como el mismo órgano ha señalado, él es el único órgano en todo el Sistema Jurídico Peruano con dicha facultad, pues es el órgano “*primus inter pares*” para resolver la acción o procedimiento de inconstitucionalidad.

Ya señalaba BACHOF “junto a ello ha de distinguirse, por un lado, la cuestión jurídico-material de sí y bajo qué circunstancias una norma constitucional puede ser inconstitucional o —en tanto que no caiga en alguna ocasión bajo el concepto de inconstitucionalidad— si puede ser inválida por la contradicción del derecho supralegal y, por otro lado, la cuestión jurídico-procesal sobre la correspondiente competencia jurisdiccional para su control, particularmente de los tribunales constitucionales”²⁴².

Debemos acotar, que ya ha existido el pronunciamiento de un colegiado, en el derecho comparado, sobre la inconstitucionalidad de una norma constitucional; el cual, como habíamos adelantado en el capítulo anterior, fue dado por la Corte Suprema de Honduras (máximo intérprete de la Norma Constitucional en dicho país) cuando en la sentencia recaída en el Rol N° 1343-2014 declara inconstitucional dos artículos de la Constitución de Honduras de 1982.

La Constitución bajo comentario señalaba en su artículo 239, que “El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser presidente o designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.”²⁴³. A su vez en su artículo 42, inciso 5 que: “**La calidad de ciudadano se pierde:** 1. Por prestar servicios en tiempo de guerra a enemigos de Honduras o de sus aliados; 2. Por prestar ayuda en contra del estado de Honduras, a un extranjero

²⁴² BACHOF, Otto. ¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?, Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 31.

²⁴³ Debemos acotar que en el presente caso, nuestra crítica no va dirigida hacia la prohibición del continuismo o reelección del presidente de alguna República, (situación (que consideramos que es contraria a los principios de la democracia), sino al menoscabo de derechos como pueden ser la libertad de expresión, libertad de conciencia, el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, etc.; que se ven violentados al prohibirse y castigarse la sola propuesta de reforma, que incluso violenta el derecho de participación ciudadana.

o a un gobierno extranjero en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional; 3. Por desempeñar en el país, sin licencia del Congreso Nacional, empleo de nación extranjera, del ramo militar o de carácter político; 4. Por coartar la libertad de sufragio, adulterar documentos electorales o emplear medios fraudulentos para burlar la voluntad popular; **5. Por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República;** y 6. Por residir los hondureños naturalizados, por más de dos años consecutivos, en el extranjero sin previa autorización del Poder Ejecutivo. En los casos a que se refieren los numerales 1) y 2), la declaración de la pérdida de la ciudadanía la hará el Congreso Nacional mediante expediente circunstanciado que se forme al efecto. Para los casos de los numerales 3) y 6), dicha declaración la hará el Poder Ejecutivo mediante acuerdo gubernativo; y para los casos de los incisos 4) y 5) también por acuerdo gubernativo, previa sentencia condenatoria dictada por los tribunales competentes.” (El resaltado es nuestro).

Para la Corte Suprema Hondureña (desde este momento CSH), en posición que compartimos, los artículos bajo comentario suponían una grave violación a la propia Carta Magna a la que pertenecían. Nos explicamos, la CSH establece que:

“...en el caso concreto, aun tratándose de normas originarias, se evidencia la colisión entre derechos fundamentales inherentes a la persona humana, también contenidos en la propia Constitución, y la infracción de principios y normas internacionales de Derechos Humanos, por lo que las normas impugnadas pierden su aplicabilidad, evidenciando la contradicción entre principios constitucionales disimiles o entre principios constitucionales y normas también constitucionales, el Juez Constitucional en su labor interpretativa se propone la articulación y coherencia que la misma constitución pretende, y eso lo debe llevar a escoger una interpretación sobre otra e incluso a aplicar una norma sobre otra o a desaplicar alguna, para resolver el problema concreto que se le plantea, con lo que no se ha desligado de la norma sino escogido y aplicado la que corresponde. Ha debido escoger entre varias normas la libertad de expresión, los derechos políticos y la libertad de creencias o de conciencia frente a

la norma que permite la reelección; haciendo así, porque todos ellos tienen el mismo rango y vigencias constitucionales; y como consecuencia procede la inaplicabilidad de las normas contenidas en los artículos 42 numeral 5) y 239 de la Constitución, por cuanto restringen derechos y garantías de igual rango constitucional, existiendo incompatibilidad con otros derechos fundamentales estipulados en la misma Constitución y en los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Estado hondureño como ha quedado precedentemente motivado.”²⁴⁴²⁴⁵.

Esta posición es esencial, pues demuestra que ni la propia Carta Magna de un país puede violentar los derechos fundamentales recogidos en esta o establecer una incongruencia insalvable dentro de su articulado.

Esto es respaldada por el *Verfassungsgerichtshof (VerfGH)* del Estado Federado de Baviera, cuando manifestó que “...El hecho de que una disposición constitucional sea ella misma una parte de la Constitución no puede excluir conceptualmente que sea inválida. Existen principios fundamentales constitucionales que son tan elementales y constituyen una plasmación tan evidente de un Derecho precedente a la Constitución, que vinculan por sí mismos al constituyente y otras disposiciones constitucionales, que no se corresponden a ese rango, han de ser inválidas a causa de su contradicción con aquellos...”²⁴⁶.

²⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras del 22 de abril del 2015. {Rol N° 1343-2014 Corte Suprema Sala de lo Constitucional de Honduras}. Considerando Jurídico dieciochoavo.

²⁴⁵ Debemos realizar un comentario aparte del tema central, pues si bien estamos de acuerdo con la resolución de la Sala Hondureña, consideramos erróneo el invocar continuamente a los Tratados Internacionales, llegando incluso a aparentar que estos tienen mayor rango que su propia Carta Magna, pues si bien que existan Tratados Internacionales que defienden derechos violados por la Norma Fundamental Hondureña es un fundamento fuerte a favor de la inconstitucionalidad de los artículos de su Constitución, se podría haber fundamentado desde el mismo Derecho Constitucional propio y del Derecho Natural, sin necesidad de recurrir constantemente a los Tratados Internacionales como fuente de protección y reconocimiento de los Derechos Humanos, pues estos no los han creado, sino solo los han reconocido, como las Constituciones.

²⁴⁶ Sentencia del *Verfassungsgerichtshof (VerfGH)* del Estado Federado de Baviera del 24 de abril del 1950. {DöV 1950, 470}. Considerando jurídico sexagésimo quinto.

Volviendo al análisis de la sentencia hondureña, debemos manifestar que lo único en lo que no estamos de acuerdo con la referida decisión, es en la forma en la que se dio, pues de la lectura de la misma del artículo 184²⁴⁷ de la Carta Magna Hondureña se desprende que no se puede promover una acción de inconstitucionalidad con una norma de rango constitucional; por lo tanto, la CSH ha realizado un análisis de fondo sobre la inconstitucionalidad de una norma sobre la cual no tiene legitimidad para poder pronunciarse. Por esto mismo es que nosotros proponemos que en el caso peruano, que es el que nos compete, se haga la reforma correspondiente del artículo 200° inciso 4 de la Constitución, y que el Tribunal Constitucional si tenga las facultades para poder pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma constitucional cuestionada.

Pero debemos resaltar que si estamos de acuerdo cuando muy acertadamente la CSH añadió que: “La Sala de lo Constitucional no tiene la atribución de reformar la Constitución, su labor debe centrarse en la interpretación conforme del texto constitucional como un todo, a efecto de resolver el problema planteado, mediante el bloque de constitucionalidad y la convencionalidad atribuida, sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo”²⁴⁸.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional tampoco debería tener las facultades para reformar el texto magno. Por ello encomendamos que cuando el Tribunal se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de una norma constitucional, y declaré fundada la acción, remita al Poder Legislativo para que realice según sus atribuciones la reforma correspondiente.

Consideramos que en los procesos donde se cuestione la inconstitucionalidad de una norma de rango constitucional, el Tribunal debe tener en cuenta el principio de la unidad de la Constitución para resolver el dilema presentado.

²⁴⁷ Artículo 184 de la Constitución de Honduras de 1982.- Las Leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razón de forma o de contenido: A la Corte Suprema de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

²⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras del 22 de abril del 2015. {Rol N° 1343-2014 Corte Suprema Sala de lo Constitucional de Honduras}. Considerando Jurídico dieciochoavo.

Este principio hace referencia a que "...la Constitución debe ser entendida como un todo orgánico, es decir, una unidad compuesta por principios y derechos que se expanden sobre el resto del ordenamiento jurídico..."²⁴⁹. En base a este principio, así como el Tribunal debe velar por la congruencia constitucional, cuando la infracción proviene de una norma con un rango inferior a la Carta Magna, de la misma forma debe velar por el respeto de este principio cuando la violación ocurre a nivel Constitucional.

Es más, de la definición antes citada podemos observar que la incongruencia puede ser reputada tanto de la contradicción normativa por incongruencia como de la violación de principios constitucionales (violación de la Constitución material), y que el principio de unidad debe regir incluso en la misma Carta Magna.

Se debe tener en cuenta que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional posee una fuerza vinculante con respecto a los otros órganos, y en el caso puntual (por nuestra propuesta) en específico el Poder Legislativo. Pues como señala HAKANSSON "...Las sentencias constitucionales, estimatorios o desestimatorias, vinculan a todos los poderes públicos, ya que su pronunciamiento tiene una incidencia institucional sobre los demás órganos estatales. Tal incidencia es consecuencia de la condición del órgano que emite la sentencia, el Tribunal Constitucional, que en el ordenamiento jurídico peruano es el intérprete supremo de la Constitución..."²⁵⁰.

Como hemos señalado en el acápite anterior parte de nuestra propuesta consiste en que una vez evaluada la constitucionalidad de una norma de rango constitucional y declarándose fundada la pretensión (o sea la acción de inaplicabilidad) el Tribunal Constitucional correrá traslado al Poder Legislativo para que este, con las atribuciones constitucionales que posee, realice la reforma correspondiente.

El Poder Legislativo no podrá, por lo tanto, negarse a cumplir las funciones de reforma que le corresponden por mandato constitucional, pues las sentencias del Tribunal poseen fuerzas vinculantes; y esto como señala HAKANSSON, se

²⁴⁹ GARCÍA MERINO & GÓMEZ SÁNCHEZ, Op, Cit. 26.

²⁵⁰ HAKANSSON Proc, Op, Cit., p. 170.

debe al mismo hecho de que el Tribunal bajo comentario es el máximo intérprete de la Constitución, y sus decisiones son lo que le otorgan vida a la Norma Fundamental.

De esta forma proponemos dos mecanismos posibles para resolver los problemas de incongruencia constitucional. El primero, la reforma por parte del Poder Legislativo, mecanismo idóneo que, sin embargo, puede fallar o demorar, permitiendo la subsistencia de la incongruencia, cuando este Poder ponga trabas a fin de beneficiar ciertos intereses políticos. Frente a esto, se propone un segundo mecanismo, la declaración de inaplicabilidad por parte del Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Norma Magna, de tal manera que resolución permita atacar las incongruencias constitucionales, vinculando al Sistema Jurídico a acatar dicha declaración y al Poder Legislativo a reconocerla, y con las atribuciones que posee, reformarla.

CONCLUSIONES

1. Hemos podido observar en un primer momento el desarrollo histórico del Proceso Constitucional, el cual nos ha servido como base para entender las figuras que pertenecen a la rama del Derecho Constitucional.
2. Para ello también hemos analizado los puntos filosóficos que establecen la existencia de normas preconstitucionales, la cual cobra importancia cuando con posterioridad defendemos la existencia de antinomias constitucionales en la infracción de un derecho metapositivo.
3. Por lo anterior ha sido necesario explicar conceptos básicos pero esenciales del Derecho Constitucional, como son el Poder Constituyente; los Mecanismos de Control de la Constitución; el Bloque de Constitucionalidad; y finalmente el Proceso de Reforma Constitucional.
4. Cómo hemos podido observar a lo largo de esta investigación la evolución histórica del proceso de Constitucionalismo ha permitido establecer nuevas teorías que dinamizan la interpretación de la Constitución como también de los mecanismos de control de esta. Una de estas teorías sería la propuesta por Bachof sobre las normas constitucionales inconstitucionales.
5. Hemos concluido que no solo es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, el cual se fundamenta en la jerarquía

entre disposiciones constitucionales, y está destinada a aplicarse en aquellos casos extremos en los que la contradicción normativa impide aplicar el principio de interpretación armónica de la Carta Magna.

6. No solo es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, sino también es factible mencionar una rica y extensa tipología. Si bien para la explicación de ellas tomamos como base la propuesta de Otto Bachof, hemos argumentado tal planteamiento desde la realidad peruana, utilizando las denominaciones como meros instrumentos y añadiendo aquellas connotaciones modernas que la teoría bachofniana no pudo prevenir.
7. Por último proponemos dos mecanismos para la resolución de las antinomias constitucionales; uno que es el idóneo, que consiste en la reforma, por parte del Poder Legislativo, de los artículos que constituyan una incongruencia constitucional, pero como hemos señalado debemos tener en cuenta que el Poder Legislativo puede poner diferentes trabas a un proyecto de reforma, por lo cual, la existencia de una incongruencia en la Constitución se podría mantener por diferentes cuestiones políticas.
8. Por ello es que proponemos un segundo mecanismo de solución de incongruencias constitucionales, el cual consistiría en la declaratoria de inaplicabilidad de parte del Tribunal Constitucional de cualquier norma de rango constitucional incongruente, mediante la cual este órgano correrá traslado al Poder Legislativo para que este, con las atribuciones constitucionales que posee, realice la reforma correspondiente. De esta forma consideramos que se solucionarían las antinomias constitucionales en nuestro ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. BACHOF, Otto. *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*, Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra Editores, 2010.
2. BERNAL GÓMEZ, Beatriz. *Historia del Derecho*, México, Editorial Cultura Jurídica, 2010.
3. BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho político*. Buenos Aires, Editorial Aguilar, 1962.
4. BISCARETTI Di Ruffia, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
5. CHANAMÉ & OTROS. *Manual de Derecho Constitucional: Derecho, Elementos e Instituciones Constitucionales*, Arequipa, Editorial ADRUS, 2009.
6. CRUZ, Luis. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, México, Editorial PORRÚA MÉXICO, 2006.
7. DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos. *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*, México, 2011.

8. DÍAZ REVORIO. Textos Constitucionales Históricos, Lima, Palestra Editores, 2004.
9. ETO CRUZ, Gerardo. *Constitución y Procesos Constitucionales*, Tomo I, Lima, Adrus Editores, 2013.
10. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. “El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII” en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo I, Madrid, Editorial Dykinson, 1998.
11. FERRERO, Raúl. *Ciencia Política: Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Lima, Editorial GRIJLEY, 1998.
12. GARCÍA MARTÍNEZ, María. *El Control de Constitucionalidad de las Leyes: Recurso y Cuestión de Constitucionalidad*, Lima, Jurista Editores, 2005.
13. GARCÍA MERINO, Fabiola & GÓMEZ SÁNCHEZ Francisco. *Proceso de Inconstitucionalidad*, Lima, Editorial GRIJLEY, 2009.
14. GROCIO, Hugo. *Del Derecho de la Guerra y la Paz*, Madrid, Editorial Reus, 1925.
15. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
16. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Editorial TECNOS, 2000.
17. HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2012.
18. HAKANSSON NIETO, Carlos. *El Proceso de Inconstitucionalidad: Una aproximación teórica y jurisprudencial*, Lima, Palestra Editores, 2014.
19. HART, H. *El concepto de Derecho*, traducido por G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
20. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

21. KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, en asociación con Editorial Jurídica GRIJLEY & Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2001.
22. LANDA ARROYO, César. *Los Procesos Constitucionales en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Lima, Editorial PALESTRA, 2010.
23. LINARES QUINTANA, Segundo. *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial ARIEL, 1970.
24. LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional: Argentino y Comparado*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977.
25. LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional: Argentino y Comparado*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977.
26. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003.
27. PUFENDORF, Samuel. *De iure naturae et Gentium libri octo*, traducido por Jean Barberyc, Amsterdam, 1734.
28. RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*, Buenos Aires, Editorial ARIEL, 1999.
29. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Editorial Alianza Universidad Textos, 1982.
30. TRUYOL y SERRA, A. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
31. VERICAT, José. "El Iusnaturalismo" en *Historia de la filosofía*, Tomo II, Barcelona, Editorial Crítica, 1992.
32. WHEARE, Kenneth. *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Editorial LABOR, S.A., 1974.

33. ZARINI, Helio Juan. Derecho Constitucional, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1999.

34. ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática, Lima, Palestra Editores, 2009.

Artículos de Revistas de Investigación:

1. ALFONZO JIMÉNEZ, Armando. El Garantismo, IUS UNLA, Universidad Latina de América, Anuario 2005, Enero del 2006.
2. ALLIER, Jaime. *Inconstitucionalidad de normas Constitucionales*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 31, México, 2011.
3. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La Constitución como Objeto de Control Constitucional*, Repositorio Institucional PIRHUA, Universidad de Piura., Julio del 2012.
4. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Las Decisiones inconstitucionales del Tribunal Constitucional*, THEMIS revista de derecho, N° 67, 2015.
5. COMELLAS, José Luís. Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812, Revista de Estudios Políticos, Diciembre de 1962.
6. JIMÉNEZ CANO, R. M. Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento, Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 10, Julio del 2009.
7. LANDA ARROYO, Cesar. La Reforma de la Constitución desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional, Justicia Constitucional Revista de Jurisprudencia y Doctrina, NI-1, Enero del 2005.
8. ZUÑIGA, Francisco & CÁRCAMO, Roberto. *¿Inconstitucionalidad de normas Constitucionales? Un caso de Constitucionalismo Abusivo*, Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 7, Comentarios de Jurisprudencia, Chile, 2015.

Recursos Electrónicos:

1. BARBERIS, Mauro. El Neoconstitucionalismo, Third Theory of Law [UBICADO el 12-V-2018] Obtenido de: <https://app.vlex.com/#WW/vid/428966546>
2. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción peruana de inconstitucionalidad*. 2014 [UBICADO EL 14-XI-2017] Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12525>
3. CAIRO ROLDAN, Omar. El control de la constitucionalidad y la teoría general del Proceso. [UBICADO EL 13-II-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:PE/control+de+constitucionalidad/vid/77239927
4. CLARIN OPINIÓN. *¿Una Constitución inconstitucional?* 1998. [UBICADO EL 09-IX-2017] Obtenido de: https://www.clarin.com/opinion/constitucion-inconstitucional_0_Bk0WnPgJLhe.html
5. DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc. Tendencias del Constitucionalismo Mundial a Principios del Siglo XXI. [UBICADO el 08-V-2018] Obtenido de: <http://www.unla.mx/iusunla32/reflexion/TENDENCIAS%20DEL%20CONSTITUCIONALISMO%20MUNDIAL%20AL%20PRINCIPIOS%20DEL%20SIGLO%20XXI.htm>
6. FERREIRA DE QUIROZ, Ari. *Da Inconstitucionalidade das Leis e Atos Normativos*. [UBICADO y traducido por Vlex el 06-X-2017] Obtenido de: <https://app.vlex.com/#WW/vid/589306902>
7. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Estado y Municipio en el Perú*, 2003. [UBICADO el 07-XI-2017] Obtenido de: www.garciabelaunde.com/articulos/EstadoyMunicipio.pdf
8. GARCÍA HIGUERA, Rubén. La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart. [UBICADO EL 21-V-2018] Obtenido de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9824/regla_reconocimiento.pdf

9. GIRALDO, Sergio & TRUJILLO, José. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. [UBICADO el 12-V-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#WW/search/*/neoconstitucionalismo/WW/vid/522117502/graphical_version
10. GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. [UBICADO el 12-V-2018] Obtenido de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/22/11.pdf>
11. MARQUEZ GONZALEZ, Jose. Hart y Kelsen: Regla de Reconocimiento y Norma Básica. [UBICADO EL 21-V-2018] Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3759045>
12. MEJÍA, Henry Alexander. *Evolución Histórica Del Derecho Constitucional*. [UBICADO el 10-IX- 2017] Obtenido de: <https://slidedoc.es/evolucion-historica-del-derecho-constitucional>
13. MEZA HURTADO, Artemio. *El Denominado Bloque De Constitucionalidad Como Parámetro De Interpretación Constitucional, ¿Es Necesario En El Perú?*, 2012-2013. [UBICADO el 06-XI-2017] Obtenido de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>
14. PERALTA MARTÍNEZ, Ramón. Sobre el Poder Constituyente y la Rigidez Constitucional. [UBICADO EL 12-II-2018] Obtenido de https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4+jurisdiction:PE/Poder+Constituyente/vid/60291667
15. PFERSMANN, Otto. *Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Una Perspectiva Normativista*. [UBICADO el 10 -X- 2017] Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4560794.pdf>
16. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas. [UBICADO EL 15-II-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/bloque+de+constitucionalidad/p2/vid/379100262

17. SILVA PACHERRE, Rudy. La reforma total en la Constitución de 1993 [UBICADO el 18- IX-2018] Obtenido de: https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE+content_type:4/refer%C3%A9ndum/PE/vid/425355974/graphical_version
18. VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín. Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada. [UBICADO el 10-II-2018] Obtenido de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-cuatro-etapas-de-la-historia-constitucional-comparada/>
19. VALLE Riestra, Javier. *No todo lo que está en la Constitución es constitucional* [UBICADO el 17 -XI- 2018] Obtenido de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/234ECE3D24A20D0005257CEF00723100/\\$FILE/jvr2.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/234ECE3D24A20D0005257CEF00723100/$FILE/jvr2.pdf)
20. WIELAND CONROY, Hubert. *¿Puede una Ley de Reforma Constitucional ser objeto de una acción de inconstitucionalidad?*, 2005. [UBICADO el 06-XI-2017] Obtenido de: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11950/puede_ley_reforma_Wieland.pdf?sequence=1

Jurisprudencia:

1. Sentencia del *Verfassungsgerichtshof (VerfGH)* del Estado Federado de Baviera del 24 de abril del 1950. {DÖV 1950, 470}.
2. STC del 21 de enero del 2002. {Expediente N.º N° 0014-2002-AI/TC}
3. STC del 10 de diciembre del 2003. {Expediente N.º 014-2003-AI/TC}
4. STC del 05 de Octubre del 2004. {Expediente N.º N° 2704-2004 – AA/TC}.
5. STC del 22 de septiembre del 2005. {Expediente N.º 0002-2005-PI/TC}
6. STC del 27 de septiembre del 2005. {Expediente N.º Pleno Jurisdiccional 0020-2005-PI/TC 0021-2005-PI/TC (acumuladas)}.
7. STC del 24 de abril del 2006. {Expediente N.º 00047-2004-AI/TC}
8. STC del 26 de marzo del 2007. {Expediente N.º 0005-2006-PI/TC}

9. Rol N° 1343-2014 Corte Suprema Sala de lo Constitucional de Honduras.