

EL EFECTO ONDULATORIO DE LAS FUENTES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

THE UNDULATORY EFFECT OF THE SOURCES IN A CONSTITUTIONAL STATE OF LAW

Carlos Hakansson Nieto*
Universidad de Piura

The sources of law, as we know them, have been designed under the concept of law of the roman german system tradition. But, what is the role and position of the sources of law in a Constitutional State of Law, taking into account that the Constitution has, according to the author, its origin on the Common Law System? Do the sources of law lose their utility or have to be rethought?

In this article, the author introduces a succession of sources that come from the Constitution, with the aid of jurisprudence, as an undulatory effect that irradiates all the constitutional legal order.

KEY WORDS: *Constitutional Law; Constitutional State of Law; sources of law; Consuetudinary Law; Doctrine; Common Law.*

Las fuentes del Derecho, tal y como las conocemos, han sido pensadas bajo la concepción del Derecho dentro de un sistema de tradición romano germánico. Pero, ¿cuál es el rol y posición de las fuentes del derecho en un Estado Constitucional de Derecho, en la medida que la Constitución tiene, para el autor, origen en el sistema jurídico anglosajón? ¿Acaso las fuentes de Derecho pierden utilidad o tienen que ser repensadas?

En el presente artículo, el autor presenta una sucesión de fuentes que se desprende desde la Constitución, con la ayuda de la jurisprudencia, como una especie de efecto ondulatorio que irradia a todo el ordenamiento jurídico constitucional.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Constitucional; Estado Constitucional de Derecho; fuentes del Derecho; Derecho Consuetudinario; Doctrina; sistema anglosajón.*

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Ex Decano de la Facultad de Derecho, ex Secretario General y ex Director de Estudios de la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo del Departamento de Educación y Cultura de la Comisión Europea. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Contacto: carlos.hakansson@udep.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 08 de mayo de 2015, y aceptado por el mismo el 15 de junio de 2015.

I. EL TRÁNSITO DEL ESTADO LEGAL AL CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El estudio de las fuentes constitucionales merece especial importancia en el Derecho; en esta rama especialmente, porque la Constitución es de origen anglosajón y naturaleza judicialista, dos factores que propician su progresiva producción. El propósito de realizar una visión sobre las fuentes a partir de la Constitución parte, en primer lugar, con la idea de no seguir asociando su estudio con el clásico dictado de las fuentes que se imparten en una asignatura de introducción a las ciencias jurídicas o teoría del Derecho, cuando su campo de regulación es el Derecho Constitucional.

En segundo lugar, porque la explicación que se realiza respecto de las fuentes puede ser un tanto positiva y estatal —la primera, por limitarse en la práctica a reconocer sólo aquellas fuentes que la Constitución indica como tales, y la segunda, por circunscribirse preponderantemente a la ley como máxima expresión jurídica del Estado—, una afirmación que puede empezar a cambiar gracias al tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho, marcado en gran medida por el avance del judicialismo, surgido a partir de las resoluciones del Tribunal Constitucional, sus precedentes vinculantes y normas constitucionales adscriptas. Un tránsito que también se puede comprender como el surgimiento del juez constitucional sobre el juez legal.

Con relación a las fuentes, la Constitución de 1993 no las recoge en un título o capítulo especialmente dedicado a ellas; más bien, se encuentran dispersas en todo su articulado. En primer lugar, están el artículo 51 y el segundo párrafo del artículo 128, que establecen la supremacía y jerarquía constitucional respectivamente; así como el artículo 200 inciso 4, que establece las normas con rango de ley.

Luego, tendríamos los artículos 102 al 109, que regulan la formulación y promulgación de las leyes, con especial mención al artículo 104, que permite los Decretos Legislativos, y al artículo 106, que define la finalidad de las leyes orgánicas. También el artículo 206, que regula la ley de reforma constitu-

cional; el artículo 118 inciso 20, que crea y regula los Decretos de Urgencia; y el artículo 32 inciso 3, que menciona a las Ordenanzas Municipales (ver, además, el artículo 200, inciso 4).

Por otro lado, hay que considerar los artículos 55 al 57, que regulan los tratados, así como el artículo 3 y la Cuarta Disposición Final que, interpretándolos, brindan jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos. También está el inciso 1 del artículo 102, que trata sobre las resoluciones legislativas del Congreso. Asimismo, el inciso 8 del artículo 118, que reconoce en el Presidente de la República la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

Como se puede apreciar, si bien las fuentes están reconocidas formalmente por el texto de la Constitución, su contenido y significado responde más a un Estado legal que a uno Constitucional de Derecho; es decir, se encuentra más asociado a la idea de la posición que tiene el Derecho positivo en un ordenamiento presidido por la Constitución en la cumbre de una pirámide, como suele graficarse desde una concepción kelseniana¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, como su máximo intérprete, ha establecido su posición reivindicando el papel que cumplen las fuentes en el ordenamiento constitucional. En ese sentido, basándonos en lo resuelto por el Colegiado, proponemos una visión alternativa para comprender el modo de aparición y progresivo desarrollo de las fuentes en el ámbito constitucional.

II. ¿CUÁLES SON LAS FUENTES DEL DERECHO RECONOCIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

El Tribunal Constitucional peruano, a través de la sentencia que resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley que faculta el nombramiento de profesores aprobados por concurso público —Ley 27971²—, se pronunció en torno al sistema de fuentes diseñado por la Constitución de 1993. En la resolución, el Tribunal se ocupa de desarrollar una teoría de las fuentes del Derecho, presidida por la propia Carta de 1993 —denominada por el Colegiado como “fuente de fuentes”—,

¹ Al respecto, el Profesor de Otto lo explica argumentando que “[e]l concepto de Constitución como norma suprema presupone, por tanto, una determinada estructura del ordenamiento y, en ese concreto sentido, es un concepto histórico: no todo ordenamiento tiene una Constitución. No hay Constitución cuando creación y aplicación de derecho están aún unidas, por ejemplo en los sistemas de derecho judicial. Tampoco la hay si la creación de derecho no está sometida a su vez a normas, por ejemplo en el sistema de soberanía del parlamento”. En: DE OTTO, Ignacio. “Derecho Constitucional: sistema de fuentes”. Barcelona: Ariel. 1987. pp. 14-15.

² Véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 047-2004-AI, de fecha 24 de abril de 2006, en los actuados entre José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado).

haciendo un repaso de cada una mediante su definición y concreta aplicación en el Derecho peruano, especialmente detallada en el caso de la ley, para luego ocuparse de los tratados, la jurisprudencia, la costumbre, los principios, la autonomía de la voluntad y la doctrina.

El reconocimiento del Tribunal a la Constitución como “fuente de fuentes”³ no es una simpleza; todo lo contrario, pues a lo largo del tiempo la enumeración de las fuentes del Derecho bajo la concepción europea continental ha sido un tanto incoherente con el Derecho Constitucional. Por un lado, se nos explican las tesis de Kelsen diciéndonos que la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la *norma normarum* que valida y preside la producción de las demás normas, pero, inexplicablemente, cuando se enumeran las fuentes del Derecho, la ley todavía encabeza la lista. La pregunta es la siguiente: ¿cuál es la posición de la Constitución en las fuentes del Derecho? ¿No debería ser la primera en citarse para guardar coherencia con el primer planteamiento?

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

Con relación al *Common Law*, fruto del judicialismo en el mundo anglosajón, debemos tener presente sus dos clásicos modelos: el inglés y el esta-

dounidense. Se trata de dos experiencias jurídicas que han tenido un desarrollo paralelo pero unitario, pero que también han mostrado sus propias connotaciones.

En el sistema inglés, por ejemplo, nos encontramos con el inmutable principio de soberanía del Parlamento. En cambio, en el modelo norteamericano, nos encontramos con una Constitución Federal, codificada y supra ordenada a las otras fuentes constitucionales; una *Judicial Review*; así como una administración de justicia que se divide entre el Estado federal y los Estados esfera federados, sin olvidar la tradición, prestigio y gravitante función política de Tribunal Supremo⁴.

Hoy en día, la aproximación de la clásica teoría europea continental a los pilares de la tradicional anglosajona, basada en el *Common Law*, es más cercana en la actualidad; la línea divisoria entre ambas tradiciones no es tan clara como antes⁵. Podemos citar como ejemplos: (i) la creación de cortes constitucionales, especializadas o no, que se encuentran presentes en los sistemas jurídicos de las comunidades políticas; (ii) la necesidad de los jueces de determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos y libertades al momento de resolver un proceso de garantía; (iii) el desarrollo y efecto vinculante de las resoluciones de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos; y, a todo ello debemos sumar (iv) la presencia de los precedentes judiciales en el ordenamiento jurídico⁶.

Todos los cambios mencionados⁷ han sido fruto de una realidad cada vez más evidente: el Derecho Constitucional es de origen anglosajón y naturaleza judicialista⁸. Los países con la más antigua tradición constitucional y lugar originario de sus más importantes instituciones son, precisamente, las comunidades políticas anglosajonas que forman parte de

³ Ibid. Fundamento Jurídico 9.

⁴ Véase: PEGORARO, Lucio y Angelo RINELLA. “Las fuentes en el Derecho Comparado (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)”. Lima: Editorial Grijley. 2003. p. 66.

⁵ Antes del surgimiento y progresivo desarrollo de la jurisdicción constitucional en los países de tradición europea continental, los sistemas jurídicos se dividían en países de *Common Law* y países de sistema romano germánico.

⁶ Debemos diferenciar los cambios, dado que se distinguen dos tipos: (i) los surgidos producto de la postguerra mundial en las Constituciones europeas continentales, que han influenciado notoriamente a las Constituciones iberoamericanas surgidas en los años ochenta del siglo XX, y que responden al llamado neoconstitucionalismo; y, (ii) aquellos cambios de fondo y forma surgidos en las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, que merecen una explicación aparte para comprender su origen, contenidos y propósitos.

⁷ No son todos los que figuran en el párrafo anterior pero sí los que deseo resaltar en el prólogo.

⁸ “El Derecho es plural, no monista. La visión judicialista ayuda a percibir esa pluralidad porque, si el Derecho consiste en sentencias que resuelvan casos concretos, *ex definitione*, no formará un sistema completo, cerrado ni perfecto. Un normativista extremo será, posiblemente, monista y sistemático y querrá convencernos de que el Derecho consiste sólo en normas; en cambio, un judicialista extremo, por extremo que sea, siempre tendrá que admitir, además de las sentencias, principios y *regulae iuris* generales, aunque sólo fueran las producidas por los comentaristas de la jurisprudencia”. En: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. “En defensa de la Constitución”. Segunda Edición. Lima: Palestra Editores. 2011. p. 563.

la historia del constitucionalismo, gracias al contenido material de sus resoluciones judiciales.

Por eso, es importante resaltar la tradición judicialista, por ser innata al constitucionalismo, entendido como el movimiento en favor del reconocimiento y protección de las libertades, pues los encargados de protegerlas serán los jueces gracias a la argumentación jurídica de sus sentencias. Si bien los miembros de una asamblea constituyente serán los comisionados por los ciudadanos para redactar un texto constitucional, los jueces serán los encargados de interpretarlo administrando justicia, en cada caso concreto, y generando jurisprudencia como la primera fuente constitucional.

A. El valor de la jurisprudencia constitucional

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

En los países de tradición europea continental, conocidos también como de *Civil Law*, el Estado legal de Derecho no ha brindado a la jurisprudencia el lugar que le corresponde, relegándola a un segundo plano por debajo de la legislación. A pesar que esta situación está empezando a cambiar lentamente como producto de la aparición de los tribunales constitucionales luego de la segunda guerra mundial, la tradición jurídica continental se resumía en tres conceptos: (i) estatismo; (ii) positivismo; y, (iii) codificación. Estos fueron los tres factores que acompañaron la difusión del constitucionalismo por Europa continental⁹.

La importancia de darle su lugar a la jurisprudencia cuando se explican las fuentes del Derecho es imprescindible para poder exponer una visión de ellas, pero siempre desde el punto de vista del Estado Constitucional de Derecho. Por eso, se puede observar que la jurisprudencia suele ser más popular y segura que la legislación, pues un ciudadano puede tener más presente en la memoria la sen-

tencia que le dio la razón (“el juez dijo que la casa es mía”) que una ley que le reconoce un derecho en términos generales (“todos tienen derecho a la vivienda”).

Al aproximarnos a la labor que realizan los tribunales constitucionales en el ejercicio de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, estamos de acuerdo en que sus pronunciamientos no pueden limitarse a solamente expresar textualmente su estimación o desestimación, sino que tienen la responsabilidad, de acuerdo a la complejidad y circunstancias de cada caso concreto, de fundamentar su posición y prever sus consecuencias mediante diversos tipos de sentencias que disponen alcances singulares, ya sea en el fallo o en la parte considerativa de las mismas. Un efecto inmediato de este ejercicio es el enriquecimiento de las fuentes constitucionales a través de sus precedentes de carácter vinculante¹⁰.

El articulado de un texto constitucional no agota su contenido, a poco de dure los jueces se ocuparán de interpretar la Constitución conforme con su espíritu, cubriendo inevitables lagunas, salvando imprecisiones para su cabal comprensión y actualizando sus conceptos y el alcance de sus disposiciones con el paso del tiempo, convirtiéndolo en un documento vivo –*living document*–, piedra angular del ejercicio de la vida política por muchas generaciones de ciudadanos.

B. Los principios como fruto de la jurisprudencia

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

En un sistema de fuentes constitucionales, los principios también son fruto de la jurisprudencia. En ese sentido, no estamos aludiendo a todos los principios jurídicos, sino solamente a aquellos que aluden a la preservación del movimiento constitucionalista y su principal finalidad de limitación al ejercicio de las funciones del poder para el reconocimiento de los derechos y libertades ciudadanas.

⁹ Como sostiene el profesor Pereira Menaut, “[e]l hecho de que la idea de Constitución aparezca hoy adherida a otras ideas se explica porque el nacimiento, consolidación y difusión de la Constitución coincidieron en el tiempo con otros movimientos y tendencias relacionadas pero no obstante diferenciables”. Ibid. p. 50.

¹⁰ Véase en el mismo sentido: FIGUEROA MEJÍA. Giovanni. “Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana”. México: Editorial Porrúa. 2011. p. 29.

En el campo de la interpretación constitucional, por ejemplo, el surgimiento de principios ha dado lugar a unas herramientas indispensables que colaboran al momento de desarrollar un producto interpretativo conforme con la constitucionalidad, pues las clásicas metodologías hermenéuticas del Derecho general, como el método literal, histórico o sociológico, no resultaban confiables para lograr un resultado conforme con el espíritu constitucionalista.

Los principios de unidad, supremacía, corrección funcional, aplicabilidad directa y *favor libertatis* se convierten en herramientas o criterios fundamentales para comprender la naturaleza del conjunto de disposiciones constitucionales, siendo útiles además para saber integrar al documento el resto de fuentes que, con el paso del tiempo, surgen a partir del texto constitucional.

1. El principio de unidad

Se puede descubrir su fundamento en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando nos dice que “toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. La tarea de asegurar ambas garantías obliga a guardar cuidado y respeto por la constitucionalidad, ofreciendo una interpretación armónica de todas las disposiciones¹¹.

El principio de unidad se apoya en el método sistemático por la necesidad de tener presente todas las sentencias, principios y normas constitucionales como un todo indivisible, con la finalidad de evitar posibles zonas de indefensión a los derechos y libertades.

La visión unitaria de la constitucionalidad nos permite comprender el triunfo de las constituciones no codificadas frente a las codificadas, pues la duración de un texto constitucional tiene como sana consecuencia su enriquecimiento mediante la jurisprudencia, los principios, la costumbre y la doctrina, entre otras fuentes. Es decir, la unidad no está referida sólo a las disposiciones del texto constitucional, sino más bien al conjunto de fuentes que integran la constitucionalidad de una sociedad democrática en un Estado de Derecho.

2. El principio de supremacía y aplicabilidad directa

Ambos principios son sinérgicos. El primero destaca la posición de primacía de la Constitución frente al ejercicio abusivo del poder, y no solamente frente al Derecho, como suele restringirse su significado con base en el positivismo. La Constitución estadounidense en su artículo 6 es muy clara al afirmar que “esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán el Derecho Supremo de la Tierra” –*Supreme Law of the Land*–, comprendiéndose que nadie en su sano juicio podría violentarlas, y que lo contrario podría ser tomado como un acto de fuerza contrario al Derecho.

Como mencionamos, el principio de aplicabilidad directa guarda relación con la supremacía, pues no sería posible que la Constitución ostente la posición de Derecho supremo si sus expresas disposiciones, o aquéllas que se dicten con base a ella, no son a su vez plenamente observadas y vividas por gobernantes y gobernados. Se trata de un principio que en el mundo anglosajón es conocido como *direct enforceability*¹².

En los países de tradición europea continental es más conocido como principio de normatividad directa, lo cual alude a una visión más estatal, positivista y codificadora del Derecho, pero de reconocimiento tardío, pues se empieza a asimilar con los textos constitucionales de la postguerra, conocidos también como las llamadas Constituciones modernas.

3. El principio de corrección funcional

Tiene su fundamento en la doctrina de la separación de funciones del poder, más conocida como la división de poderes, y el respeto a la teoría de los llamados pesos y contrapesos –*checks and balances*–, que debe primar en la relación de los órganos constitucionales. De lo que se trata es de advertir que el ejercicio de una función del poder controla al otro poder, y que ambos colaboran en perfeccionar una decisión política: el Parlamento aprobando una ley y el Jefe de Estado promulgándola, el Ejecutivo aprobando un tratado con la comunidad

¹¹ Es importante destacar que la histórica Declaración de la Revolución Francesa no dice expresamente “todo Estado” sino “toda sociedad”, una señal para comprender que el concepto originario de Constitución siempre estuvo asociado, desde su nacimiento, con la persona, y no girando alrededor del concepto de Estado, pues lo correcto es que las cartas magnas deban ser concebidas como la Constitución del Ciudadano.

¹² La aplicabilidad directa, o *direct enforceability*, evidencia que los padres de la Constitución estadounidense siempre tuvieron en la mente que se trataba de un documento que debía ser invocado por los ciudadanos para reclamar sus derechos y aplicado por los jueces para la solución de las controversias. Una jurisdicción de la libertad.

internacional y el Legislativo ratificándolo para que rija y en vigor forme parte del Derecho interno. Por tanto, si bien la colaboración es admitida en el ámbito de la gobernabilidad, la concentración de las funciones del poder en un solo órgano está prohibida.

Si recurrimos a la literatura anglosajona, nos sorprenderíamos al descubrir la claridad con la que se puede explicar lo mismo con solo citar “El Señor de los Anillos”. Si bien a Tolkien se le atribuye la creación de todo un mundo con su obra, también es cierto que le faltó describirnos las líneas generales de un sistema político, aunque el gobierno de la Comarca Hobbit podría ser algo parecido a las polis griegas. No obstante, el autor sí nos ofreció una clase de Derecho Constitucional.

La idea de un anillo que es capaz de controlar a todos los demás nos hace ver el peligro de la concentración del poder y sus beneficios cuando está disperso. Basta sustituir la palabra “anillo” por “poder absoluto” para verlo claramente en la introducción de su novela: “Un poder absoluto para gobernarlos a todos. Un poder absoluto para encontrarlos. Un poder absoluto para atraerlos a todos y atarlos en las tinieblas, en la Tierra de Mordor donde se extienden las Sombras”.

Es muy difícil ofrecer algo distinto a la separación de poderes para lograr los mismos objetivos en democracia; por eso, no es de extrañar que sea elevado a un principio y, en los Estados Unidos, casi a una filosofía. De esta manera será el juez, a través del principio de corrección funcional, quien debe saber delimitar las funciones de los órganos en conflicto y fijar sus respectivas competencias a consecuencia de una errónea interpretación de las disposiciones constitucionales.

4. El principio de *favor libertatis*, o *pro personae*

Es un principio que reivindica el centro de interés del movimiento constitucionalista: la preservación de la libertad para el ser humano y sus beneficios para su plena realización. La noción de que los derechos fundamentales son bienes humanos, cuotas de perfección de la naturaleza humana que contribuyen con su realización¹³, guarda sintonía con la finalidad de este principio, que nos recuerda que la persona es el centro del Derecho y que

el constitucionalismo desea que se encuentre en libertad para la realización de todas sus capacidades humanas.

Por esa razón, la declaración de los derechos y libertades no se agota en el catálogo de una Constitución, pues está reconocida la apertura a los derechos, la llamada enumeración de derechos implícitos, cuya concepción también es de raíz anglosajona: la novena enmienda de la Constitución norteamericana nos dice que: “[e]l hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que también son prerrogativas del pueblo”.

La jurisprudencia constitucional ha descubierto otros principios o criterios de interpretación pero, en nuestra opinión, tienden a tener un significado similar, con diferencias muy fronterizas para brindarles especial atención y autonomía. Lo que nos queda decir respecto de ellos es la importancia de su concurso al momento de interpretar correctamente la Constitución, dadas: (i) su especial naturaleza; (ii) esenciales diferencias con la legislación ordinaria, (iii) su carácter inmutable en el tiempo; y, (iv) la firmeza que brindan a la argumentación que realiza un juez constitucional.

En las constituciones modernas podemos apreciar la presencia de principios generales del Derecho –civil, penal, laboral, tributario, etcétera–, una consecuencia de su más difundida acepción: la Constitución como “norma de normas”. No es de extrañar que luego los textos constitucionales sean concebidos como un compendio o “conjunto de principios generales del Derecho”¹⁴. Contrarios con este significado, pensamos que si el Derecho Constitucional tiene autonomía, lo coherente es que la Constitución sólo contenga sus principios informadores, excluyendo aquellos que sean ajenos a su naturaleza y finalidad.

En todo caso, las disposiciones constitucionales siempre deben ser para los jueces una fuente inspiradora de principios. La posición de los principios en las fuentes del Derecho guarda directa relación con el grado de desarrollo que adquiera la Constitución; por eso, sólo se podrán tomar en cuenta aquellas sentencias que contengan un aporte interpretativo y no mera transcripción de

¹³ De acuerdo con el profesor Castillo Córdova: “[...] los derechos humanos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas”. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general”. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 37.

¹⁴ Las distintas acepciones que existen sobre la Constitución pueden verse en: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. Óp. cit. pp. 37-40.

las leyes¹⁵. Los principios se encuentran más a gusto en un mundo de sentencias, cuando son invocados por los jueces¹⁶. El conflicto se plantea cuando se quiere llevar al extremo la concepción del ordenamiento jurídico piramidal, cerrado, completo y presidido por una Constitución codificada¹⁷.

C. El Derecho Consuetudinario

La definición de la fuente consuetudinaria, conocida también como costumbre, hace referencia a la suma de prácticas jurídicas de naturaleza espontánea que con el tiempo han alcanzado uso generalizado y que gozan de conciencia de obligatoriedad dentro de una comunidad política; sin embargo, no es una fuente que se genera de la noche a la mañana. Su proceso de producción es lento y está relacionado directamente con el grado de aceptación y posicionamiento de una Constitución en el tiempo y su progresivo desarrollo jurisprudencial, que justamente son las dos fuentes constitucionales que deben precederla en su aparición. A continuación, algunas razones para valorar su importancia y debida posición en un sistema de fuentes constitucionales.

1. Las Constituciones con muchos años de antigüedad generan costumbres. El Derecho Constitucional anglosajón es rico en usos y convenciones precisamente por su tradición, apoyada en la cultura jurídica y concretos episodios de su historia.
2. Las costumbres son más firmes que la ley. Los tipos de costumbres que conocemos en la teoría del Derecho nos muestran que las costumbres según la ley –*secundum legem*–, contra la ley –*contra legem*– o que van más allá de la ley –*praeter legem*– poseen una fuerza y posición difícil de superar por una legislación sustentada en la formalidad de su procedimiento de aprobación.
3. Las costumbres son más lentas en aparecer: se valen de la historia, las circunstancias políticas y el Derecho. Una Constitución no producirá Derecho Consuetudinario sino hasta encontrarse debidamente asentada en

la comunidad política, es decir, plenamente vivida por gobernantes y gobernados, y directamente aplicada por los jueces (*living document*).

Las Constituciones anglosajonas evidencian una importante producción de esta fuente, al punto que podrían considerarse como terreno fértil para su nacimiento y consolidación. El ejemplo paradigmático es el Reino Unido, pero la Constitución norteamericana también es rica en convenciones. En ambos casos, el paso del tiempo y el sentimiento constitucional de generaciones han influido decididamente en el valor del Derecho Consuetudinario constitucional.

D. La doctrina de la autoridad

El valor de la doctrina en la práctica judicial se encuentra un tanto relegado. Formalmente se reconoce como fuente, pero las comunidades políticas que se rigen por el Derecho romano germánico le otorgan mayor peso a los argumentos basados en el Derecho positivo que en el resto de fuentes del Derecho.

En el Constitucionalismo británico, la doctrina es conocida como los *books of authority*. Son libros considerados por los tribunales como históricas declaraciones autorizadas sobre el Derecho y reconocidas en la actualidad, a pesar de la época en que fueron escritas, salvo que se pueda argumentar que los criterios jurídicos han cambiado con el tiempo.

Al respecto, Sir William Blackstone sostuvo que existen autores a los que los investigadores en *Common Law* les tienen gran veneración y respeto, como Glanvill y Bracton, Britton y Fleta, Hengham y Littleton, Statham, Brooke, Fitzherbert y Staunforde, al ser obras escritas por verdaderas autoridades en la materia¹⁸. La regla general es que la doctrina desarrollada en los *books of authority* se convierta en fuente de las decisiones judiciales.

En el mismo sentido del párrafo anterior, tampoco podríamos dejar de mencionar los “papeles del federalista”, una serie de comentarios publicados

¹⁵ Ver: OLLERO, Andrés. “Derecho Natural y Jurisprudencia de Principios”. En: Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos 8. 1981. p. 178.

¹⁶ Cabe señalar que la Comisión de juristas encargados de estudiar la Carta de 1993 tiene un planteamiento opuesto, debido a que considera necesaria la incorporación de un título especial que agrupe los principios fundamentales que orientan la Constitución. Véase: Informe Final de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Ministerio de Justicia. 2001. p. 21.

¹⁷ Véase: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos; LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe; LÓPEZ MIRA, Álvaro y José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY. “Temas de derecho constitucional español: una visión problemática (apuntes de clase)”. Murcia: Follas Novas. 1996. pp. 37-41.

¹⁸ Ver: BLACKSTONE, William. “Commentaries on the Laws of England”. First Rate Publishers. 2014. pp. 72-73.

por importantes miembros de la asamblea que elaboró la Constitución norteamericana –Hamilton, Madison y Jay–, al punto que nadie discute su importancia, al igual que las actas de una asamblea constituyente contemporánea. En la actualidad, se puede apreciar que los jóvenes tribunales constitucionales citan en sus resoluciones a importantes juristas nacionales y extranjeros, clásicos y contemporáneos¹⁹, una muestra de que la jurisprudencia reivindica la importancia de esta fuente del Derecho.

La doctrina de la autoridad como fuente constitucional se ocupa de comprender, compendiar y sistematizar el desarrollo de las fuentes jurídicas surgidas a partir de la interpretación judicial de la constitución. Los precedentes vinculantes y las normas constitucionales adscriptas se convierten en su materia de estudio.

La doctrina de la autoridad de los juristas es la herramienta que, a modo de retroalimentación, los jueces utilizan en la construcción de su argumentación jurídica; sin embargo, no toda producción jurídica tiene el estatus de doctrina de la autoridad, sino sólo aquella que pueda ser reconocida en el tiempo por sus valiosos aportes en la teoría y aplicación del Derecho²⁰, una condición que se ajusta a los escritos de los clásicos constitucionales y la doctrina nacional que posea un amplio acuerdo en la comunidad jurídica.

E. La producción del Derecho positivo

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

La Constitución prima en las fuentes del Derecho porque es suprema al poder, es decir, es jerárquicamente superior a cualquier manifestación del

poder, y, precisamente, la producción del Derecho es una de sus formas de manifestación. En ese sentido, la jerarquía normativa que posee la ley, cuya forma de producción está regulada por la Carta Magna, no debe desviarnos de la idea de que ésta nació para ser suprema al ejercicio del poder político –teorema–, y no solamente para tener la más alta posición dentro de un ordenamiento jurídico –corolario–, una concepción positivista del Derecho constitucional que no es inclusiva de la jurisprudencia como productora del Derecho y del valor que ocupa al momento de reconocer los derechos y libertades de la persona.

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

En ese sentido, en el marco de las fuentes en un Estado Constitucional de Derecho, la producción legislativa debería circunscribirse a las siguientes motivaciones:

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

Por todo lo anterior, la Constitución naturalmente influye decididamente en la producción normativa, pero antes en la jurisprudencia, que también debe dictarse conforme con sus disposiciones.

¹⁹ Los jóvenes tribunales constitucionales de países que todavía se encuentran en un proceso de transición democrática recurren mucho a la doctrina para sostener sus argumentos y posiciones, especialmente en los casos polémicos que se les presentan y deben resolver; un recurso de consolidación de la *auctoritas*, entendida como el saber socialmente reconocido.

²⁰ Como define el Profesor Pereira Menaut, “[l]os libros de autoridades son los que aportan una ayuda importante para la comprensión del edificio constitucional o dan una guía para su interpretación”; y agrega que “[a] causa de la compleja naturaleza de la Constitución británica las obras de ciertos autores que interpretan la Constitución se han convertido en parte de la propia Constitución”: son los casos de Erskine May, Walter Bagehot, A.V. Dicey y Edward Coke, por ejemplo. Ver: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. “El ejemplo constitucional de Inglaterra”. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1992. pp. 11-12.

Luego de señalar los motivos que deben impulsar la legislación, es oportuno citar a Zagrebelsky para recordar la diferenciación que propone entre Constitución y Ley. La primera es definida como “forma de convivencia” y la segunda como “forma de fuerza”²¹. Por eso, es necesario que durante la producción del Derecho Positivo deba observarse no sólo la Constitución, sino además el conjunto de fuentes constitucionales que se derivan a partir de su contenido y mediato desarrollo jurisprudencial, tales como los principios, la fuente convencional y la doctrina de la autoridad. La elaboración de las normas positivas deben tenerlo presente, so pena de ser declaradas inconstitucionales.

Sobre la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, John Marshall dijo ante un grupo de universitarios que “[...] si no nos gusta una ley del Congreso, no tendremos demasiados problemas para encontrar motivos y declararla inconstitucional”²². Precisamente, los argumentos que tendrán a mano serán los que se desprendan de la falta de coherencia de la norma con el conjunto de fuentes constitucionales.

La posición de los tratados también responde al mismo ejercicio, pues si bien tienen la misma jerarquía que la ley, los que versan sobre derechos humanos se identifican y son parte de la Constitución. Los tratados son definidos como expresiones de voluntad que adopta el Estado con la comunidad internacional, o con organismos extra nacionales, que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del Derecho Internacional Público. Estos documentos expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones, o entre éstas y aquéllos. Si bien los tratados se encuentran formalmente fuera de un texto constitucional, la Constitución y los tratados sobre derechos humanos conforman una unidad desde un punto de vista material.

Toda violación a los acuerdos internacionales, o la renuncia a las instancias supranacionales para la protección de los derechos humanos, son un atentado directo a la Carta Magna. Desde la perspectiva internacional, los tratados sobre derechos humanos son normas de *ius cogens*; es decir, son preceptos de obligatoria observancia por los Estados, al igual que la Constitución²³. Y desde el punto de

vista constitucional, la protección de los derechos humanos implica a los Estados, principalmente, un “no hacer”, “no intervenir”, para asegurar los derechos liberales (como la dignidad, la igualdad y la libertad), y, a su vez, “un hacer” para la protección de los derechos sociales (como la salud, la educación y el trabajo).

III. EL EFECTO ONDULATORIO DE LAS FUENTES CONSTITUCIONALES

Al llegar a este punto, una visión judicialista de las fuentes jurídicas en el Estado Constitucional de Derecho debe dejar de concebirlas como si se tratara de compartimentos estancos. Todo lo contrario: se encuentran en movimiento gracias al progresivo desarrollo jurisprudencial. Es evidente que en los primeros años de una joven Constitución no se pueda constatar su lógica evolución y desarrollo jurisprudencial. El paso del tiempo es aliado del movimiento constitucionalista producido a partir de su interpretación judicial, cubriendo vacíos, actualizando y complementando el contenido del texto aprobado por consulta popular.

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

Una Constitución puede comprenderse mejor dentro de un sistema de fuentes, pero siempre bajo una concepción judicialista. Se trata de un planteamiento que incluso podría armonizarse con los

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. “La Ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional”. Madrid: Editorial Trotta. 2008. p. 112.

²² “I want to say to you young gentlemen that if we don’t like an act of Congress, we don’t have too much trouble to find grounds for declaring it unconstitutional”. BURNS, James; PELTASON, Jack W.; CRONIN, Thomas E. y David MAGLEBY. “Government by the people”. Decimoséptima edición. Nueva Jersey: Prentice-Hall. 1998. p. 421.

²³ Véase el artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), ratificada por el Perú mediante el Decreto Supremo 029-2000-RE del 21 de septiembre del 2000.

argumentos más positivistas sobre esta materia; es decir, cuando se argumenta que al establecer en un ordenamiento “una norma suprema, una Constitución, significa que esa creación normativa o legislación en el sentido amplio del término queda a su vez sujeta a normas que son el fundamento y límite de su validez. Por decirlo así, el plano de las normas, previamente diferenciado del de la aplicación y concentración en órganos específicamente normadores, se escinde en dos: el de las normas que esos órganos crean (legislación) y el de las normas superiores a que han de sujetarse (Constitución)”²⁴. En ese sentido, la tradicional gráfica de la pirámide normativa bajo una concepción kelseniana puede seguir siendo de utilidad para comprender la ubicación del Derecho positivo en las fuentes constitucionales.

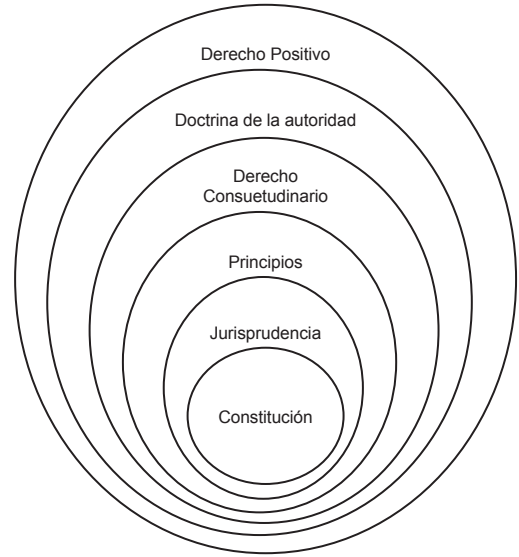
En el siguiente gráfico se puede apreciar la evolución o, llamémosle así, efecto ondulatorio de las fuentes constitucionales, que nos lleva a comprender que la fuerza y asentamiento de un texto constitucional en la sociedad puede con el tiempo dar lugar a la producción de fuentes jurídicas que se inspiran y relacionan con sus disposiciones, realizando y facilitando la comprensión y mejor utilidad de los principios de unidad, supremacía, corrección funcional, aplicabilidad directa y *favor libertatis*.

Como se puede apreciar, la Constitución se ubica en el núcleo y expresión de la decisión fundamental, es decir, del pacto de límites al ejercicio del poder para garantizar toda una esfera de derechos y libertades a los ciudadanos. Con el paso del tiempo, los jueces ordinarios y, especialmente, el órgano comisionado por los constituyentes para controlar la constitucionalidad deben inspirarse en los principios del constitucionalismo para comprender sus fines y metas por alcanzar.

En resumen, el contenido del pacto, las principales ideas que tuvo presente el constituyente histórico y los pilares de los poderes constituidos se convierten en el núcleo de toda Constitución, a partir de la cual los jueces producen las soluciones a casos concretos que nos permiten conocer lo que la Constitución es en cada momento; y, a lo largo del tiempo, en esa tarea, los principios y criterios de interpretación no tardarán en aparecer, colaborando en establecer los límites al ejercicio de la legislación y de los actos arbitrarios.

La generación de Derecho Consuetudinario posee unos requisitos que escapan a la finalidad de este ensayo, pero la legitimidad de ejercicio de un texto

Gráfico:
El efecto ondulatorio de las fuentes constitucionales del Derecho



constitucional en el tiempo, gracias a las sucesiones democráticas, la institucionalidad del Estado Constitucional de Derecho y el valor de su jurisprudencia, se convierten en factores indispensables para una producción ordenada por los fines que inspiran el constitucionalismo.

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

Finalmente, las fuentes constitucionales se circunscriben de acuerdo con el modo de su producción jurídica y se desarrollan alrededor de la Constitución. En efecto, el orden de sucesión descrito se puede asociar al de un conjunto de círculos concéntricos que, partiendo de la Constitución, como si se tratara de un efecto ondulatorio, produce paciente y progresivamente el resto de fuentes mediante una interpretación judicial siempre ordenada alrededor del pacto fundamental de límites al ejercicio del poder. 🏛️

²⁴ DE OTTO, Ignacio. Óp. cit. p.14.