

La constitucionalización del derecho peruano

Constitutionalization of Peruvian Law

CÉSAR LANDA *

Resumen: La constitucionalización de las distintas áreas del Derecho es un fenómeno cada vez más arraigado en nuestra cultura y contexto jurídicos. Tal vez la forma más evidente en que se haya manifestado sea el creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, en la significación y resignificación de conceptos, derechos y principios jurídicos que, a través de sus sentencias, han afectado desde el derecho tributario hasta los derechos humanos. Sea que esto se valore positiva o negativamente, su relevancia para comprender el derecho y sus efectos en la actualidad es innegable.

Palabras clave: constitucionalización – filosofía del derecho – derecho civil – derecho penal – derecho internacional – derecho tributario – derecho laboral – derecho procesal – estado constitucional de derecho – constitución – control constitucional – interpretación constitucional – argumentación constitucional

Abstract: Constitutionalization of Law's different areas is a phenomenon gradually more ingrained in our cultural and legal framework. Maybe the best demonstration is the increasingly prominent role of the Constitutional Court (TC) – Constitution's Supreme Interpreter – in defining and redefining concepts, rights and legal principles touching a range of subjects, from Tax Law to Human Rights. This is relevant to understand the Law and its current effects whether it is valued positively or negatively.

Key words: constitutionalization – philosophy of law – civil law – penal law – international law – tax law – labor law – procedural law – constitutional rule of law – constitution – constitutional control – constitutional interpretation – constitutional argument

CONTENIDO: I.- PRESENTACIÓN.- II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.- III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL.- IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL.- V. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.- VI. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO.- VII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL.- VIII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL.- IX. PERSPECTIVAS.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Correo electrónico: clanda@pucp.edu.pe

I. PRESENTACIÓN

El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado de derecho, basado en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico. En ese momento en el desarrollo y configuración del Estado de derecho, la Constitución no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.

Esta transición solo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho, a partir de la segunda posguerra. Este hecho obligó —sobre todo a los jueces y tribunales— a la aplicación directa de la Constitución ya no solo dentro de lo jurídicamente debido¹, sino también dentro de lo constitucionalmente posible².

Por su parte, el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, «a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden»³.

De esta forma, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho. Actualmente, de la Constitución emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados⁴, lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el

1 PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1991. pp. 251y ss.; ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984. pp 277y ss; asimismo, RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid: CEC, 1990, pp. 37y ss.

2 CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 302 y ss; asimismo, STARCK, Christian. «Constitutional Interpretation». En Christian STARCK (ed.). *Studies in German Constitutionalism, the german contribution to the forth world congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 59 y ss.

3 KELSEN, Hans. «La Garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)». *RDP*, XXXV, 1982. p. 204. Vaduz: Topos Verlag.

4 GUASTINI, Ricardo. «Sobre el concepto de Constitución». En M. CARBONELL (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta - IJ/UNAM, 2007, p. 23. Ver también: PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 27.

15

LA CONSTITU-
CIONALIZACIÓN
DEL DERECHO
PERUANOCONSTITUTIO-
NALIZATION OF
PERUVIAN LAW

propio rol del juez⁵. En tal sentido, se ha señalado que «si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más»⁶. Por tanto, la Constitución es considerada la *norma normarum* —la norma de creación de las normas— y la *lex legis* —la ley suprema—, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general⁷, es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado.

Ahora bien, cuando se alude al ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, o en los decretos y reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital⁸. De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino «una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura»⁹.

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital —*living constitution*—, el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto —el Tribunal Constitucional (en adelante TC)—, un objeto —la Constitución— y un método —los tipos de interpretación y los tipos de sentencias—. ¹⁰

Esta relación no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino a través del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional¹¹. Esto implica un nuevo rol en la creación

5 FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y futuro del Estado de derecho». En M. CARBONELL (ed.) *Neoconstitucionalismo...* Ob. cit., pp. 13 y ss.; asimismo, ATIENZA, Manuel. «Argumentación y Constitución». En Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan Ruiz MANERO. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 113 y ss.

6 DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 76.

7 HESSE, Honrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1885, p. 14.

8 DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel. Segunda edición. 1987, p. 162; asimismo, ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.

9 ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 100.

10 RUIZ MANERO, Juan. «Una tipología de las normas constitucionales». En Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan Ruiz MANERO. *Fragmentos para una teoría de la Constitución...* Ob. cit., pp. 69 y ss.

11 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38.

judicial del derecho y es una consecuencia natural del desarrollo del Estado constitucional y, en particular, de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales de los países de tradición jurídica romano-germánico.

Este nuevo rol es tradicional de los tribunales supremos de los países del *common law*, donde la jurisprudencia es la fuente del derecho y no solo la ley; por ello se ha señalado que se viene produciendo una convergencia de estos dos modelos o familias jurídicas¹². Este proceso de judicialización del derecho, que se manifiesta a través de los tribunales constitucionales o supremos encargados de garantizar los derechos fundamentales, también se evidencia a través del proceso de globalización internacional y regional que no solo es económica o política; por ejemplo, en las sentencias de los tribunales internacionales de integración o derechos humanos, como el Tribunal de Luxemburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico nacional —dinámico y vital— presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del derecho¹³, se plantean algunas reflexiones sobre la impronta de la Constitución y la jurisprudencia del TC peruanos en las distintas áreas del derecho.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Si bien el Congreso es el órgano por excelencia de creación del derecho a través de la ley, el TC también participa, aunque subsidiariamente, en su creación mediante la interpretación de la Constitución. El TC ejerce amplios poderes para controlar no solo la forma sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. Esto constituye el complejo proceso de constitucionalización del derecho.

Al respecto, Cappelletti ha señalado que «la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*»¹⁴.

12 MERRYMAN, John. «Convergence of civil law and common law». En M. CAPPELLETTI (ed.). *New perspectives for a common law of Europe*. Italia: European University Institut, 1978, pp. 210-213; asimismo, CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Porrúa, 1993, pp. 66-68.

13 AGUILÓ, Joseph. *La Constitución del Estado constitucional*. Colombia: Palestra - Temis, 2004, pp. 55-62.

14 CAPPELLETTI, Mauro. «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional». En AA.VV. *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1984, p. 629.

El problema de la interpretación para la filosofía del derecho supone, siguiendo a Hart, oscilar entre la visión positivista del derecho, que consideraría al TC como una «pesadilla», y el iusnaturalismo, que lo consideraría como un «noble sueño». La pesadilla es esta imagen del tribunal o juez que, frente a un vacío normativo o indeterminación de una disposición, casi no se distingue del legislador porque lo llena de contenido. De otro lado, en el noble sueño, frente a un vacío normativo o indeterminación de una disposición, el juez o un tribunal, si bien no encuentra una norma inequívoca, sí la halla en el sistema normativo a través de los principios y valores —expresos o latentes— que le permitirán llegar a un resultado inequívoco¹⁵.

Esta realidad universal abre un panorama en el que Bulygin¹⁶ ha distinguido hasta tres teorías claramente diferenciadas en torno a la cuestión de si los jueces pueden o no crear derecho:

1. En primer lugar, la teoría tradicional, que sostiene que el derecho es creado por el legislador y que los jueces se limitan a aplicarlo a los casos particulares.
2. En segundo lugar, la teoría que sostiene que los jueces crean derecho cada vez que crean normas individuales, es decir, en cada caso concreto.
3. En tercer lugar, la teoría según la cual los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen cuando crean normas generales en situaciones muy especiales.

Para saber con qué concepción opera la justicia constitucional, habría antes que responder a la pregunta sobre con qué teoría de Constitución y del proceso opera el TC. En concreto, se parte de una teoría de la integración de la Constitución¹⁷ y del derecho procesal constitucional como concretización de aquella¹⁸, ya que son las que mejor explican el rol creador de derecho constitucional al reconocer en la Norma Suprema los alcances y la fuerza normativa o interpretativa con la que debe cumplir su rol la justicia constitucional. Por ello, en la actualidad los precedentes constitucionales del TC trascienden el caso concreto,

15 HART, Herbert. «Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño». En VV.AA. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994, pp. 327-350.

16 BULYGIN, Eugenio. «Los jueces ¿crean derecho?». En *La función judicial*. Jorge MALEM, Jesús OROZCO y Rodolfo VÁSQUEZ (comps.). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 21. RUBIO Llorente, Francisco. «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho». *REDC*, 8, 22 (enero-abril, 1988), pp. 9-51.

17 SMEND, Rudolph. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1985, p. 287. Al respecto, esta teoría es la que prevalece en los diferentes Tribunales Constitucionales contemporáneos; no obstante, se puede revisar la crítica normativista a dicha teoría en KELSEN, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 147.

18 HÄBERLE, Peter. «El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional». *Pensamiento Constitucional* VIII, 8 (2002), pp. 25-59; asimismo, LANDA ARROYO, César. *Teoría del derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra, 2004, p. 278.

vinculando no solo a las instancias jurisdiccionales, sino también a todos los poderes públicos y privados.

En consecuencia, las normas de origen judicial se incorporan al modelo jurídico constitucional peruano romano-germánico¹⁹. Pero ello solo es posible si se comprende que la existencia del TC se basa en dos principios consustanciales que fundan el Estado constitucional y democrático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la Ley Fundamental sobre otras normas de inferior jerarquía, y el principio político democrático o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de valores democráticos en virtud del cual se imparte justicia²⁰.

Con respecto a la naturaleza del TC, es preciso señalar que la complejidad de este órgano constitucional impide que pueda ser entendido a cabalidad únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas normativamente por la Constitución o por el régimen jurídico-constitucional que lo regula. Incluso el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político de la Nación. Por ese motivo, hemos sostenido que el TC puede ser entendido no solo como un órgano jurisdiccional, sino también como un órgano constitucional y político²¹.

Cuando nos referimos a la naturaleza política del TC, en definitiva, no aludimos al sentido tradicional del término, como puede ser el de «hacer política», sino al de «hacer derecho». Por eso, se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento —en última instancia— como vocero del Poder Constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la Constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas —*political questions*—.

Si bien la tensión entre política y derecho es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del TC cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia causas importantes que no han podido ser resueltas debido al bajo consenso político entre la oposición y el gobierno para resolverlas en sede política. Se genera, así,

19 AGUILÓ, Joseph. *Teoría general de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000, pp. 112-123.

20 DE VEGA GARCÍA, Pedro. «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución». En *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 298-302.

21 LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y estado democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra, 2007, pp. 265-319; HÄBERLE, Peter. «El Tribunal Constitucional como poder político». En Konrad HESSE y Peter HÄBERLE. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: Porrúa, 2005, pp. 91-123; asimismo, HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Introducción al derecho procesal constitucional*. México: Porrúa, 2005, pp. 38-53.

una alta presión en la esfera de decisión judicial por parte de los poderes públicos, pero también de los poderes privados y fácticos.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que en países como el Perú, con una tradición desintegrada, donde la realidad política es conflictiva, el TC, que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido político, económico, social o cultural, no puede hacerse la ilusión de estar situado por encima de las contiendas que él mismo ha de juzgar. De hecho, al estar inmerso en ellas, en su rol de tribunal imparcial puede generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda Constitución tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional²².

Sin embargo, lo que mejor caracteriza su facultad de «hacer derecho» es su estatus jurisdiccional, al que nos hemos referido en anteriores oportunidades, sin que con ello se pretenda, en modo alguno, restar importancia a las demás características de este órgano²³.

Por otro lado, el hecho de que la Constitución peruana no comprendiera al TC como un órgano del Poder Judicial no lo priva de su carácter de órgano jurisdiccional; por el contrario, el TC asume la función de impartir justicia constitucional, puesto que le ha sido atribuida no solo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución como el supremo intérprete de la Constitución sino también de velar por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, precisando el contenido y los límites de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación²⁴.

Dicha constatación permite sostener que el modelo de la justicia constitucional kelseniano puro y simple ha sido superado, en la medida que en el texto Constitucional no solo existen derechos fundamentales sino también principios constitucionales y valores superiores, que el Tribunal tiene como misión esencial tutelar e incluso, a veces, desentrañar su contenido normativo²⁵.

22 ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1997; asimismo, GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra, 2005.

23 LANDA ARROYO, César. «Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el derecho procesal constitucional». En *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra, 2006, pp. 316-319.

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*. Material de lectura del Seminario-Taller internacional, en tres volúmenes. Lima, febrero-marzo, 2008, con el auspicio del proyecto JUSPER de la Unión Europea, donde se recopilan los materiales de los ponentes Manuel ATIENZA, Joseph AGUILÓ REGLA, Juan RUIZ MANERO, César ASTUDILLO y Gloria LOPERA.

25 SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 364-365.

En este orden de ideas, resulta imprescindible entender que la filosofía del derecho opera como una dínamo de la Constitución y de la ley para cumplir su función democrática, y que las sentencias constitucionales sean el producto de las técnicas del método interpretativo y argumentativo que coadyuvan en gran medida a la realización de tal finalidad constitucional. Se supera, así, la idea que existía en el derecho clásico de que la labor del juez consistía únicamente en la aplicación de la norma²⁶, esto es, el juez debía limitarse a subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar; por ello Montesquieu señalaría, en la primera hora del constitucionalismo, que el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley.

La teoría jurídica moderna ha dejado de lado esa concepción para dar paso a la noción del juez como creador del derecho, es decir, que el juez constitucional no se limita a realizar la función cognoscitiva de la norma, como tampoco se puede reducir a una función volitiva sino a una función institucional en la que debe optar entre los diversos contenidos normativos razonables de la ley²⁷.

Es a partir de esta nueva concepción que resulta posible explicar la vital importancia de los precedentes constitucionales del TC que vienen moldeando las aristas y contornos de las distintas ramas del derecho, de acuerdo con los principios constitucionales y derechos fundamentales expresados en las sentencias constitucionales.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

El proceso de estatalización de la vida privada, generado por el constitucionalismo moderno, dio lugar, a finales del siglo XX, al proceso inverso de privatización de la vida pública. Es en este doble proceso que se ha afirmado y expandido la constitucionalización del derecho civil, sobre todo a partir de la jurisprudencia del TC. Pero afirmar que la Constitución se identifica con el orden jurídico fundamental de la sociedad no implica sostener que todo pueda ser objeto de regulación constitucional, dado que a ella solo atañen, de forma directa, los aspectos generales particularmente importantes para la sociedad y el Estado. En consecuencia, es al legislador democrático a quien corresponde la pertinente regulación específica²⁸.

26 PRIETO SANCHIZ, LUIS. «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». En la compilación del mismo autor, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, 2002, pp. 109-163; ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Navarra: 2004, pp. 77-108.

27 BARAK, Aharon. «El rol de la Corte Suprema en una democracia». *Ius et Veritas*, XIII, 26 (2003), pp. 108-114; AJA, Eliseo (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 276 y ss.; asimismo, LÓPEZ GUERRA, LUIS. *El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra, 2001, pp. 85 y ss.

28 HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 81- 82.

Dicho proceso no se ha iniciado de oficio, sino a partir de las limitaciones del modelo tradicional del Estado de derecho —basado en el principio de legalidad— y su sistema de justicia —orientado este último a restablecer el orden jurídico— antes que procurar el respeto de los derechos fundamentales y, particularmente, de las garantías del debido proceso y de la tutela jurisdiccional, ambos consagrados en la Constitución. Ello ha permitido que la justicia constitucional motive sus resoluciones, más aún cuando el TC ha asumido el desafío de resolver los conflictos de derechos entre los particulares, siempre en el marco de los principios y derechos constitucionales.

De hecho, así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, ya que si bien es cierto que el juez está sometido a la ley —*principio de legalidad*—, es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución —*principio de constitucionalidad*—. El juez realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida en que debe considerar conjuntamente a las razones de la ley y a las razones de la Constitución²⁹.

En efecto, el TC, a partir de una interpretación constitucional no formalista sino institucional, realiza su labor de argumentación considerando que la Constitución es una norma de carácter político y de naturaleza jurídica³⁰, con la finalidad de resguardar el cumplimiento del principio de supremacía y de su fuerza normativa.

Pero si bien la interpretación constitucional —institucional— se configura como un pilar necesario para replantear el quehacer de la jurisdicción constitucional, ello resultaría una tarea estéril si es que al mismo tiempo no se legitima socialmente la labor del TC, garante de los derechos fundamentales, la ley y el orden constitucional.

En ese sentido, los pronunciamientos del TC sobre distintos derechos fundamentales han permitido configurar los presupuestos del control constitucional en el área del derecho civil. Además de ello, el TC ha desarrollado algunas consideraciones, unas veces en calidad de *obiter dictum* y otras en calidad de *ratio decidendi*, con miras a la resolución de causas en materia de protección del derecho a la vida; derechos de la persona (nombre, identidad, filiación, sucesión); protección de las familias (reconstituidas, uniones de hecho), personas jurídicas y derechos fundamentales; protección de la propiedad frente a la expropiación y la cuasi expropiación; tutela de los contratos (leyes, administrativos),

29 GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición corregida. Lima: Palestra, 2005, p. 42.

30 RUBIO, Marcial. *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, pp. 11-13; asimismo, ver «Mesa Redonda: Marcial RUBIO, Néstor Pedro SAHÚÉS, César LANDA y Francisco EGUIGUREN. Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en el Perú: diez años después». *Thémis*, 55 (2008), pp. 13-27.

entre otros temas. Todo ello sobre la base del desarrollo de la Norma Constitucional.

Así, en algunos temas propios del derecho civil se expidieron resoluciones de manera motivada y razonable, no exentas de debate y que tuvieron el efecto de potencializarlo. En efecto, a partir de los libros del Código Civil pueden identificarse las sentencias del TC que expresan su deber de interpretar las instituciones civiles conforme a la Constitución, o que dan cuenta de la incorporación de dichas instituciones en la interpretación constitucional. Empero, lo anterior se torna imposible cuando el activismo judicial se convierte en autoritarismo judicial. Dicho de otra manera, cuando la argumentación no ha sido mínimamente consistente o coherente, también se han expedido fallos agraviantes para el derecho civil³¹.

Así por ejemplo, ha sido objeto de debate doctrinal el hecho de considerar a las normas que integran el Título Preliminar del Código Civil como disposiciones materialmente constitucionales, al ser este aplicable a la totalidad del sistema jurídico y no solo al ámbito estrictamente civil³². Sobre ello, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse de forma reiterada en relación al artículo I del referido Título Preliminar. El TC ha señalado que la modificación o derogación de una ley por otra constituye una materia preminentemente constitucional, ya que permite configurar el orden jurídico nacional.

Ello solo ha sido posible en el actual modelo del Estado constitucional, en el que nuestro TC a veces ha cumplido la función de guardián de algunas instituciones del derecho civil frente a la supresión o vaciamiento de su contenido por medio de la ley. También ha sido un guía o impulsor de instituciones civiles, y en algunos otros casos ha involucionado en materia civil, violando derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas, como en el agravante caso de la Pontificia Universidad Católica del Perú³³.

Pero al margen de las interpretaciones de las mayorías transitorias del TC, la mejor garantía del goce y ejercicio de los derechos y libertades civiles se encuentra en su afirmación en los derechos fundamentales. De allí que la reforma del Código Civil tendrá mayor arraigo en la medida que se edifique como un derecho civil constitucional; para lo cual se debe tener en consideración, en un sentido fuerte, la mejor jurisprudencia

31 ANDRUET, Armando. *¿Es posible el autoritarismo judicial? Justicia constitucional*, IX, 7 (julio 2007-junio 2008). Lima: Palestra, 2010, pp. 59-79.

32 LANDA ARROYO, César. «Constitución y derecho civil: una lectura constitucional del Título Preliminar». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Tomo I, pp. 213 - 240.

33 RUBIO, Marcial. *Apostillas a la sentencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 58.

constitucional y, sobre todo, el sentimiento constitucional de la sociedad peruana.

23

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Como hemos señalado en un principio, la Constitución, en tanto norma suprema, establece las bases constitucionales del derecho público y el derecho privado. Pero quizás sea en el derecho penal donde la vinculación e influencia del derecho constitucional se hace más patente, en la medida que los valores de libertad personal y seguridad que realiza constituyen su *telos*.

LA CONSTITU-
CIONALIZACIÓN
DEL DERECHO
PERUANOCONSTITUTIO-
NALIZATION OF
PERUVIAN LAW

Por ello, podemos decir que el derecho constitucional incide en el derecho penal, por un lado, respecto de la privación de la libertad sobre la base del principio de legalidad³⁴. Esto como consecuencia de que el poder punitivo del Estado recae directamente sobre la persona, cuyo respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución). En esa medida, dicho poder no puede ser ejercido arbitrariamente, sino dentro de los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

Por otro lado, el derecho constitucional vincula al derecho penal a través de la interpretación y argumentación constitucionales. De ahí que se pueda señalar que las categorías jurídicas de la dogmática penal son susceptibles de ser objeto de interpretación en unos casos, y de definición de su contenido en otros, a través de los distintos métodos de interpretación³⁵.

La vinculación no siempre pacífica entre estas dos ramas del derecho se pone en evidencia a partir de la jurisprudencia del TC. Los procesos constitucionales que tutelan la libertad individual y sus derechos conexos respecto del Poder Judicial, así como los procesos que controlan los excesos legislativos en materia criminal del Congreso o del Poder Ejecutivo, son el instrumento que permite ir estableciendo un derecho penal constitucional. Desde una perspectiva material, esta especialidad es tributaria del derecho constitucional antes que del derecho penal. Por ello goza de una autonomía relativa respecto de este último.

Ello es así en la medida en que los derechos fundamentales de configuración constitucional y los límites constitucionales a la libertad

34 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1989, pp. 373 y ss.

35 MIR PUIG, Santiago. «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal». En *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, pp. 1357-1382.

del legislador ordinario influyen directamente en la configuración legal e interpretación del ordenamiento penal en sus vertientes de derecho sustantivo, procesal y de ejecución³⁶. La elaboración legislativa y la aplicación judicial del derecho penal solo será válida en el marco de la unidad del ordenamiento jurídico, fundada en el principio de la supremacía jurídica, de la Constitución establecido por el Poder Constituyente.

Sin embargo, como decía el juez Hughes, «nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es». Esta labor de interpretación constitucional a partir de los procesos constitucionales es una tarea reservada, aunque no de manera exclusiva —y menos excluyente— al TC. Al respecto, son conocidas las divergencias entre las competencias constitucionales del TC y las competencias legales en materia penal del Poder Judicial.

De ahí que la relación existente entre la justicia constitucional y la justicia penal constituya un tema a ir delimitando por ambas jurisdicciones. Recuérdense que, si bien el juez ordinario está subordinado a la ley, antes lo está a la Constitución, al punto que el juez incluso puede inaplicar leyes que considere contrarias a la norma suprema. Un Estado de derecho basado en la Constitución no puede garantizar seguridad jurídica a los ciudadanos ni a sus propios funcionarios encargados de hacer cumplir las normas si no existe una institución encargada de realizar la función nomofiláctica de purificar el ordenamiento legal y corregir las interpretaciones jurídicas que no sean conformes con la Constitución.

Para ello, el Poder Constituyente crea la justicia constitucional sin desmedro de las tareas del Poder Judicial sobre la interpretación de la ley, salvo que de esta dependa la defensa de la Constitución, competencia que en última instancia, en todo Estado de derecho, compete al TC.

No cabe duda de que la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, establece los principales fundamentos del derecho público y del derecho privado. Ello es así toda vez que la Constitución no solo es una norma política, sino también jurídica, manifestación suprema del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales del derecho penal y de todas las disciplinas del derecho. Es lo que Rossi llamaría *les têtes de chapitres*³⁷.

En ese entendido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal se encuentra abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional. Es decir, se encuentra, a la vez,

36 BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 44-45.

37 PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones del derecho constitucional*. Tomo I. Madrid: CEC, 1984, p. 11.

dentro de las fronteras de la Constitución y las de la política criminal³⁸. Debe considerarse que, en última instancia, las bases del derecho penal no hay que buscarlas en las leyes sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

A menudo, esa influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del TC. El Tribunal no solo se limita a aplicar, sin más, las instituciones «propias» del derecho penal *desde* el derecho penal, sino que también ha asumido un rol activo en cuanto se refiere a determinar y otorgar contenido, a través de sus sentencias, a las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con el derecho constitucional.

Precisamente es a través de la interpretación constitucional que el TC ha contribuido positivamente a superar las limitaciones de la dogmática penal para hacer frente a fenómenos que, como el terrorismo y la corrupción, han puesto en cuestión el propio sistema democrático constitucional. Es por ese motivo que debemos recalcar que en las fronteras del derecho constitucional y del derecho penal, el juez constitucional es el intérprete supremo de la Constitución³⁹.

V. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Luego de la caída de los gobiernos militares latinoamericanos en la década de 1980, se restaura el orden civil basado en dos principios básicos: uno económico, la economía de mercado, y otro político, la democracia y los derechos humanos. Este proceso de refundación del Estado ya se había iniciado después de la Segunda Guerra Mundial con la internacionalización de los derechos humanos y su progresiva incorporación en las constituciones latinoamericanas.

En efecto, bajo la égida de la caída del muro de Berlín y el surgimiento del llamado consenso de Washington se inicia el restablecimiento del renovado orden civil. Se realizan en la región reformas constitucionales, totales o parciales, que incorporaron las llamadas «cláusulas de apertura», que permitieron incorporar a la Constitución nuevas instituciones de protección de los derechos humanos, como la propia incorporación de los tratados al derecho nacional, la creación de la justicia constitucional, el reconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la incorporación de las Defensorías del Pueblo,

38 TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y derecho penal*. Lima: Palestra, 2003, p. 21.

39 GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Quinta edición. México D.F.: UNAM, 2003, p. 116.

entre otras medidas que colocan a la persona y el respeto a su dignidad como fin supremo del Estado y la sociedad⁴⁰.

No obstante, los derechos humanos habían adquirido una existencia meramente nominal, debido a que las normas nacionales, y más aún las internacionales, tenían una precaria vigencia en la realidad, por cuanto la guerra fría entre los Estados Unidos y la Unión Soviética marcó la agenda de las obligaciones sobre los derechos humanos, como un instrumento de lucha política en la arena internacional.

Así, por un lado se produce un proceso de convergencia entre la creación de tribunales constitucionales a partir de la democratización del Estado y la transformación de las cortes o tribunales supremos en órganos jurisdiccionales encargados de la protección de los derechos fundamentales, y por otro lado, se empieza a activar el rol de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego que los Estados Unidos dejara de soslayar las violaciones a los derechos humanos de las dictaduras en América Latina en su lucha interna contra el marxismo, al finalizar la guerra fría.

En ese sentido, se puede señalar que también se refunda el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con una agenda garantista de los derechos y libertades ciudadanas violados durante las décadas de los gobiernos dictatoriales. Esto potencializó el rol del derecho internacional de los derechos humanos en el orden jurídico interno, y las cláusulas que incorporan los tratados dentro del derecho nacional adquirieron relevancia al abrir un viejo debate, ya no solo entre internacionalistas, sino también entre constitucionalistas, entre las tesis monistas y dualistas de las obligaciones internacionales perfiladas en las constituciones⁴¹.

El monismo será defendido por quienes, desde una postura nacional, no aceptan *in toto* la prevalencia o jerarquía superior de los tratados y decisiones internacionales, sino que preferirán el derecho nacional pese a sus compromisos internacionales. También será defendido por los internacionalistas, para los cuales el derecho internacional quiebra al derecho nacional en caso de incompatibilidad. Desde el dualismo, en cambio, se pretenderá recuperar el rol del Estado incluso en el derecho internacional de los derechos humanos, desconociendo las obligaciones de protección de los derechos de sus ciudadanos⁴².

40 CASSESE, Antonio. *Internacional Law*. Segunda edición. Oxford: University Press, 2005, p. 9.

41 TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta, 1990, pp. 1-40.

42 LANDA, César. «Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones». En G. CAPALDO, L. CLÉRICO y J. SIECKMANN (eds.). *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba, 2012, pp. 438-440.

27

LA CONSTITU-
CIONALIZACIÓN
DEL DERECHO
PERUANOCONSTITUTIO-
NALIZATION OF
PERUVIAN LAW

En efecto, al término de las dictaduras militares, las democracias constitucionales latinoamericanas no han mantenido la misma sintonía con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos; más aún, se puede ver un arco iris de respuestas a los mandatos para el cumplimiento de las decisiones del Sistema IDH. Desde países que se han apartado de la Convención Americana de Derechos Humanos, como Trinidad y Tobago en 1998 para seguir aplicando la pena de muerte, o el efímero retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte IDH en 1999 para seguir aplicando leyes antiterroristas no conformes con los estándares de derechos humanos (caso «Castillo Petruzzi y otros vs. Perú»), o de Venezuela en 2012 para desconocer un fallo que ordena la anulación de una sentencia de su Tribunal Supremo relativa a la destitución de magistrados (caso «Apitez Barbera vs. Venezuela»).

En ese sentido, en países con estructuras democráticas débiles, las sentencias de la Corte IDH han generado acaloradas polémicas y hasta rechazo sobre el alcance de su carácter vinculante y los mecanismos de su ejecución.

Antes de terminar este apartado, es necesario hacer un recorrido por la evolución de la actuación de la Corte IDH. En una primera hora de protección, sus resoluciones han estado vinculadas a la tutela de los derechos humanos de primera generación; es decir, por condenas a los Estados y disponiendo la reparación —material e inmaterial— a las víctimas de las violaciones a los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, entre otros.

En una segunda hora, a partir de la década de 2000, las causas que ha venido resolviendo la Corte IDH son mayoritariamente referidas a las violaciones de los derechos al debido proceso legal, libertad personal, propiedad, libertad expresión, nacionalidad, ente otras, sin perjuicio de algunos casos de derechos de primera generación.

Así, a partir de esta nueva etapa se han ido resolviendo casos que incorporan progresivamente el control de convencionalidad según el cual la Convención Americana de Derechos Humanos prevalece sobre las normas de derecho interno en caso de incompatibilidad, correspondiendo a las autoridades —no solo judiciales— preferir la norma internacional sobre la interna. Como muestra de ello se puede señalar la desafiante jurisprudencia de la Corte para el ordenamiento jurídico nacional⁴³.

En efecto, el control de convencionalidad constituye una materia de relevancia constitucional e internacional, en la medida en que se

43 FERRER MAC GREGOR, Eduardo. «Control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional». En H. FIX-ZAMUDIO y D. VALADÉS (coords.). *Formación y perspectivas del Estado en México*. México: UNAM, 2010, pp. 151-188.

viene produciendo un proceso de internacionalización del derecho constitucional, pero también de constitucionalización del derecho internacional, que empieza a ser estudiado en nuestro medio académico⁴⁴. Ello como producto de la crisis de maduración del sistema jurídico —nacional e internacional—, que se expresa en el proceso de fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico nacional.

VI. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO

La Constitución ha establecido un modelo económico que no es un fin en sí mismo, sino un medio o instrumento para la realización de la persona humana. Esto implica afirmar que el respeto de los derechos fundamentales constituye el principio y el límite de la actuación económica del Estado y de las empresas⁴⁵.

El Estado social y democrático de derecho se asienta particularmente en el modelo de economía social de mercado, en el cual la iniciativa privada es libre. Pero al Estado le corresponde proveer a las personas no solo de mecanismos de garantía de sus derechos fundamentales, sino también de ciertas condiciones materiales mínimas: promoción del empleo, salud, vivienda, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58 de la Constitución), que también incluyen deberes estatales de promoción y defensa de la persona humana y de respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

La provisión de esas condiciones materiales mínimas por el Estado es una obligación que la Constitución no le atribuye únicamente a él, por lo que el aprovisionamiento de recursos económicos que permitan al Estado cumplir con tal obligación es un deber constitucional que corresponde a todos. En efecto, una de las fuentes más importantes de recursos económicos con los que cuenta el Estado para cumplir con esos deberes es la recaudación tributaria, a cuyo fin sirve el pago de los tributos que el Estado impone en función del interés general, del interés del Estado o del interés público.

La importancia de la recaudación tributaria también se puede apreciar en tanto incide de modo muy importante en el financiamiento del presupuesto general de la República. Es así como puede advertirse que los tributos cumplen una determinada función constitucional que, más

44 TORRES, Natalia. *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez peruano y el juez interamericano, similitudes, diferencias y convergencias*. España: Editorial Académica Española, 2013, 369 pp.

45 LANDA, César. «Los principios tributarios en la Constitución de 1993. Una perspectiva constitucional». En AA.VV. *Temas de derecho tributario y de derecho público, Libro Homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra, 2006.

allá de ser un deber de todas las personas, es una fuente de recursos económicos que permite al Estado afrontar adecuadamente, a través del gasto público, los deberes de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).

Pero los tributos también cumplen otra función constitucional que está vinculada con los valores superiores de justicia y de solidaridad, en tanto que, al imponer la obligación de tributar a las personas en función de su capacidad contributiva, permite una redistribución, si bien no directamente pecuniaria. Asimismo, permite al Estado realizar determinadas obras o prestar determinados servicios elementales destinados a los sectores menos favorecidos de la sociedad⁴⁶.

En suma, la función constitucional de los tributos radica, por un lado, en permitir al Estado financiar el gasto público dirigido a cumplir con los servicios básicos que la sociedad requiere, y por otro, en la realización de valores constitucionales como el de justicia y solidaridad. Para ello, la potestad tributaria que la Constitución atribuye monopólicamente al Estado se expresa, básicamente, en la capacidad del Congreso, del Poder Ejecutivo —por delegación— y de los gobiernos regionales y locales para crear, modificar o suprimir tributos en el ámbito de su competencia⁴⁷.

Sin embargo, dado que la Constitución ha asumido el modelo de Estado social y democrático de derecho, la potestad tributaria de la autoridad no deviene en absoluta; por el contrario, debe ejercerse en función de determinados mandatos que modulan, por un lado, los principios y límites constitucionales de la potestad tributaria, y por otro, que garantizan la legitimidad constitucional y la legalidad de su ejercicio. Todo ello con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los administrados.

Precisamente en el desarrollo de esta tarea legislativa y administrativa se presenta una serie de controversias sustantivas y procesales por los contribuyentes, las cuales han dado lugar a una progresiva jurisprudencia del TC sobre las resoluciones del Tribunal Fiscal y del Poder Judicial en materia tributaria, que ha llevado a plantear la constitucionalización del derecho tributario.

46 GAMBA VALEGA, César. «El principio de legalidad y los procedimientos tributarios». Texto Único Ordenado del Código Tributario: legislación, doctrina, jurisprudencia / Ministerio de Justicia. Lima: Editora Perú, 2011, pp. 281-291.

47 LANDA, César. «La incidencia de los principios constitucionales en el derecho tributario a propósito del título preliminar del código tributario». Texto Único Ordenado del Código Tributario: legislación, doctrina, jurisprudencia / Ministerio de Justicia. Lima: Editora Perú, 2011, pp. 249-261.

VII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL

La Constitución de 1979 inscribió al Estado peruano dentro del marco del Estado social y democrático de derecho, al definirlo (artículo 79) como una república democrática y social, independiente y soberana. Ello se reflejó también en las disposiciones constitucionales que se refieren a la dignidad de la persona (artículo 1), a los derechos a la seguridad social (artículo 12 *in fine*) y al trabajo (artículo 42), así como también en los principios generales que regulaban el régimen económico (artículo 110), la propiedad (artículo 124) y la empresa (artículo 118 *in fine*)⁴⁸.

Dentro de este marco constitucional, correspondía al Estado promover las condiciones económicas y sociales para fomentar el empleo, crear igualdad de oportunidades, eliminar la pobreza y proteger al trabajador frente al desempleo y al subempleo. Dicha Constitución prohibía, en toda relación laboral, la existencia de cualquier condición que impidiese el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores o que desconociese o rebajase su dignidad. El trabajo, según ella, era objeto de protección del Estado, de modo que se consagró la estabilidad laboral, la remuneración mínima vital, la jornada de ocho horas diarias, los derechos de sindicación, de seguridad social, huelga y negociación colectiva, entre otros.

No obstante lo establecido en dicha Constitución, al inicio del primer gobierno de Fujimori (1990-2000) estos derechos fueron debilitados considerablemente al limitarse el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo, además de establecerse restricciones a la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores y empleados de la administración pública. Por otro lado, se incorporó a las empresas de seguros en la consolidación de los beneficios sociales de los trabajadores a cargo de las empresas y se creó un sistema privado de pensiones —complementario al sistema público de pensiones— que se expresó en la creación de las administradoras privadas de fondos de pensiones.

En ese sentido, la llamada flexibilización del mercado de trabajo eliminó —ya bajo la vigencia de la Constitución de 1993— la estabilidad laboral y la protección al trabajador. Se asistía por tanto, en los hechos, a la tensión de dos modelos jurídico-políticos de organización y funcionamiento del Estado de derecho: uno caracterizado por priorizar la cuestión social y la redistribución del poder, y otro basado en la subordinación de lo social al mercado y a la concentración del poder. En otras palabras, se pudieron apreciar con claridad las ideologías jurídicas contrapuestas que sostienen el modelo del Estado social y el modelo del Estado neoliberal.

48 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional». En *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Palestra, 2006, pp. 343-365.

Las consecuencias de estos modelos han incidido también en la elaboración de la jurisprudencia del TC, lo que ha permitido que el derecho laboral sea concebido, desde la justicia constitucional, como un derecho sujeto a control, haciéndose exigibles auténticos derechos y deberes constitucionales para los particulares —empleadores o trabajadores— y para el Estado⁴⁹.

De ahí también que se coliga el «principio de prohibición de su regresividad», en el sentido de que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y, simultáneamente, asume la prohibición de disminuir el ámbito de protección de los derechos laborales vigentes o de derogar los ya consagrados, como en el caso de los derechos de reposición frente a los despidos arbitrarios (STC N° 1124-2001-AA/TC)⁵⁰.

Junto a ello, la distinción entre derechos fundamentales de configuración constitucional y legal a partir de la Constitución de 1993 ha permitido generar una jurisprudencia vinculante (STC N° 0206-2005-AA/TC) en el sentido que solo los derechos que la Constitución reconoce son objeto de protección inmediata y directa, mediante el proceso de amparo, o cuando el despido del trabajador sea realizado de forma fraudulenta, incausada o nula. Por su parte, los derechos laborales de configuración legal son derechos de reclamación mediante los procesos judiciales ordinarios⁵¹.

Sin embargo, este no ha sido un tema que el Tribunal haya emprendido siempre con claridad en sus primeras sentencias. No obstante, se revertió esa situación con las sentencias constitucionales en relación con los derechos fundamentales laborales de carácter individual, tales como la libertad y el derecho al trabajo, la igualdad y no discriminación, los derechos laborales inespecíficos, la jornada de trabajo atípica, la remuneración y la protección contra el despido. De igual forma sucedió con las sentencias relativas a los derechos fundamentales laborales de carácter colectivo, como la sindicación y libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga.

Estas materias han sido desarrolladas por el TC en tanto supremo intérprete de la Constitución y defensor de los derechos consagrados en la Ley Fundamental. Pero también han sido complementadas al precisar sus límites en materia de los principios constitucionales laborales, tales como el contrato de trabajo —desnaturalización, suspensión,

49 NEVES MUJICA, Javier. «Los principios del derecho del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Palestra, 2006, pp. 337-364.

50 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Jurisprudencia y doctrina constitucional y laboral*. Lima: Palestra, 2006, pp. 118y ss.

51 *Ibid.* Ob. cit., pp. 261y ss.

extinción—, la tutela de los derechos fundamentales laborales a través del proceso de amparo y el régimen laboral público.

Todo ello hace pertinente discutir el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que ha tenido el derecho constitucional laboral en el Perú, así como, en esta materia y en otras, la denominada sobre constitucionalización del derecho laboral.

VIII. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

La concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de la tutela de los derechos fundamentales, en la medida en que su validez y eficacia han quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas⁵². Por eso, el derecho constitucional contemporáneo se ha replanteado la institución del proceso a partir de su relación con la Constitución, una vez recuperado el Estado de derecho basado en valores democráticos y constitucionales. Este procura la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, a partir del reconocimiento del rol tutelar al juez⁵³.

En esta revisión conceptual, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración, e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos conduce necesariamente a dos cosas: a que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos, y a que el Estado asegure la tutela jurisdiccional.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se han incorporado al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de aquellos. Se permite, de esta manera, que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho, pero en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales.

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada en tanto que ya existen el Poder Judicial, el TC, los tribunales ordinarios,

52 CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Reus, 1922, pp. 43 y ss., en particular, pp. 61-64.

53 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Volumen I. Buenos Aires: JEA, 1962, pp. 317 y ss., en particular p. 323.

33

LA CONSTITU-
CIONALIZACIÓN
DEL DERECHO
PERUANOCONSTITUTIO-
NALIZATION OF
PERUVIAN LAW

los tribunales administrativos y militares, e incluso procesos arbitrales, los cuales también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; supone más bien traspasar adecuadamente principios, institutos y elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución.

En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales, irradiando los procesos. Por ello, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139-3, Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). Estos se ha potencializado con la jurisprudencia del TC, la cual ha aumentado considerablemente el interés por la naturaleza, objeto y carácter de los procesos⁵⁴.

Pero, tal como señala el profesor Pedro De Vega, el TC, bajo pena de traicionar los fines de la justicia constitucional, no puede ni debe operar con los principios y mecanismos del procedimiento ordinario de la justicia rogada —*da mihi facto dabo tibi jus*—. Si esto sucediera, no se comprendería que el juez constitucional —en virtud del principio inquisitivo— no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles.

De ello deriva la importancia de los principios constitutivos o informadores de los procesos que el TC ha ido desarrollando a través de la *autonomía procesal*. Estos principios permiten viabilizar de forma adecuada el ejercicio de la justicia constitucional, al permitir que esta no acabe sumergida en las ineficiencias de la práctica o la teoría procesal sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad y medio para la realización de la Constitución.

En ese entendido, qué duda cabe de que el TC, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para el desarrollo jurisprudencial, e incluso funciona como un complemento normativo sobre la regulación procesal, mediante resoluciones judiciales, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales⁵⁵.

54 LANDA, César. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Academia de la Magistratura, 2012, p. 162.

55 LANDA, César. «Autonomía procesal del Tribunal Constitucional». En E. FERRER, A. ZALDÍVAR y E. DE LARREA. (coords.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: IJ, 2008.

En efecto, un cambio importante en esta materia es la inclusión del precedente y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales que ha permitido al Tribunal desarrollar, bajo la forma de resoluciones judiciales en casos concretos, un espectro bastante amplio de reglas que afectan los ordenamientos procesales ordinarios⁵⁶. Por ejemplo, en materias de plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, allanamiento, acumulación y separación de demandas, prescripción de admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, gratuidad para el pobre, determinación de costas y costos, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones, ejecución y eficacia de las sentencias.

Esto ha generado un grado de tensión entre la justicia constitucional y la ordinaria, debido a la revisión de los fallos que han pasado en calidad de cosa juzgada; sin embargo, ello ha sido posible debido a los déficits de confianza ciudadana en los fallos del Poder Judicial y que han podido ser satisfechos por las resoluciones del TC, sobre todo durante el período 2002-2008.

IX. PERSPECTIVAS

El proceso de la constitucionalización del derecho solo se ha hecho posible gracias a la fuerza normativa de la Constitución, en la medida en que se ha transformado en una norma exigible judicialmente en su cumplimiento. En este sentido, la fuerza normativa aparece como el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación del ordenamiento jurídico nacional⁵⁷. Este proceso es propio del Estado democrático constitucional, en la medida en que ha incorporado las lentas y progresivas transformaciones políticas, sociales y económicas de la sociedad expresada en los viejos y nuevos derechos y libertades, así como mediante su razonable protección.

Por ello, si la constitucionalización del derecho no quiere quedar reducida a una pura especulación normativa, tiene que ser analizada desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que es donde adquiere una dimensión objetiva y una eficacia real. Esto plantea estudiar la naturaleza y el rol de la fuerza normativa de la Constitución a través de las demandas de protección y reparación de los derechos ciudadanos violados por los poderes públicos o privados. Se pone en evidencia que la constitucionalización de las distintas áreas del derecho

56 LANDA, César. «Los precedentes constitucionales. El caso del Perú». En C. ESCOBAR (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

57 HESSE, Konrad. *Escritos constitucionales*. Madrid: CEC, 1983, pp. 59-84.

35

LA CONSTITU-
CIONALIZACIÓN
DEL DERECHO
PERUANOCONSTITUTIO-
NALIZATION OF
PERUVIAN LAW

también es un concepto catalizador de los alcances, límites y funciones de la supremacía jurídica de la norma constitucional⁵⁸.

Como la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales se convierte en el motor que dinamiza a la sociedad y al Estado, también se crean tensiones democráticas y antidemocráticas acerca de su validez y vigencia. En este contexto histórico y conceptual, adquiere pleno sentido que se identifique el carácter abierto —jurídico y político— de la Constitución; por cuanto de ello se podrá derivar las dimensiones y límites de su impacto en el ordenamiento jurídico general y específico.

Como quiera que la fuerza normativa constitucional surge históricamente como un instrumento de defensa de los derechos ciudadanos, cabe señalar que la noción de Constitución que irradie a las distintas ramas del derecho es aquella que garantiza los derechos fundamentales a través de la justicia constitucional. Esto por cuanto «la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional»⁵⁹.

Por eso se puede señalar que, la constitucionalización del derecho encuentra, en la tutela de los derechos fundamentales y en la garantía de la supremacía jurídica de la Constitución, el fundamento tanto de su institucionalización como de su funcionamiento. Ello se hace posible gracias a la protección jurisdiccional de los derechos, a través de la jurisdicción ordinaria pero, sobre todo, del TC.

Se puede señalar que la constitucionalización jurisprudencial del derecho puede medirse a través de los grados de desarrollo de la protección constitucional de los distintos derechos sectoriales. Sin embargo, no todo avance de la jurisdicción constitucional es símbolo del fortalecimiento del ordenamiento jurídico nacional, en la medida en que la fuerza normativa no es una cuestión de eficacia meramente funcional o formal de la Constitución sobre la ley, sino un instrumento en pro de la democratización de la sociedad y del Estado. Recuérdese que no existe derecho sin democracia, como tampoco existe democracia sin derecho⁶⁰.

Si bien las perspectivas de la constitucionalización jurisprudencial del derecho avanza en la línea de controlar los excesos del poder público o privado, siempre en aras de proteger los derechos fundamentales, esto ha originado cuestionamientos y debates en torno al activismo judicial

58 BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: EDIAR, 1995, p. 529.

59 DE VEGA GARCÍA, Pedro. *Estudios político constitucional*. México D.F.: UNAM, 1987, p. 285.

60 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 60-63.

en contraposición a la autolimitación judicial. No obstante, cabe señalar que la fuerza normativa constitucional se identifica antes con dicho activismo que con la autolimitación, aunque se trata de un activismo judicial ponderado, es decir, limitado.

Por ello, la fuerza y eficacia jurisprudencial no constituye en sí misma un valor institucional absoluto. La «sobreconstitucionalización» del sistema jurídico, de la mano de tribunales y jueces venales o dependientes del poder gubernamental de turno o de los poderes privados, es tan perniciosa para el Estado democrático constitucional como una dictadura que desconoce el derecho como la regla de convivencia para todos.

En consecuencia, la cuestión de la perspectiva de la constitucionalización del derecho sigue siendo un asunto político y jurídico. Político en tanto que el desarrollo de la fuerza normativa de la Constitución está vinculado con el fortalecimiento del modelo de Estado democrático y constitucional, es decir, que los ciudadanos y las fuerzas vivas de la sociedad asuman que la defensa de sus derechos fundamentales pasa por tener voluntad de Constitución.

Sin embargo, siempre hay que estar alertas a las llamadas autoritarias, incluso dentro de los procesos democráticos que, apelando a la necesidad y a la urgencia del pueblo, plantean formas de gobierno autoritarias por ser más eficaces que las democráticas para satisfacer las necesidades de bienestar del pueblo —*salus populi suprema lex*—. Esto es falso en tanto convierte a la persona humana en objeto, y no sujeto, del poder y del derecho, así como también termina sirviendo a las minorías en nombre de las mayorías.

La constitucionalización del derecho también es, sobre todo, una cuestión jurídica, en la medida que su eficacia requiere técnicas de integración y argumentación jurídica para la defensa de los fines esenciales de la Carta Magna —derechos fundamentales y límites a los excesos del poder—. Para esto, la profundización del test de ponderación o razonabilidad constituye, en la hora actual, la mejor técnica para racionalizar y limitar el proceso de constitucionalización del derecho, en aras de proteger a la persona humana y garantizar sus derechos fundamentales dentro del marco jurídico, tanto de la Constitución como de las leyes.

Lima, julio 2013