



LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PERUANO¹ CONSTITUCIONALISMO DO DIREITO PERUANO

Cesar Rodrigo Landa Arroyo

Professor of Constitutional Law of Pontificia Universidad Católica del Perú. Former President of the Constitutional Court of Peru.

Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar o constante processo de constitucionalização do direito. Devido ao atual processo de constitucionalização do direito, fundamenta-se profundamente na fase de criação do Estado de Direito, com base no princípio da legalidade e no papel hierárquico da lei no direito. Neste sentido, o direito constitucional deve ser entendido como um sistema jurídico transformador da sociedade para a concretização dos direitos individuais e coletivos. Assim, o presente artigo analisa o direito constitucional em suas múltiplas dimensões: jurídica, filosófica, sociológica, com o objetivo de compreender o seu fenômeno de aplicação em um mundo globalizado e em constante evolução. Para tanto, propõe-se uma análise do referido marco teórico, dentro do constitucionalismo peruano e seus múltiplos efeitos jurídicos.

Palavras-chave: Direito constitucional comparado. Direitos fundamentais. Democracia. América Latina

Abstract

This paper aims to analyze the law constitutionalization phenomenon, according to the constitutional State nowadays. Due to the current constitutionalization process of the Law, it has deep foundations on the setting up stage of the Rule of Law, based on the legality principle and the hierarchical role of the law in the legal. In this sense, constitutional law must be understood as a transforming legal system of society for the effectuation of individual and collective rights. Thus, this article analyzes the constitutional law in its multiple dimensions: juridical, philosophical, sociological, with the objective of understanding its phenomenon of application in a globalized and constantly evolving world. Therefore, it is proposed an analysis of the theoretical framework, within the Peruvian constitutionalism and its multiple legal effects.

Key-words: Comparative constitutional law. Fundamental rights. Democracy. Latin America

¹ Este artículo fue publicado por primera vez en: Derecho PUCP, N° 71, 2013, pp. 13-36

1. PRESENTACION

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. Momento en el desarrollo y configuración del Estado de Derecho en que 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. Sin embargo, en la actualidad, no cabe duda que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.

Esta transición sólo 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 sólo dentro de lo jurídicamente debido (PEREZ LUÑO, 1991, p 277; RUIZ MANERO, p. 37), sino también dentro de lo constitucionalmente posible (CANOSA USERA, 1995, p. 302).

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” (KELSEN, 1982, p. 204).

Así, la Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del Derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados (GUASTINI, 1985, p. 27); lo cual no es sólo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y propio rol del juez (FERRAJOLI, 2007, p. 113). En tal sentido se ha señalado que “si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin

más” (DE OTTO, 1998. p. 76). 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 aplicables no sólo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado porque son de alcance general (HESSE, 1885, p. 14).

Ahora bien, cuando se alude al ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital (DIEZ-PICAZO, 1995, p. 14). 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” (ROMANO, 1963, p. 100).

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 (TC)–, un objeto –la Constitución– y un método –los tipos de interpretación y los tipos de sentencias– (RUIZ MANERO, p. 69).

Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino 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 constitucional (DWORKIN, 1996, p. 1-38). Este nuevo rol de la creación judicial del Derecho es una consecuencia natural del desarrollo del Estado Constitucional y en particular de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales en los países de derecho romano-germánico.

Proceso que tradicionalmente es propio 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 jurídicas (MERRYMAN, 1978, p. 210-213; CAPPELLETTI, 1993, p.

66-68.). Este proceso de judicialización del derecho también se evidencia cuando el proceso de globalización internacional y regional, que no sólo abarca a la economía o a la política sino también al Derecho, se manifiesta tanto en las sentencias de los tribunales internacionales de integración o derechos humanos –Tribunal de Luxemburgo o Corte Interamericana de Derechos Humanos-, como, también, a través de los tribunales constitucionales o supremos encargados de garantizar los derechos fundamentales.

A partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico nacional –dinámico y vital– presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del Derecho (AGUILÓ, 2004, pp. 55-62) se plantean algunas reflexiones sobre la impronta de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruanos en las distintas áreas del Derecho.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

A partir del complejo proceso de constitucionalización 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 la creación del mismo mediante la interpretación de la Constitución. Ejerciendo amplios poderes para controlar no sólo la forma sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. 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*” (CAPPELLETTI, 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; mientras que 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 inequívoco. (HART, 1994, pp. 327-350)

Esta realidad universal abre un panorama en el que Bulygin(BULYGIN, 1988, pp. 9-51) ha distinguido hasta tres teorías claramente diferenciadas en torno a la cuestión de si los jueces pueden o no crear Derecho:

En primer lugar, la teoría tradicional, que sostiene que el derecho es creado por el legislador y que los jueces se limitan a aplicar el derecho a los casos particulares.

En segundo lugar, la teoría que sostiene que los jueces crean derecho cada vez que crean normas individuales, es decir, en cada caso concreto.

En tercer lugar, la teoría según la cual los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero que 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 Tribunal Constitucional. En concreto se parte de una teoría de la integración de la Constitución (SMEND, 1997, p. 147) y del Derecho Procesal Constitucional como concretización de la Constitución (HABERLE, 2004, p. 278); porque son las que mejor explican el rol creador de Derecho Constitucional; al reconocer en la Norma Suprema los alcances y la fuerza normativa y/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, vinculando no sólo a las instancias jurisdiccionales, sino a todos los poderes públicos y privados.

En consecuencia, las normas de origen judicial se incorporan al modelo jurídico constitucional peruano romano-germánico. (AGUILÓ, 2000, p. 112-.123) Pero, ello sólo es posible a partir de comprender 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 justicia. (DE VEGA GARCÍA, 1987. p. 298-302)

En lo que a su naturaleza se refiere, 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 Tribunal Constitucional puede ser entendido no sólo como un órgano jurisdiccional sino también como un órgano constitucional y político. (LANDA ARROYO, 2005, p. 91-123; HÄBERLE, 2005, pp. 91-123)

Cuando nos referimos a la naturaleza política del Tribunal Constitucional, en definitiva, no aludimos al sentido tradicional del término, como puede ser el de "hacer política"; sino el de "hacer derecho". Por eso, antes bien, 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 Tribunal Constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia causas importantes debido al bajo consenso político entre la oposición y el gobierno para resolverlas en sede política; generándose 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 con una tradición desintegrada como en el Perú, donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido político, económico, social o cultural no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de las contiendas que él mismo ha de juzgar. Sino que, 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 constitucional. (ATIENZA, 1997; DÍAZ REVORIO, 1997; GASCÓN ABELLÁN, GARCÍA FIGUEROA, 2005).

Sin embargo, lo que mejor caracteriza la facultad de hacer derecho del TC es su estatus jurisdiccional, a las que nos hemos referido en anteriores oportunidades; sin que con ello se pretenda, en modo alguno, restar importancia a las demás características de este órgano. (LANDA ARROYO, 2006. pp. 316-319)

El hecho que la Constitución peruana no comprendiera al TC como un órgano del Poder Judicial, no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional; por el contrario, el Tribunal asume la función de impartir justicia constitucional, puesto que le ha sido atribuida no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también de velar por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales.

De esta manera, en tanto órgano jurisdiccional, el TC asume un activo control de constitucionalidad, no sólo como el supremo intérprete de la Constitución, sino también como el garante en última instancia del respeto 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 argumentación². 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 sólo existen derechos fundamentales, sino también principios constitucionales y valores superiores, que el Tribunal tiene como misión esencial tutelar y a veces, antes, desentraña su contenido normativo. (SÁNCHEZ FERRIZ, 2008, p. 364-365)

En este orden de ideas, resulta imprescindible entender que la Filosofía del Derecho opera como un 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. Superando, así la idea que existía en el Derecho clásico de que la labor del juez consistía únicamente en la aplicación del Derecho (PRIETO SANCHIZ, 2004, p. 77-108), 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.

Sin embargo, 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

² 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.

optar entre los diversos contenidos normativos razonables de la ley (BARAK, 2003, p. 108-114; AJA, 1998. p. 276 ss; LÓPEZ GUERRA, 2001. pp. 85 ss).

Es a partir de esta nueva concepción de la labor del juez que resulta posible explicar la vital importancia de los precedentes constitucionales del Tribunal Constitucional que vienen moldeando las aristas y contornos de las distintas ramas del Derecho, de acuerdo con los principios constitucionales y derechos fundamentales, que se expresan en las sentencias constitucionales.

3. 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 Tribunal Constitucional. 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 sólo 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 específica (HESSE, 1995, p. 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 para 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, consagrados en la Constitución. Ello ha permitido que la justicia constitucional motive sus resoluciones, más aún cuando el Tribunal Constitucional ha asumido el desafío de resolver los conflictos de derechos entre los particulares, en el marco de los principios y derechos constitucionales.

De hecho así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, por cuanto 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–*; es decir, realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida que debe considerar, junto a las razones de la ley, sobre todo, las razones de la Constitución (GASCÓN ABELLÁN, GARCÍA FIGUEROA, 2005. p. 42).

En efecto, el Tribunal, 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 pero también de naturaleza jurídica nature (RUBIO, 2005, pp. 11-13). Ello con la finalidad de resguardar el cumplimiento del principio de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución.

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 conjuntamente no se legitima socialmente la labor del Tribunal Constitucional, en la medida que éste constituye la institución clave para tutelar los derechos fundamentales y garantizar la ley y el orden constitucional.

En ese sentido, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre distintos derechos fundamentales han permitido configurar los presupuestos del control constitucional en el área del Derecho Civil; además de ello, el Tribunal Constitucional 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), la protección de las familias (reconstituidas, uniones de hecho), personas jurídicas y derechos fundamentales, la protección de la propiedad frente a la expropiación y la cuasi expropiación, la tutela de los contratos (leyes, administrativos), 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; 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 Civil (ANDRUET, 2010, p. 59 – 79). En efecto, a partir de los libros del Código Civil pueden identificarse las sentencias del Tribunal Constitucional que expresan su deber de interpretar las instituciones civiles conforme a la Constitución, y/o que dan cuenta de la incorporación de dichas instituciones en la interpretación constitucional.

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 éste aplicable a la totalidad del sistema jurídico, en lugar de limitarse a lo estrictamente civil (LANDA ARROYO, p. 213-240). Sobre ello,

el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse de forma reiterada en relación al artículo I del referido Título Preliminar, al señalar que la modificación o derogación de una ley por otra constituye una materia preeminentemente constitucional, que permite configurar el orden jurídico nacional.

Ello sólo ha sido posible en el actual modelo del Estado Constitucional, en el que el Tribunal Constitucional del Perú 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, mientras que en otros ha sido un guía o impulsor de instituciones civiles; pero, también en algunos casos ha involucrado en materia civil violando así derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas, como en el agravante caso de la Pontificia Universidad católica del Perú (RUBIO, 2010, pp. 58).

Pero, al margen de las interpretaciones de las mayorías transitorias del Tribunal Constitucional, 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 constitucional y sobretodo el sentimiento constitucional de la sociedad peruana.

4. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Como hemos señalado en un principio, la Constitución, en tanto norma suprema, establece las bases constitucionales del Derecho público y del 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 la seguridad, que realiza, constituye su *telos*.

Por ello, podemos decir que el Derecho constitucional incide en el Derecho penal, por un lado, en cuanto se refiere a la privación de la libertad en base al principio de legalidad (FERRAJOLI, 1989, pp. 373 ss.). 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 del Estado (artículo 1º de la Constitución); y, 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.

De otro lado, el Derecho constitucional vincula al Derecho penal a través de la interpretación constitucional 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, por parte del Tribunal Constitucional a través de los distintos métodos de interpretación (MIR PUIG, 2009, pp. 1357-1382).

La vinculación no siempre pacífica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal se pone en evidencia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la medida que 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. Especialidad que es tributaria del Derecho Constitucional antes que del Derecho Penal, desde una perspectiva material; por ello goza de una autonomía relativa respecto a esta última.

Ello es así en la medida que los derechos fundamentales de configuración constitucional y los límites constitucionales a la libertad del legislador ordinario influyen directamente en la configuración legal e interpretación del ordenamiento penal; tanto en sus vertientes de Derecho sustantivo, procesal y de ejecución (BACIGALUPO, 1999. pp. 44-45). Dado que la elaboración legislativa y la aplicación judicial del Derecho penal sólo será válida en el marco de la unidad del ordenamiento jurídico, que se funda en el principio de la supremacía jurídico 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 es», esta labor de interpretación de la Constitución a partir de los procesos constitucionales es una tarea reservada, aunque no de manera exclusiva y menos excluyente, al Tribunal Constitucional. No obstante son conocidas las divergencias entre las competencias constitucionales del Tribunal Constitucional 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. Por cuanto, 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. Pero, 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 de interpretar la ley, salvo que de esta dependa la defensa de la Constitución, competencia que en última instancia en todo Estado de Derecho compete al Tribunal Constitucional.

No cabe duda que la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, establece los principales fundamentos tanto del Derecho público así como del Derecho privado. Ello es así, toda vez que la Constitución no sólo es una norma política, sino también norma jurídica o manifestación suprema del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales del Derecho Penal, sino de todas las disciplinas del Derecho; lo que Rossi llamaría *les têtes de chapitres* (BACIGALUPO, 1999. pp. 44-45).

En ese entendido se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal se encuentra abierta a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentran, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación con la política criminal³. Ello es así en la medida 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.

Esa influencia del Derecho constitucional sobre la dogmática penal, a menudo, se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no sólo se limita a aplicar, sin más, las instituciones «propias» del Derecho penal y *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.

³ TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 21.

Precisamente, es a través de la interpretación constitucional que el Tribunal Constitucional 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 Constitución (GUASTINI, 2003. p. 116).

5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

A la caída de los gobiernos militares en la década de los ochenta en América Latina 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 en lo económico y político, 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.

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.

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 como parte del derecho nacional, la creación de la justicia constitucional, el reconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la incorporación de las Defensorías del Pueblo, entre otras medidas; que colocan a la persona y el respeto a su dignidad como fin supremo del Estado y la sociedad (CASSESE, 2005, p.9).

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. Por otro lado, se empieza a activar el rol de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente; 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 con la desintegración de la Unión Soviética.

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. Lo cual potencializó el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico interno, cuando las cláusulas que incorporan los tratados dentro del derecho nacional, adquirieron relevancia al abrir un viejo debate ya no sólo entre internacionalistas, sino también entre constitucionalistas, entre las tesis monistas y dualistas de las obligaciones internacionales perfiladas en las constituciones (TRAVIESO, 1990, p. 1-40).

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, o; también será defendido por los internacionalistas para los cuales el derecho internacional quiebra al derecho nacional en caso de incompatibilidad. Mientras que desde el dualismo 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 ciudadanos (LANDA, 2012, p. 438-440).

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 cumplir 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 de la competencia contenciosa de la Corte IDH como en el caso del Perú en 1999, para seguir aplicando leyes antiterroristas no conformes con los estándares de los derechos humanos (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú), o, de Venezuela en el 2012 para desconocer un fallo que ordena la anulación de una sentencia del Tribunal Supremo, relativo a la destitución de magistrados (Caso Apitz 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. Así, en una primera hora de protección de la Corte IDH 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 derecho a la vida, la integridad personal, la libertad personal, básicamente.

En una segunda hora, a partir de la década del 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 otros, sin perjuicio de algunos casos de derechos de primera generación.

Así, a partir de esta nueva etapa se ha ido resolviendo casos incorporando 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 sus autoridades no solo judiciales, preferir la norma internacional sobre la interna. Como muestra ello se puede señalar la desafiante jurisprudencia de la Corte para el ordenamiento jurídico nacional (FERRER MAC GREGOR, 2010, pp. 151-188).

En efecto, el control de convencionalidad constituye una materia de relevancia constitucional e internacional, en la medida que se viene produciendo un proceso de internacionalización del Derecho constitucional, pero también de constitucionalización del Derecho internacional, que empieza a ser estudiado en nuestro medio académico (TORRES, 2013, 369 ss). 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.

6. 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; lo cual implica afinar que el respeto de los derechos fundamentales constituye los principios y los límites de la actuación económica del Estado y de la empresa (LANDA, 2006).

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 constituyen deberes estatales de promoción y defensa de persona humana y de respeto de su dignidad (artículo 1 de la Constitución).

La provisión de esas condiciones materiales mínimas por parte del Estado es una obligación que la Constitución no 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 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, así como 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 a 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, permite al Estado realizar determinadas obras o prestar determinados servicios elementales destinados a los sectores menos favorecidos de la Sociedad (GAMBA VALEGA, 2011, pp. 281-291).

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, de otro, en la realización de valores constitucionales como el de justicia y solidaridad. Para lo cual, 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 competencia (LANDA, 2011, pp. 249-261).

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, de 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 presentan una serie de controversias sustantivas y procesales por parte de los contribuyentes, que han dado lugar a una progresiva jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las resoluciones del Tribunal Fiscal y del Poder Judicial en materia tributaria, que ha llevado a plantear la constitucionalización del Derecho tributario.

7. 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. Lo que 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*) (BLANCAS BUSTAMANTE, 2006, p. 343-365).

Dentro de este marco constitucional le 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, la mejora de las condiciones de trabajo y estableciéndose restricciones a la negociación de los convenios colectivos de los trabajadores y empleados de la administración pública. De otro lado, se incorporó a las empresas de seguros en la consolidación de los beneficios sociales de los trabajadores a cargo de las empresas; se creó un sistema privado de pensiones –complementario del 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 pudo apreciar con claridad las ideologías jurídicas contrapuestas que sostienen el modelo del Estado social y el modelo del Estado neoliberal.

Las consecuencias de estos modelos han incidido también en la elaboración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que ha permitido que el Derecho laboral sea concebido, desde la justicia constitucional, como un Derecho sujeto a control; haciéndose exigible, ponderadamente, auténticos derechos y deberes constitucionales para los particulares -empleadores o trabajadores- y para el Estado (NEVES MUJICA, 2006, p. 337-364).

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) (CONSTITUTIONAL COURT, 2006, p. 118 ss.).

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: sólo los derechos que la Constitución reconoce son objeto de protección inmediata y directa, mediante el proceso de amparo, cuando el despido del trabajador sea realizado de forma fraudulenta, incausada o nula. Mientras que los derechos laborales de configuración legal son derechos de reclamación mediante los procesos judiciales ordinarios (CONSTITUTIONAL COURT, 2006, p. 118 ss; 261 ss).

En este entendido, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la exigibilidad de los derechos constitucionales de naturaleza laboral; sin embargo, este no ha sido un tema que el Tribunal haya emprendido siempre con claridad en sus primeras sentencias. Sin embargo, se revertió esa situación con las sentencias constitucionales en relación a 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. Asimismo, 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 Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución y defensor de los derechos consagrados en la Ley Fundamental. Pero, han sido complementadas al precisar sus límites, en materia de los principios constitucionales laborales, el contrato de trabajo -desnaturalización, suspensión, 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; pero, también, poner a debate la denominada sobre constitucionalización del Derecho Laboral.

8. 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 que su validez y eficacia ha quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas (CHIOVENDA, 1922, p. 43 y ss., particularly, pp. 61-64). 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. El mismo que procura la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, en base a reconocer un rol tutelar al juez (CALAMANDREI, 1962, p. 317 ss, particularly p. 323).

En esta revisión conceptual, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo 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: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, 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 los mismos. Permitiendo 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 existe el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y militares y, hasta los procesos arbitrales, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; sino 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 que irradian 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^o-3, Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). La misma que se ha potencializado con la jurisprudencia

del Tribunal Constitucional que ha aumentado considerablemente el interés por la naturaleza, objeto y carácter de los procesos (LANDA, 2012, p. 162).

Pero, tal como señala el Profesor Pedro De Vega, el Tribunal Constitucional 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*-. Siendo que 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 Tribunal Constitucional ha ido desarrollando a través de la *autonomía procesal* y en la medida que es un principio que permite viabilizar de forma adecuada el ejercicio de la justicia constitucional, al permitir que el justicia constitucional no acabe sumergido en las ineficiencias de la práctica y/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, que duda cabe que el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para el desarrollo jurisprudencial y complemento normativo mediante resoluciones judiciales sobre la regulación procesal, en el marco de los principios generales del Derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales (LANDA, 2008).

En efecto, un cambio importante es la inclusión del precedente y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales que ha permitido al Tribunal desarrollar bajo la forma resoluciones judiciales en casos concretos, un espectro bastante amplio, por ejemplo, en materias de plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, allanamiento, acumulación y separación de demandas, prescripción 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; que irradian sobre los ordenamientos procesales ordinarios (LANDA, 2010).

Ello 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 en la medida de los déficits de confianza ciudadana

en los fallos del Poder Judicial han podido ser satisfechos por las resoluciones del Tribunal Constitucional, sobre todo durante el período 2002-2008.

9. PERSPECTIVAS

El proceso de la constitucionalización del Derecho solo se ha hecho posible gracias a la fuerza normativa de la Constitución, en la medida que la Constitución 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 nacional (HESSE, 1983, p. 59-84). Este proceso es propio del Estado democrático constitucional, en la medida que ha incorporado las lentas y progresivas transformaciones políticas, sociales y económicas de la sociedad expresada en los viejos y nuevos derechos y libertades, 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. Lo cual 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. Poniendo en evidencia que la constitucionalización de las distintas áreas del derecho también es un concepto catalizador de los alcances, límites y funciones de la supremacía jurídica de la norma constitucional (BIDART CAMPOS, 1995, p.529).

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. 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” (DE VEGA GARCÍA, 1987, p. 285).

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 sobretodo del Tribunal Constitucional.

Si bien 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; también es cierto que no todo avance de la jurisdicción constitucional es símbolo del fortalecimiento del ordenamiento jurídico nacional. En la medida 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. Por cuanto, no existe derecho sin democracia, como tampoco existe democracia sin derecho (BÖCKENFÖRDE, 1993, pp. 60-63).

Si bien las perspectivas de la la constitucionalización jurisprudencial del Derecho avanza en la línea de controlar los excesos del poder público o privado en aras de proteger los derechos fundamentales, esto ha originado cuestionamientos y debates en torno al activismo judicial versus la autolimitación judicial. Pero, cabe señalar que la fuerza normativa constitucional se identifica antes con dicho activismo, que con la autolimitación; no obstante, habría que remarcar de un activismo judicial ponderado, es decir limitado.

Por ello, la fuerza y eficacia jurisprudencial no constituye en sí misma un valor institucional absoluto; por cuanto, la sobre constitucionalización del sistema jurídico, de la mano de tribunales y jueces venales y/o dependientes del poder gubernamental de turno o de los poderes privados, que nunca faltan, es tan perniciosa para el Estado democrático constitucional, como el de una o 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 al 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.

Aunque siempre hay que estar alertas a las llamadas autoritarias incluso dentro de los procesos democráticos que apelando a la necesidad y 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*–; lo cual es falso en la medida que convierte a la persona humana en objeto y no sujeto del poder ni del derecho, así como también termina sirviendo a las minorías usando el nombre de las mayorías,

La constitucionalización del Derecho también es sobre todo una cuestión jurídica en la medida que su eficacia requiere de 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 lo cual, la profundización del test de ponderación o razonabilidad constituye en la hora actual la mejor técnica que permite 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 la leyes.

REFERÊNCIAS

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

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

ANDRUET, Armando. *¿Es posible el autoritarismo judicial?* En: *Justicia Constitucional*. Year IX, Nº 7. July 2007 – June 2008. Lima: Palestra Editores, 2010, p p. 59 – 79.

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; likewise, GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.

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

BARAK, Aharon. "El rol de la Corte Suprema en una democracia". EN *IUS ET VERITAS* año XIII N° 26. Junio, Lima. 2003, pp. 108-114; AJA, Eliseo (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998. pp. 276 ss.; likewise, LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores. 2001. pp. 85 ss.

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

BLANCAS Bustamante, Carlos. "El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional". In *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 343-365.

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

BULYGIN, Eugenio. "Los jueces ¿crean derecho?" In: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003. p. 21.
RUBIO Llorente, Francisco. "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho". En: *REDC*, Año 8, N° 22, January-April, 1988.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, volumen I, ediciones JEA, Buenos Aires, 1962, pp. 317 y ss, particularly p. 323.

CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 302 ss; also, STARCK, Christian "Constitutional Interpretation". In: Christian Starck (editor). *Studies in German Constitutionalism, the german contribution to the fourth world congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

CAPPELLETTI, Mauro. "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional". En: AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1984.

CASSESE, Antonio. *Internacional Law*. 2da ed. Oxford: University Press, 2005.

CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, Reus, Madrid, 1922, pp. 43 y ss., particularly, pp.

CONSTITUTIONAL COURT. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional y Laboral* Lima: Palestra, 2006.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución" En: *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. *Estudios político constitucional*. México: UNAM, 1987.

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

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: M. Carbonell (editor) *Neoconstitucionalismo... op. cit.*, pp.13 ss.; likewise, ATIENZA, Manuel. "Argumentación y Constitución". In: Joseph. Aguiló, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1989, pp. 373 ss.

Ferrer Mac Gregor, Eduardo. "Control de difuso de convencionalidad en el estado Constitucional". In *Formación y perspectivas del estado en México* (Fix Zamudio y Valadés, coordinadores). México: UNAM, 2010, pp. 151-188.

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.

GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso, GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho*. Lima, Palestra Editores, 2.^a corrected edition, 2005. p. 42.

GUASTINI, Ricardo. "Sobre el concepto de Constitución". En: M. Carbonell (editor) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta – IJJ/UNAM, 2007, p.23. See also: PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1985. pp. 27.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: UNAM, 5th edition, 2003. p. 116.

HÄBERLE. Peter. "El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional". En *Pensamiento Constitucional* Año VIII, N° 8. Lima, PUCP – Fondo Editorial, 2002, pp. 25-59; likewise, LANDA ARROYO, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra editores, 2004, pp. 278.

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

HESSE, Honrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1885, p. 14.

Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 81- 82.

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

LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una Perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional". En: *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2006. pp. 316-319.

LANDA Arroyo, César. "Constitución y Derecho Civil: una lectura constitucional del Título Preliminar". In *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volume I. pp. 213 240.

Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra editores, 2007, 3ª edition, pp. 265-319; HÄBERLE, Peter. "El Tribunal Constitucional como poder político". En HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México: editorial Porrúa. 2005, pp. 91-123;

LANDA, César. "Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: Cooperación, conflictos y tensiones". In Capaldo, G.; Clérico, L.; Sieckmann, J. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: EUDEBA, 2012, pp. 438-440.

LANDA, César. "Autonomía procesal del Tribunal Constitucional". En: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. (E. Ferrer, A. Zaldívar, L. de Larrea, coordinators). México, IIJ, 2008.

LANDA, César. "La incidencia de los principio 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.

LANDA, César. "Los Precedentes constitucionales. El caso del Perú". In *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. (C. Escobar, editora). Ecuador, Ministry of Justice and Human Rights, 2010.

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, pp. XXX.

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, pp. 162.

MERRYMAN, Jhon. "Convergence of civil law and common law". In M. Cappelletti (editor). *New perspectives for a common law of Europe*. Italy: European University Institut, 1978, pp. 210-213; likewise, CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México: Editorial Porrúa, 1993, pp. 66-68.

MIR PUIG, Santiago. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal". In *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setena aniversario del profesor*

Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant Lo Blanch, Volume II, 2009, pp. 1357-1382.

NEVES Mujica, Javier. "Los principios del derecho del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". In *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 337-364.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4.^a Ed. Madrid: Tecnos, 1991. pp. 251 ss.; ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984. pp 277 ss; likewise, RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid: CEC, 1990, pp 37 ss.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones del Derecho constitucional*. T. I. Madrid: CEC, 1984. p. 11.

PRIETO SANCHIZ, Luis. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En la compilación del mismo autor. "Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra editores, 2002, pp. 109-163; ORDÓÑEZ Solís, David. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*. Navarra: 2004, pp. 77-108.

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

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

RUBIO, Marcial. *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*". Lima: Fondo Editorial – PUCP, Lima, 2005, pp. 11-13; likewise, see "Mesa Redonda: Marcial Rubio, Néstor Pedro Sahûés, César Landa and Francisco Eguiguren, Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en el Perú: diez años después". En: THÉMIS 55, Lima, 2008, pp. 13-27.

RUIZ MANERO, Juan. "Una tipología de las normas constitucionales". En: AGUILÓ, Joseph; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Fragmentos para una teoría de la Constitución...* op. cit., pp. 69 ss.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, 2^a edition, pp. 364-365.

SMEND, Rudolph. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC., 1985, pp. 287; this theory is the prevailing one in the different contemporary constitutional courts; however, the normative critique to such theory can be revised in KELSEN, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 147.

TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 21.

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.

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.

Travieso, Juan Antonio. *Derechos Humanos y Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1990, pp. 1-40.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Argumentación, razonamiento e interpretación constitucional*. Reading material of the International Seminar-Workshop, in three volumes. Lima, February-March 2008, sponsored by JUSPER of the European union, gathering materials from lecturers: Manuel ATIENZA, Joseph AGUILÓ REGLA; Juan RUIZ MANERO, César ASTUDILLO and Gloria LOPERA.

Recebido em 29/10/2017

Aprovado em 06/12/2017

Received in 29/10/2017

Approved in 06/12/2017