



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Alvites, Elena

La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso*

Derecho PUCP, núm. 80, 2018, Junio-Noviembre, pp. 361-390

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.010>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533657308011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso*

Constitutionalization of the Peruvian Legal System: Advances and Obstacles of the Process

ELENA ALVITES**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: Este trabajo presenta algunos de los principales avances y obstáculos del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano, vinculados al derecho privado, al derecho laboral y a la protección del consumidor, y que han sido abordados principalmente por el Tribunal Constitucional (TC). El ejercicio tiene por finalidad identificar, en líneas generales, algunas de las fortalezas de este proceso, ligadas en la mayoría de los casos a la protección de derechos fundamentales y su efectividad en las relaciones entre particulares. De igual modo, se busca reconocer y analizar, a partir de dos casos —uno vinculado a la protección del derecho a la negociación colectiva, el otro sobre el derecho a la libertad de conciencia—, los límites de la constitucionalización como proceso y resultado en las relaciones y decisiones políticas.

Palabras clave: constitucionalización del derecho, interpretación constitucional, jurisdicción constitucional, eficacia de los derechos fundamentales, déficit de protección de los derechos fundamentales

Abstract: This presentation is focused on advances and obstacles in the process of the constitutionalization of the Peruvian legal system, as it pertains to private law, labour law, and consumer protection, issues that have primarily been addressed by the Constitutional Court. The purpose of this exercise is to identify some of the strengths of this process, in broad strokes, mostly with regard to the protection of fundamental rights and their enforcement in relationships between private individuals. It also seeks to identify and reflect on —through two cases, one involving the protection of the right to collective bargaining, and the other involving the right to freedom of

* El presente artículo se basa en una versión preliminar presentada en las IV Jornadas Interamericanas de Derechos Fundamentales, realizadas en la ciudad de Lima del 11 al 13 de octubre de 2017, organizadas por el Área de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia (RED-IDD), con el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer. La RED-IDD se encuentra preparando un libro en inglés con las versiones preliminares de las ponencias presentadas en dichas jornadas académicas, entre las que se encuentra la versión preliminar de este artículo.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomada en Estudios Avanzados en Constitución y Derechos Fundamentales por la Universidad de Alicante, España. Ha sido jefa del Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo del Perú. Actualmente es Profesora Ordinaria Asociada del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente investigadora del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF), reconocido por el Vicerrectorado de Investigación de la misma universidad, de cuyos integrantes ha recibido valiosos comentarios para enriquecer este trabajo.

Código ORCID: 0000-0001-5220-8899. Correo electrónico: ealvites@pucp.edu.pe

thought— the limits of constitutionalization, as a process and a result, in political relationships and decision-making.

Key words: constitutionalization of law, constitutional interpretation, constitutional jurisdiction, effect of fundamental rights, deficit in protection of fundamental rights

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CÓMO ENTENDER LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: CONTEXTO, PROCESO Y RESULTADO.– II.1. CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO PROCESO.– II.2. CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO RESULTADO.– II.3. ALGUNOS EJEMPLOS DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN EL PERÚ.– III. LAS TENSIONES DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: DOS CASOS PARA REFLEXIONAR SOBRE SUS LÍMITES.– III.1. LESIÓN Y DÉFICIT DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS.– III.2. LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES E INCUMPLIMIENTO DE MANDATOS CONSTITUCIONALES: EL CASO DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO («TRANSFUGUISMO»).– IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con Guastini y Favoreu, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos consiste en un proceso que tiene como principal característica la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación de las distintas ramas del derecho; vale decir, «un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales» (Guastini, 2009, p. 49; Favoreu, 2001, p. 40). No obstante, como veremos, la constitucionalización de un ordenamiento jurídico, además de ser un proceso, puede ser también entendida como el resultado, como una suerte de consolidación del Estado democrático y constitucional, en la que las relaciones que se den en la comunidad y entre esta y el Estado, así como aquellas que se producen entre los órganos del Estado, tengan como principal referente el texto constitucional. La búsqueda de este resultado no necesariamente nos sitúa dentro de lo que se ha denominado *constitucionalismo aspiracional*, basado sobre todo en la unidad política que debe generarse en torno a las constituciones (García Villegas, 2012, pp. 93-94). Aun así, sin restar importancia a la dimensión política de la Constitución, consideramos relevante destacar su dimensión jurídica, dado que los distintos dispositivos constitucionales constituyen mandatos normativos destinados a ser interpretados y aplicados por los operadores jurídicos, y de alguna manera esto supone hacer política, pero política constitucional (Häberle, 2017, p. 124).

El propósito de este texto es, entonces, presentar y analizar algunos avances y obstáculos del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano a partir de casos atendidos principalmente por el Tribunal Constitucional (TC), sin dejar de mencionar alguno correspondiente a la Corte Suprema de la República. Se busca así identificar cuáles han sido, en líneas generales, las fortalezas de este proceso, así como reflexionar, a partir de dos casos recientes, sobre los límites de la constitucionalización —como proceso y como resultado— en las relaciones y decisiones políticas.

El presente documento está organizado en cuatro partes. En la primera, se da cuenta del marco general sobre la constitucionalización del derecho, para lo que se refieren algunas de sus características en el ámbito del Estado constitucional. En la segunda, se presentan algunos ejemplos del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano vinculados a la protección de derechos fundamentales por el TC y la Corte Suprema de la República. En la tercera parte, se incluyen dos casos recientes en los que se explora cómo el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico actualiza la tensión —y el debate— entre el principio democrático en el que ancla su legitimidad el órgano legislativo del Estado y el principio de constitucionalidad, en cuya defensa actúan los jueces constitucionales.

Uno de los casos citados está vinculado a la protección que, hasta en tres oportunidades, el TC ha buscado asegurar al derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del Estado peruano, mientras que el otro se refiere a la protección del derecho a la libertad de conciencia de los congresistas frente a las también legítimas medidas legislativas para desincentivar y, si fuera necesario, sancionar el «transfuguismo» parlamentario. A partir de ambos casos, la última parte de este texto plantea algunas breves conclusiones que, como suele ocurrir en el ámbito académico, son formuladas para la discusión.

II. CÓMO ENTENDER LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: CONTEXTO, PROCESO Y RESULTADO

II.1. Constitucionalización como proceso

La constitucionalización del Derecho se entiende como un proceso en el cual la Constitución, en tanto norma suprema de los ordenamientos jurídicos, desplaza a la ley, tanto desde el punto de vista formal como desde el material. De tal manera, a partir de la interpretación de los dispositivos constitucionales, se va resignificando el contenido de la ley, su interpretación y aplicación (Cabo, 2000, pp. 79-82); así como, en general, los conceptos y categorías jurídicas propios de las distintas áreas del derecho. De esa forma, es posible atender los mandatos,

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

prohibiciones y permisiones (márgenes) que se derivan de los distintos dispositivos constitucionales (Alexy, 2003, pp. 54ss.).

La afirmación de la supremacía constitucional, en su condición de norma fundamental y, a la vez, como norma marco de la vida de la comunidad, «no se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también [...] las bases de la ordenación de la vida no-estatal» (Hesse, 1992, p. 16). De esa manera, se afirma la fuerza normativa de los dispositivos constitucionales, para que desplieguen sus efectos a la vida social, dado que acogen el conjunto de valores y principios que se corresponden con los intereses de los distintos sectores sociales que forman parte de la comunidad (Häberle, 2002, p. 109).

En esa línea, los textos constitucionales del siglo XXI, propios del Estado constitucional, no solo contienen el diseño de la estructura, organización y competencias de los órganos del Estado, sino también los principios y valores de la comunidad a la que pretenden regular. Tienen una carga axiológica importante que, en su mayor parte, coincide con el catálogo de derechos fundamentales, cuya eficacia es vertical y horizontal (Bastida et al., 2004, pp. 179-195; Prieto Sanchís, 2004, pp. 58-61). Desde esta perspectiva, el Estado constitucional se presenta como una superación del Estado de derecho, pues conserva muchos de los elementos de este, pero, además, involucra nuevos matices que lo hacen más omnicompreensivo, dado que su derecho constitucional ha pasado a ser más un derecho de principios que de reglas (Cabo, 1997, p. 304; Fioravanti, 2004, pp. 28-29). De igual modo, la fuerza normativa de sus contenidos se concreta en la interpretación constitucional que realizan los distintos operadores jurídicos, particularmente los jueces constitucionales (Häberle, 1997, pp. 64-71; Zagrebelsky, 2002, pp. 16-17).

El sistema de fuentes de derecho del Estado constitucional se encuentra, así, encabezado por la Constitución, que norma la producción e interpretación de las otras fuentes de derecho, y es ella misma fuente de la que derivan directamente derechos y obligaciones para la ciudadanía y para los poderes públicos. De tal forma, el texto constitucional goza de eficacia normativa directa (Hesse, 1992, pp. 57-58) y es, al mismo tiempo, norma fundamental y programa que debe orientar la política estatal, que en el Estado constitucional debe ser política constitucional (Gomes Canotilho, 2003, p. 23; Zagrebelsky, 2002, p. 13).

Tal posición del texto constitucional permite no solo que sus dispositivos disciplinen el procedimiento de formación de las demás normas jurídicas, sino también que condicionen su contenido y la interpretación de las distintas instituciones jurídicas que conforman las otras ramas del ordenamiento legal. Así, tanto el legislador como los intérpretes de la ley tienen en la fuerza normativa de los dispositivos constitucionales

límites formales y materiales que no deben franquear (Guastini, 2000, pp. 241-243; Fioravanti, 2004, p. 38). Como señala Zagrebelsky, la interpretación de la legislación se ve condicionada a una «relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución» (2002, p. 34). El Estado constitucional se inscribe, entonces, también en el ideal racionalista del ejercicio limitado del poder y la protección de las personas, porque sus acciones sobre las propias personas, las relaciones entre ellas y aquellas que se producen entre los órganos del Estado deberán orientarse por la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, y no por la arbitrariedad.

II.2. Constitucionalización como resultado

El Estado constitucional, en esa línea, se perfila como la ordenación dialéctica de los distintos valores y principios normativos que han dado contenido a las diversas etapas de evolución del pensamiento constitucional (Baldassarre, 1994, p. 30). No se trata solo de un modelo prescriptivo, sino también del producto de un proceso de integración de elementos culturales y normativos (Smend, 1985, pp. 132ss.) que dan contenido a un texto constitucional sustantivo, que es a la par pluralista y abierto a la interpretación. De ahí que la constitucionalización del ordenamiento jurídico pueda ser entendida asimismo como un resultado o meta por alcanzar, porque actualiza las categorías jurídicas de las distintas áreas del derecho, dándoles dinamismo a partir de las cláusulas abiertas de la Constitución. Y lo hace sin dejar de garantizar el objetivo último del constitucionalismo, a saber, la protección de los derechos fundamentales de las personas y el ejercicio no arbitrario del poder.

La Constitución como norma directamente aplicable y justiciable ha modificado la relación existente entre ella y la ley, pero también entre ella y la jurisdicción. Forma parte del material normativo que deben aplicar los jueces, y su contenido axiológico despliega sus efectos en las distintas ramas del derecho. De esta manera, la práctica de la justicia constitucional —sea que provenga de un tribunal constitucional o del concierto de jueces que integran el Poder Judicial, se trate de un caso específico o de un proceso de inconstitucionalidad— es una forma de realizar la Constitución.

Después de todo, no hay que olvidar que el texto constitucional es inacabado, siempre abierto a la interpretación para responder a los procesos vitales de la comunidad que pretende normar (Hesse, 1992, pp. 23-25). De ahí que la interpretación que haga la justicia de los dispositivos constitucionales y las técnicas argumentativas que aplique a la solución de los casos concretos deban tomar en cuenta que la Constitución es, a la vez, garantía de protección de los derechos de las

365

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

personas y de movilidad como señal de apertura a los cambios sociales; tal como lo advierte Landa, al señalar que: «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» (2013, p. 71).

Los diversos autores que se han ocupado de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos sostienen que la garantía de la Constitución, a través de los jueces constitucionales, constituye condición imprescindible de todo proceso de esta naturaleza. Afirman, además, que sin el funcionamiento de la jurisdicción constitucional sería imposible siquiera hablar de constitucionalización del ordenamiento jurídico (Guastini, 2009, p. 50; Carbonell & Sánchez, 2011, p. 34). El papel que cumplen los jueces constitucionales en la interpretación y aplicación de dichos textos es primordial, porque son ellos quienes afirman la fuerza vinculante de la Constitución, aplicándola directamente a casos concretos e interpretando la legislación conforme a los dispositivos en ella contenidos (Guastini, 2009, pp. 52-56; Carbonell & Sánchez, 2011, pp. 34 -35). Incluso, la justicia constitucional será la artífice de la *hiperconstitucionalización* del ordenamiento jurídico, como lo sostiene De Cabo en tono más bien crítico (2000, p. 80).

No obstante, esta impregnación o constitucionalización material del orden jurídico continúa siendo una meta o resultado por alcanzar cuando se trata de la influencia de la Constitución y los derechos fundamentales en las relaciones políticas (Guastini, 2009, p. 58); es en ese espacio donde se constata si realmente la expansión de los contenidos constitucionales —y en particular de los derechos fundamentales— ha afectado o no directamente a los poderes públicos (Alexy, 2003, p. 47). La influencia de la Constitución en el proceso político tiene que traducirse, entre otras cosas, en que los actores políticos tiendan a argumentar y defender sus opciones políticas en las normas constitucionales, así como en que los conflictos entre órganos del Estado y niveles de gobierno se resuelvan jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales, y en que los jueces no se autolimiten frente a las llamadas cuestiones políticas (Aguiló, 2007, p. 667).

De esa manera, el proceso de constitucionalización como resultado concretaría la tradicional aspiración del constitucionalismo que, en mayor o menor medida y, ciertamente, con matices, apunta a que «[l]a garantía de los derechos fundamentales es la finalidad última del constitucionalismo. Esto implica la existencia de gobierno limitado, con lo que se excluye cualquier forma de gobierno absoluto o autoritario y se incluye, entre otras instituciones, la separación de poderes» (Salazar, 2008, p. 91). Precisamente, este es el aspecto más problemático de la

constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano, como veremos al final de este artículo.

II.3. Algunos ejemplos del proceso de constitucionalización del derecho en el Perú

Como ya hemos señalado, la jurisdicción constitucional es el mecanismo de protección inserto en las constituciones para garantizar su supremacía, su integridad y la fuerza normativa de sus dispositivos. Esto es así porque la función de la jurisdicción constitucional, como señala Häberle, consiste en «una colaboración sustantiva con el consenso básico; reside en la nueva protección de las minorías y de los débiles, en la reacción oportuna a los nuevos peligros para la dignidad humana, con un carácter no impolítico de orientación y respuesta» (2003, p. 154). De ahí que se afirme que la justicia constitucional puede facilitar el equilibrio entre las distintas fuerzas divergentes en la sociedad y, de esta forma, colaborar con el proceso de integración política sobre la base de los valores y principios establecidos por el constituyente (Montilla, 2002, p. 96).

A través de su jurisprudencia, la jurisdicción constitucional ha ido adquiriendo un peso importante en la vida jurídica y política de los Estados constitucionales (Hart Ely, 1997, pp. 66ss.; Aja, 1998, pp. XXIV-XXVIII), particularmente al haberse asentado como garante de los derechos fundamentales, con lo que ha consolidado su legitimidad y su aceptación por parte de la población (Rousseau, 1992, pp. 129ss.). El TC peruano no ha sido ajeno a este proceso, pues ha cumplido su papel de garante de los contenidos constitucionales, sobre todo a partir del año 2001, cuando se recompuso como órgano de defensa de la Constitución y última instancia de protección de los derechos fundamentales. Ha sido, así, el motor en la constitucionalización de diversas áreas del derecho, pues, como señala Landa, la constitucionalización del derecho peruano ha encontrado en la garantía de la supremacía constitucional y en la protección de los derechos fundamentales —tanto desde el punto de vista subjetivo como en su dimensión objetiva— el fundamento de su institucionalización y funcionamiento, particularmente a través del TC (2013, pp. 34-35). En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando y, paralelamente, ha ido siendo analizada por diversos autores peruanos en las distintas áreas del derecho. En los siguientes párrafos daremos cuenta, de forma breve y concisa, de algunos ejemplos de cómo, desde el punto de vista de la interpretación de los derechos fundamentales, se ha avanzado en el proceso de constitucionalización en el Perú.

En el ámbito del *derecho privado*, la constitucionalización en el país está vinculada a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y los límites de la libertad contractual (Landa,

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

2014). Así, se ha afirmado la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares como verdaderos mandatos y límites de la libertad contractual. Ciertamente, aquí no abordaremos el debate y la problemática que encierra el complejo tema de la eficacia horizontal (Mendoza, 2009, pp. 15ss.), pues lo que corresponde es dar cuenta de cómo la afirmación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y los límites que esta supone a la autonomía privada no han presupuesto la eliminación de esta última, pero sí una modulación de ella y un redimensionamiento del derecho privado.

En esa línea, el TC ha afirmado en diversas oportunidades que los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o *inter privados* (véase *Sindicato Unitario de Trabajadores de la Telefónica del Perú y otro c. Telefónica del Perú S.A.A.*, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38 de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de «respetar» y «cumplir» la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (artículos 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues, de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad (*Odila Yolanda Cayatopa de Salgado c. Cooperativa de Servicios Múltiples del Sector Educación de Lambayeque*, f. 9; *Flavio Roberto Jhon Lojas c. Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, ff. 3-4).

En esa medida, la autonomía privada y la libertad contractual se ven también delimitadas por otros derechos fundamentales, y el «derecho privado ya no atiende solo a la autodeterminación individual, sino también a la justicia social, y así cabría decir que se ha desarrollado una nueva dimensión [...] pasa a ser más que antes un derecho tutelar, delimitador; que asegura contra el abuso, y con tal tarea se acerca a los demás ámbitos jurídicos», como el derecho constitucional (Hesse, 2001, p. 73). En efecto, la protección de los derechos fundamentales «no puede omitirse en los ámbitos regulados por el derecho privado donde los “poderes privados” resultan particularmente nocivos de los derechos fundamentales» (Mendoza, 2009, p. 14; de Vega, 2002, pp. 694-695). De esa forma lo ha entendido el TC en diversas sentencias, en las que ha modulado el alcance de la libertad contractual, advirtiendo que no se trata de un derecho absoluto y que los contratos suscritos en su ejercicio no deben contravenir derechos fundamentales:

[...] los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no

pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen [...] orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.

[...] es particularmente evidente en aquellas situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales [...]. (*Leyler Torres del Águila vs. OSIPTEL y Telefónica Móviles S.A.C.*, ff. 22-23).

El TC también ha extendido esta limitación de la autonomía privada a asuntos que, aun cuando sean incorporados por las partes en el contrato, no pueden ser llevados al arbitraje, dada su relación con otros derechos fundamentales; de ahí que haya sostenido que:

[...] los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean *prima facie* ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral [...] aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación. Es eso precisamente lo que ocurre cuando se trata de derechos fundamentales que, como se sabe, no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido (*Corporación Meier S.A.C. y otro representadas por Fernando Donet Valle c. Aristocrat Technologies Inc. y otro*, ff. 19-20).

Incluso, el TC ha afirmado que la Constitución y los derechos fundamentales cuentan con tal fuerza regulatoria que «las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales» (*Odila Yolanda Cayatopa de Salgado c. Cooperativa de Servicios Múltiples del Sector Educación de Lambayeque*, f. 9). Además, las cláusulas abusivas también se consideran límites de la libertad de contratación y la autonomía privada, como también lo son el derecho a la igualdad y no discriminación, la proscripción de la arbitrariedad, el debido proceso, entre otros derechos fundamentales (*Renee Quispe Silva a favor de Fernando Cantuarias Salaverry c. Fiscal*

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

de la 38 Fiscalía Provincial Penal de Lima, ff. 20-23; *Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia c. Tribunal Arbitral*, ff. 20-21 y 26; *José Pereyra Graham v. Asociación de Clubes de Playa Pachacamac*, ff. 2-4; *José Pereyra Graham v. Guillermo Barelli Gómez y otros*, f. 2; *Fidel Diego Mamani Tejada vs. Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Planicie*, f. 4). De esa forma, en el derecho privado se va verificando el proceso de constitucionalización, en el cual, como señala Landa, debemos participar todas las personas, de cara a hacer efectivo el modelo de Estado social y democrático de Derecho (2014, p. 327).

La constitucionalización del derecho privado también se ha manifestado en el denominado *derecho de familia*. Inicialmente, en relación con solicitudes de pensiones de viudez a causa del fallecimiento del conviviente varón, el TC tuvo una posición tradicional de protección solo de la familia constituida sobre la base del matrimonio, a pesar de que el propio artículo 5¹ de la Constitución reconoce y brinda protección a las uniones de hecho. En particular, el TC señaló que

[...] no se puede tratar por igual al matrimonio y a las uniones de hecho, pues al ser situaciones disímiles deben ser tratadas desigualmente. Si no se puede obligar a nadie a casarse, tampoco se puede obligar a tener los efectos previsionales propios del matrimonio. Y lo que la Norma Fundamental quiere es favorecer el matrimonio, al ser este presentado como una institución constitucional (*Irma Doris Anaya Cruz vs. Gobierno Regional de Lambayeque*, f. 5).

De igual modo, el colegiado señaló que la Constitución ordenaba la promoción del matrimonio y que la protección que se brindaba a las uniones de hecho como una situación fáctica muy recurrente en el país era de carácter patrimonial y no genera derechos pensionarios, debido a que estos derechos, de acuerdo con la normativa correspondiente, se basan en la existencia del vínculo matrimonial (*Irma Doris Anaya Cruz vs. Gobierno Regional de Lambayeque*, f. 7). Como podemos ver, el TC no declaró expresamente qué forma de familia garantiza la Constitución, pero su argumentación con respecto a la protección social en materia de pensiones de viudez dio cuenta de su opción por la protección de la familia matrimonial. Sin embargo, esta posición fue luego reconsiderada por el propio colegiado, que afirmó que tanto la normativa constitucional como el Código Civil, al regular la unión de hecho, consideran que se encuentra «destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. Es decir, de varón y mujer como pareja, teniendo entre ellos consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales obligados al sostenimiento del hogar que han formado con la obligación mutua

1 «Constitución Política del Perú. Artículo 5.- Concubinato. La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable».

a la alimentación, la fidelidad, la asistencia y que haya durado cuando menos dos años» (*Luz Sofía Baca Soto v. Jefa de Personal del Ministerio de Educación y otro*, f 1). Se reconoce así la unión de hecho como la base de un hogar, de modo que al fallecer uno de los integrantes le asiste al otro el derecho a la pensión de viudez.

Este cambio en la jurisprudencia del TC se consolida en posteriores sentencias en las que señala expresamente que la Constitución no adopta ni pretende proteger un único modelo de familia. Por el contrario, el mandato de protección constitucional de la familia es abierto al tiempo y a los cambios sociales, de modo que puede alcanzar a aquellas con estructuras distintas a la tradicional, esto es, a las surgidas de las uniones de hecho, a las monopaternales e incluso a las denominadas reconstituidas o reensambladas (*Reynaldo Armando Shols Pérez vs. Asociación Civil Centro Naval del Perú*, ff 8-10) y las extramatrimoniales (*Janet Rosas Domínguez vs. O.N.P.*, ff 7-11; *Reynaldo Armando Shols Pérez vs. Asociación Civil Centro Naval del Perú*, ff. 4-7). No obstante, en el caso de las uniones de hecho, el TC señala que la protección constitucional se da en tanto esta unión no vulnere los propios valores constitucionales y sea compatible con las demás normas del ordenamiento jurídico; esto es, que las personas que integren estas parejas tengan capacidad nupcial —sean libres de contraer matrimonio—, que la unión sea monogámica y heterosexual, que tenga una duración de por lo menos dos años y que tenga apariencia de vida conyugal pública (*Janet Rosas Domínguez vs. O.N.P.*, ff. 12-19).

Ahora bien: la protección que el Estado está obligado a brindar a las distintas modalidades de familia no significa que deje de cumplir con el mandato previsto en el artículo 4 de la Constitución, que ordena promover la familia matrimonial, en la medida en que, a juicio del TC, «supone mayor estabilidad y seguridad de los hijos». Sin embargo, también señala que la familia no puede ser concebida como una institución destinada a la procreación, sino que se trata de un núcleo esencial de la comunidad en el que se «transmiten valores éticos, cívicos y culturales» (*Janet Rosas Domínguez vs. O.N.P.*, ff. 10-11).

En ese contexto, no resulta extraño que el 21 de diciembre del año 2016, en un proceso de amparo iniciado contra el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC), que se negó a reconocer el matrimonio de una pareja del mismo sexo realizado en la ciudad de México, donde sí se encuentra regulado legalmente, el Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima haya fallado ordenando al RENIEC que se registre ese matrimonio como válido en el Perú, en atención a que el reconocimiento del citado matrimonio entre personas del mismo sexo se fundamenta en los derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación, así como al libre desarrollo de la

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

personalidad, reconocidos en la Constitución peruana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, conforme a la cuarta disposición final y transitoria de la propia Constitución² (*Óscar Ugarteche Galarza vs. RENIEC*, ff. 23-24, 35). Asimismo, este juzgado consideró inconstitucional que no exista, en el ordenamiento jurídico peruano, una institución —matrimonio homosexual o unión civil— que garantice a las parejas homosexuales poder efectuar una unión que pueda ser reconocida por el ordenamiento jurídico y que les permita tener los mismos derechos de lo que sí gozan las parejas heterosexuales. Asimismo, evidenció que las parejas homosexuales conforman un grupo de la población que se encuentra desprotegido y en constante discriminación, al no habérseles reconocido derecho alguno (*Óscar Ugarteche Galarza vs. RENIEC*, f. 25)³. Este es un ejemplo de cómo la constitucionalización del derecho de familia en el Perú no viene siendo construida solo desde el TC: también forman parte de este proceso los jueces que integran el Poder Judicial peruano.

En el caso del *derecho mercantil*, también es posible encontrar elementos que dan cuenta del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico en la actuación del TC. Además, esta línea del proceso de constitucionalización es interesante porque, como señala Landa, se produce en las dos últimas décadas del siglo XXI, cuando el crecimiento económico peruano ha dinamizado esta rama del derecho y ello ha motivado decisiones del TC a pedido de las partes de los diversos y disímiles actos comerciales —creación, transformación y disolución de sociedades, suscripción de actos y contratos mercantiles, aumentos y reducciones de capital, ejercicio de derechos de preferencia, entre otros— (Landa, 2015, p. 192). En este marco, nos interesa destacar dos vertientes relevantes de tal proceso. La primera está referida a cómo el TC ha identificado y enunciado los principios constitucionales del derecho mercantil. La segunda, a la protección de los consumidores.

Para el caso de los principios constitucionales del derecho mercantil, el Tribunal Constitucional ha definido que las libertades económicas —como la de empresa y la de libre iniciativa privada— se ejercen en el marco del principio de economía social de mercado, recogido en el

2 «Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición.- Interpretación de los derechos fundamentales. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

3 A fines del mes de marzo, previamente a la publicación de este artículo, la instancia revisora —Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima— anuló esta sentencia de primera instancia, por lo que el caso será resuelto posteriormente por el Tribunal Constitucional, dado que el matrimonio afectado hará uso del recurso de agravio constitucional.

artículo 58⁴ de la Constitución. Este principio, como señala el TC, es consistente con

[...] los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho [...] donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos [...] se opone a la economía de planificación y dirección central, [...] también a la economía del laissez faire (*Roberto Nesta Brero v. artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 140-2001*, f 16).

De ahí que coincidamos con Landa cuando indica que este escenario en el que se ejercen las libertades económicas está compuesto por tres elementos que deben ser tomados en cuenta de manera conjunta: el bienestar general social, el libre mercado y el papel del Estado, correspondiendo a este último la tarea de armonización entre la subsidiariedad y la solidaridad (Landa, 2015, p. 193). Esto quiere decir que, en las interpretaciones que se realicen de este dispositivo constitucional, ni el libre mercado ni la maximización de la competencia deben ser el componente al que se atribuya siempre mayor entidad o fuerza normativa, como suelen hacerlo algunos autores (López, 2011, pp. 53ss.). Esto es así porque bajo el mandato de la economía social de mercado no solo se protege el espacio de intercambio de bienes, sino que también se busca garantizar la calidad de vida de la población y responder a las expectativas de servicio y bienes sin que ellos alcancen costos excesivos (*Simeón Quispe Flores v. Juan Fidel Torres Tasso*).

Ese es también el marco en el que, de acuerdo con el TC, debe ejercerse la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que su ejercicio esté sujeto a límites. En el caso de la libertad de empresa, el Tribunal ha sostenido que su reconocimiento en el artículo 59 de la Constitución⁵ supone la facultad de elegir la organización y desarrollar las unidades de producción de bienes o prestación de servicios que cada quien crea más convenientes, pero atendiendo a límites como el orden público y la protección de derechos fundamentales (salud, integridad personal, etcétera). Para decirlo en sus propios términos, este derecho se ejerce «con sujeción a la ley —siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

4 «Constitución Política del Perú. Artículo 58.- Economía Social de Mercado. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

5 «Constitución Política del Perú. Artículo 59.- Rol Económico del Estado. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades».

del medio ambiente—, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce» (*Roberto Nesta Brero v. artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 140-2001* f. 26; *Ludesminio Loja Mori v. Municipalidad Metropolitana de Lima y otros*, f. 32).

En esa misma línea, en relación con la libre iniciativa privada, el TC ha sostenido que su reconocimiento constitucional comprende el libre acceso y la permanencia en el mercado en condiciones de igualdad (*Peruval Corp S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones*, f. 20), y que esto se encuentra relacionado con el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, que reconoce el derecho de todas las personas a participar de forma individual o asociada en los distintos ámbitos de la vida del país, entre ellos el económico. Sin embargo, esta libertad ha de comprenderse como una cuyo despliegue no debe lesionar los «intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico»; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia (*Roberto Nesta Brero v. artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 140-2001*, f.18).

En suma, como se desprende de la jurisprudencia del TC, la Constitución garantiza las libertades económicas en el marco de una economía social de mercado, lo que no impide tener siempre en cuenta que «la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los “otros” y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado» (*Roberto Nesta Brero v. artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 140-2001*, f. 34).

Respecto de la otra vertiente del desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho mercantil, referida a la protección de los consumidores, el TC ha ido construyendo una línea jurisprudencial evolutiva por la que ha pasado de considerar al consumidor «como simple eslabón final de la cadena productiva (noción objetiva del acto de consumo) [...] como una pieza más del mercado» a verlo como alguien a quien había que tutelar como a los otros agentes del mercado, hasta considerarlo, posteriormente, como la parte más débil de la relación de consumo (Sosa, 2011, p. 146). El TC estima que, en el marco de una relación de consumo, los consumidores son seres humanos y, como tales, merecen que se respeten, protejan y garanticen su dignidad y demás derechos fundamentales también en ese ámbito.

Desde el punto de vista constitucional, entonces, se propone el estándar de consumidor promedio, como alguien que actúa ordinariamente en sus relaciones de consumo y no necesariamente con una especial diligencia, como sí lo exigiría el estándar de consumidor razonable. Ciertamente, para un enfoque económico, esta opción no es adecuada,

porque se estaría renunciando a «crear incentivos para una conducta responsable tanto de proveedores como consumidores, en especial en aquellas situaciones en las que la cultura de consumo responsable aún no se ha desarrollado» (Bullard, 2011, p. 188). No obstante, el mandato constitucional de protección a los consumidores no puede obedecer solo a una visión económica, sino que se inscribe en un marco institucional más amplio en el que cobran sentido el principio de dignidad humana, la protección de derechos fundamentales y la propia cláusula de Estado social y democrático.

En esa línea, el horizonte garantista que el TC ha desplegado hacia los consumidores se expresa también en la forma en la que ha venido interpretando y aplicando el mandato de protección contenido en el artículo 65 de la Constitución⁶. A partir de esta disposición —la cual, estrictamente, tiene una dimensión institucional y destaca la obligación del Estado de proteger a los consumidores—, se han identificado verdaderos derechos subjetivos. Este deber de protección puede ser interpretado como la dimensión objetiva de verdaderos derechos fundamentales, que impone al Estado las obligaciones de establecer y adoptar todas las medidas necesarias para preservar, proteger y realizar derechos. Vale decir, demanda que los órganos del Estado, en el marco de sus competencias y funciones, establecidas en la Constitución, realicen actuaciones orientadas a que tales mandatos se concreten en la realidad (Häberle, 1997, pp. 189-192). Así también lo ha entendido el TC, al indicar que el deber especial de protección «impone a los órganos del Estado, *in suo ordine*, que establezcan o adopten todas las medidas necesarias y adecuadas destinadas a preservar, proteger e, incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente protegidos» (*Leylor Torres del Águila vs. OSIPTEL y Telefónica Móviles S.A.C.*, f. 8).

El TC ha afirmado que el artículo 65 de la Constitución establece un doble derrotero jurídico: un principio rector de actuación del Estado y un derecho personal y subjetivo. En este segundo aspecto, para el TC, el artículo 65 de la Constitución reconocería de forma implícita el derecho a la acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses y, en esa medida, el derecho a acceder a bienes y servicios en un mercado competitivo. Asimismo, se garantiza de forma expresa el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, lo que implica el acceso a «datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles»; y, finalmente, el derecho a la salud y seguridad de las personas como consumidoras (*Agua Pura Rovic S.A.C. v. INDECOPI*,

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

6 «Constitución Política del Perú. Artículo 65.- Protección al consumidor. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

f. 9; *Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones*, ff. 19-23).

De igual modo, el TC ha indicado que la protección que la Constitución brinda a los consumidores se sustenta en una serie de principios que se derivan del mencionado artículo 65: 1) el principio *proconsumidor*; 2) el principio de proscripción del abuso del derecho; 3) el principio de isonomía real (igualdad); 4) el principio *restitutio in integrum*; 5) el principio de transparencia; 6) el principio de veracidad; 7) el principio *indubio pro consumidor*; y 8) el principio pro asociativo (*Agua Pura Rovic S.A.C. v. INDECOPI*, f. 9). Todos estos principios poseen un contenido que puede concretarse en una dimensión subjetiva que debe ser defendida por los consumidores, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional. De ahí que coincidamos con Sosa cuando señala que «la Constitución consagra tanto un “deber especial de protección”, como mandato principalmente dirigido al Estado, además de un derecho fundamental complejo “a la protección del interés de los consumidores y usuarios”, que permite a los consumidores exigir la tutela de diversas posiciones iusfundamentales a su favor» (Sosa, 2011, p. 153).

Finalmente, en esta revisión de los aspectos más resaltantes del proceso de constitucionalización en el Perú, es importante indicar los tres supuestos más relevantes en el ámbito del *derecho del trabajo (laboral)*. El primero ha consistido en la recuperación constitucional de la protección del derecho fundamental al trabajo, considerando esencial, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, que se respete y aplique la causalidad como condición de cese de la relación laboral (Villavicencio, 2013, pp. 329-334). La recuperación de este aspecto esencial del derecho fundamental al trabajo tiene, además, especial trascendencia porque aleja la interpretación de este derecho del contexto de liberalización económica en el que se aprobó la Constitución de 1993. En efecto, el texto de 1993, en comparación con la Constitución de 1979, pretendió limitar el reconocimiento de los derechos de los trabajadores y del trabajo como sujeto del sistema político y social (Maestro, 2002, pp. 3-8). De ahí que el aporte del TC —declarándose competente para brindar protección al derecho al trabajo cuando este quedaba afectado en relación con otros derechos fundamentales y afirmando que la evaluación de los despidos debía hacerse desde el punto de vista constitucional y no solo legal— densificó la constitución del Estado e incorporó esta área del derecho peruano al proceso de constitucionalización. Asimismo, respecto del derecho al trabajo, en el marco de la fórmula política del Estado social y democrático, el TC ha afirmado que, por ser este un derecho constitucional, su protección debe hacerse efectiva no solo frente a acciones arbitrarias del empleador, sino también en casos de violaciones que provengan del propio legislador (*Sindicato Unitario de*

Trabajadores de la Telefónica del Perú y otro c. Telefónica del Perú S.A.A., ff. 2-3; *Eusebio Llanos Huasco v. Telefónica del Perú S.A.A.*; *César Antonio Baylón Flores v. Empresa Prestadora de Servicios Emapa Huacho S.A.*, ff. 7-25). No obstante, este avance relativo de la protección del derecho al trabajo posteriormente ha sido matizado por el TC con relación a los trabajadores públicos (*Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco vs. Poder Judicial*). De ahí que las críticas al respecto no hayan sido pocas.

El segundo de los aspectos constitucionales que ha recibido atención del Tribunal con relación al derecho laboral ha sido la protección del derecho fundamental a la negociación colectiva y la promoción de la solución pacífica de las controversias laborales, de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución⁷. Precisamente con la finalidad de cumplir con el mandato de promover la solución pacífica de las controversias laborales, el TC ha interpretado el artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo y su Reglamento, aprobado por Decreto supremo 014-2011-TR. Así, ha identificado que, frente al entrapamiento de las negociaciones —mala fe en la negociación, por ejemplo—, una de las partes lleva a la otra al arbitraje, aun en contra de su voluntad. La parte autorizada está compuesta por aquellos trabajadores a quienes, por tener reconocido el derecho de huelga, les correspondería optar por la medida de fuerza o por el mecanismo de solución pacífica de la controversia. Este mecanismo ha venido a denominarse *arbitraje potestativo* y ha sido desarrollado en términos generales por el TC en diversas sentencias (*Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao v. Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros*; *Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria v. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria*; *Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú v. Telefónica Gestión de Gastos Compartidos S.A.C.*). Asimismo, en el marco de un proceso de acción popular, en el que se evaluó la constitucionalidad del arbitraje potestativo desarrollado en el Decreto supremo 014-2011-TR, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República confirmó su constitucionalidad (Proceso de Acción Popular 5132-2014). De esta forma, también la Corte Suprema participa del proceso de constitucionalización de esta área del ordenamiento jurídico.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

7 «Constitución Política del Perú. Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones».

Finalmente, otro de los ámbitos que el TC ha desarrollado en clave de constitucionalización del derecho laboral es la protección del derecho a la negociación colectiva, particularmente de los trabajadores públicos. Sin embargo, debido a que este es uno de los casos problemáticos del proceso de constitucionalización del derecho peruano, se desarrollará en el siguiente acápite.

III. LASTENSIONES DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: DOS CASOS PARA REFLEXIONAR SOBRE SUS LÍMITES

La revisión realizada en el acápite anterior permite señalar que, hoy en día, también en el Perú, el aporte de la judicatura constitucional a la creación del derecho a través de la interpretación es un tema que resulta evidente (Cappelletti, 1984, p. 628), sobre todo si se trata de aplicar las normas constitucionales. De ahí que pueda afirmarse que la labor cotidiana de los jueces constitucionales consiste en actualizar la Constitución y concretar sus contenidos. Sin embargo, en este acápite del texto se presentan dos casos en los que se evidencia no solo cómo el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico actualiza la tensión —y el debate— entre el principio democrático en el que ancla su legitimidad el órgano legislativo del Estado y el principio de constitucionalidad, en cuya defensa actúan los jueces constitucionales (Häberle, 2017, p. 122); sino también cómo el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano presenta una problemática especial cuando se trata de las relaciones entre los órganos del Estado y su apego —o falta de apego— a los mandatos constitucionales, actualizados por el TC.

Uno de los casos está vinculado a la intervención que, hasta en tres oportunidades, el TC ha realizado buscando asegurar al derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del Estado peruano. En este tema, el Tribunal Constitucional pone en evidencia, por un lado, la lesión infligida por el legislador al derecho fundamental a la negociación colectiva de los trabajadores públicos, y, a la vez, da cuenta del inconstitucional déficit de protección de este derecho fundamental cuando no ha sido previsto legislativamente el procedimiento de aprobación de los convenios colectivos, siendo el Estado el empleador.

El segundo caso que presentamos está referido a la protección del derecho a la libertad de conciencia de los congresistas frente a las también legítimas medidas legislativas para desincentivar y, si fuera necesario, sancionar el «transfuguismo» parlamentario.

III.1. Lesión y déficit de protección del derecho fundamental a la negociación colectiva de los trabajadores públicos

El primero de los casos está vinculado a la aprobación de la ley 30057 —Ley SERVIR, publicada el 04 de julio de 2013 en el Diario Oficial *El Peruano*—, cuyo objetivo es establecer un marco normativo general que regule el régimen laboral, derechos y demás aspectos del servicio civil o empleo público. La constitucionalidad de esta norma fue cuestionada porque prohibía que la negociación colectiva versara sobre remuneraciones de los trabajadores, de modo que restringía su extensión a otras condiciones de trabajo. Al respecto, en una primera sentencia, emitida en mayo de 2014, el TC indicó que el hecho de que «la negociación colectiva en el sector público presenta ciertas dificultades dado que las remuneraciones [...] [están] determinadas por la Ley del Presupuesto de la República, no es razón suficiente para excluir a las organizaciones sindicales de trabajadores públicos de toda participación en el establecimiento de sus beneficios económicos, siempre que se respete el límite constitucional del presupuesto equitativo y equilibrado» (25% de *Congresistas de la República v. Ley N.º 30057*, f. 74). Sin embargo, no fue posible un fallo en relación con este aspecto del derecho a la negociación colectiva, porque no se contó con el número de votos suficientes. Así, la norma continuó vigente y el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos permaneció lesionado.

Posteriormente, en setiembre de 2015, el TC tuvo que resolver una acción de inconstitucionalidad planteada contra la ley 29812 —Ley de Presupuesto para el Sector Público para el año 2012— y la ley 29951 —Ley de Presupuesto para el Sector Público para el año 2013—, debido a que ambas normas contenían prohibiciones, dirigidas a las entidades públicas y sindicatos, de negociar colectivamente acuerdos sobre incrementos salariales, además de otros vicios de inconstitucionalidad que no corresponde desarrollar en este trabajo. En esta oportunidad, el TC advirtió que prohibiciones semejantes a las previstas en las leyes impugnadas se establecieron también, de forma invariable, en las leyes del presupuesto del sector público anteriores y posteriores, en particular en los años 2006, 2008, 2009, 2010, 2011, 2014 y 2015 (*Ilustre Colegio de Abogados del Callao y otros v. Ley de Presupuesto del Sector Público N.º 29812 y 29951 para los años fiscales 2012 y 2013*, f. 92). Asimismo, entre otros argumentos, y en interpretación conjunta del Convenio 151 de la OIT y los artículos 28 y 42⁸ de la Constitución peruana, el TC indicó que el silencio del artículo 42 respecto al derecho a la negociación colectiva

379

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

8 «Constitución Política del Perú. Artículo 42.- Derechos de sindicación y huelga de los Servicios Públicos. Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional».

en el caso de los trabajadores públicos no puede ser interpretado como una exclusión del derecho a negociar en materia de remuneraciones. En todo caso, de cara a garantizar también el derecho a la igualdad y la no discriminación de los trabajadores públicos, debía aplicarse la protección general prevista en el artículo 28 de la Constitución.

De igual modo, el TC indicó que, si bien el derecho a la negociación colectiva goza de configuración legal, en atención a los principios constitucionales y a otros criterios de la realidad que orientan la formulación del presupuesto público (el crecimiento económico, la deuda pública, la evolución de los ciclos económicos, etcétera), no resultaba inconstitucional que el legislador estableciera un régimen jurídico diferenciado para el proceso de negociación de los trabajadores públicos con relación a los privados (*Ilustre Colegio de Abogados del Callao y otros v. Ley de Presupuesto del Sector Público*, ff. 50-66). No obstante, sí consideró desproporcional —y, por ende, inconstitucional— que la prohibición de aumentar las remuneraciones a través de la negociación colectiva se extendiera por un periodo tan largo de tiempo. En efecto, afirmó que «si bien las restricciones o prohibiciones a que se negocie el incremento de sus remuneraciones no son en sí mismas inconstitucionales, tal estatus jurídico-constitucional se alcanza todas las veces en que la prohibición exceda los tres años, que es el lapso máximo para que una medida de esta naturaleza pueda prorrogarse» (*Ilustre Colegio de Abogados del Callao y otros v. Ley de Presupuesto del Sector Público*, f. 90). En este punto, el TC recoge lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual estima que la restricción por espacio de tres años al derecho a la negociación colectiva en materia de remuneraciones, incluso en el marco de una política de estabilización económica, constituye una restricción considerable y, por ende, ese debería ser el plazo máximo (OIT, 2013, párrafo 343, p. 106).

A juicio del TC, el Congreso lesionaba el derecho a la negociación colectiva por la extensión de la prohibición de negociar en materia salarial, y también incumplía con el mandato de protección derivado del reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos, dado que no había cumplido con su obligación de regularlo de forma integral en relación con la capacidad presupuestaria estatal. De esta forma, para el TC, desde el punto de vista de la dimensión objetiva del derecho a la negociación colectiva, las circunstancias en las cuales se lleva a cabo el proceso de negociación en la administración pública y el desarrollo legal existente son incompletos e insuficientes (*Colegio de Abogados del Callao y otros v. Ley de Presupuesto del Sector Público*, ff 67-69). A nuestro juicio, se configura también una lesión del derecho por la violación de la prohibición de insuficiencia en la protección de un derecho fundamental, porque la regulación que lo

hace posible ha sido dada de manera insuficiente o defectuosa (Clérico, 2011, p. 179).

En ese contexto, el Tribunal exhorta al Congreso de la República a que, en el marco de sus atribuciones, apruebe la regulación de la negociación colectiva para los trabajadores públicos a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por un plazo que no podía exceder de un año. Durante ese lapso decretó la *vacatio sententiae* respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la administración pública contenida en las leyes impugnadas. Asimismo, en su exhortación al Congreso, le propone a este que la nueva normativa disponga, entre otros aspectos, la información mínima que deben poseer los trabajadores para iniciar un proceso de negociación, que precise la necesidad de aprobación legislativa del convenio colectivo y determine el procedimiento específico que debe seguir el proceso de negociación, y en qué nivel se llevará a cabo la negociación, así como otros aspectos vinculados a los límites de los incrementos remunerativos.

En abril de 2016, el TC volvió a ocuparse de la materia, a raíz de otras demandas de inconstitucionalidad presentadas en relación con la mencionada Ley SERVIR. Esta vez el Tribunal sí consideró inconstitucional que se prohíba a los trabajadores de la administración pública negociar para conseguir incrementos salariales. Asimismo, indicó que el principio de equilibrio presupuestal no es un mandato absoluto y reiteró los criterios vertidos en la sentencia sobre las leyes de presupuesto público y volvió a exhortar al Congreso de la República a que se respete el contenido de esa sentencia; en particular, a que apruebe la regulación de la negociación colectiva a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por un plazo que no podría exceder de un año, lapso en el cual se vuelve a decretar la *vacatio sententiae* (*Colegio de Abogados de Tacna y otros v. Congreso de la República*).

Sin embargo, al cierre de este artículo, la exhortación del TC al Congreso de la República no ha sido atendida, no se cuenta con legislación pertinente y la protección del derecho fundamental a la negociación colectiva de los trabajadores públicos continúa siendo—inconstitucionalmente— defectuosa. Además, el artículo 6 de la ley 30693 —Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018, publicada el 7 de diciembre de 2017 en el *Diario Oficial El Peruano*— incluye una restricción similar⁹.

9 «Artículo 6. Ingresos del personal. Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, Ministerio Público; Jurado Nacional de Elecciones; Oficina Nacional de Procesos Electorales; Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; Contraloría General de la República; Consejo Nacional de la Magistratura; Defensoría del Pueblo; Tribunal Constitucional; universidades públicas; y demás entidades y organismos que cuenten con un crédito presupuestario aprobado en la presente ley, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas,

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

III.2. Lesión de derechos fundamentales e incumplimiento de mandatos constitucionales: el caso del Reglamento del Congreso («transfuguismo»)

El 13 de setiembre, el TC se pronunció sobre la inconstitucionalidad parcial del Reglamento del Congreso de la República, modificado en julio de 2017 a través de la Resolución legislativa del Congreso 007-2016-2017-CR, con relación a la conformación de grupos parlamentarios. En particular, nos ocuparemos del dispositivo contenido en el artículo 37.5 de mencionado Reglamento, que establece que:

Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo con las siguientes reglas:

[...] 5. No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro los congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, salvo el caso de alianzas electorales conforme a ley, que hayan decidido disolverse, en cuyo caso podrán conformar Grupo Parlamentario [...].

Como lo indica el Tribunal Constitucional, los grupos parlamentarios constituyen organizaciones de congresistas con intereses e ideas comunes, que se forman a partir de las fuerzas políticas que han logrado representación en el Congreso de la República. Vale decir, en la mayoría de los casos coinciden con la base programática de cada agrupación política. Su objetivo es organizar el trabajo congresal para facilitar el arribo a consensos entre las distintas agrupaciones, con el fin de cumplir con mayor eficiencia los mandatos establecidos para el Congreso en la Constitución. Sin la presencia de estos grupos, la labor parlamentaria se entorpece e, incluso, podría no cumplirse. En esa medida, para los congresistas de la República resulta importante pertenecer a un grupo parlamentario, porque esto les permite, por ejemplo, presentar proyectos de ley, formar parte de la dinámica de comisiones, postular a cargos directivos en el Congreso, entre otros derechos (*Yohmy Lescano Ancieta y otros v. Congreso de la República*, ff. 107-108). En suma, cumplir las funciones congresales previstas en la Constitución.

Para el TC, al Congreso de la República le corresponde organizar el trabajo legislativo, establecer incentivos e, incluso, sancionar los

asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y beneficios de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas».

supuestos de separación no justificados de los grupos parlamentarios, dado que el transfuguismo en el Parlamento perjudica la legitimidad del sistema democrático y la gobernabilidad (*Yohny Lescano Ancieta y otros v. Congreso de la República*, ff. 42-43). Sin embargo, al hacerlo, ha de respetar el equilibrio que debe existir entre el mandato representativo y el mandato ideológico, diferenciando los supuestos de alejamiento o retiro justificado de un parlamentario de un grupo político en ejercicio del derecho a la libertad de conciencia. Vale decir, para adecuarse a los mandatos constitucionales, el TC considera que se debe diferenciar entre retiros y renunciaciones ilegítimas y legítimas —transfuguismo ilegítimo y legítimo— a los grupos parlamentarios (*Yohny Lescano Ancieta y otros v. Congreso de la República*, ff. 73-78). De no realizarse esta diferenciación, tal dispositivo, previsto en el artículo 37 de su Reglamento, lesiona el derecho fundamental a la libertad de conciencia, el derecho de asociación y el derecho a la participación política en lo que concierne a la libre desafiliación de los partidos políticos. Asimismo, afecta el artículo 93 de la Constitución sobre la prohibición del mandato imperativo con respecto a los congresistas, además de restringir sus derechos funcionales y las labores parlamentarias que les atribuye la Constitución.

Expresamente, el TC señaló que la Constitución prohíbe que el «legislador establezca restricciones para los congresistas que no formen parte de un grupo parlamentario por haberse apartado de su respectiva agrupación por motivos atendibles, y que ellas deriven en un directo menoscabo de las funciones parlamentarias atribuidas directamente por la Constitución» (*Yohny Lescano Ancieta y otros v. Congreso de la República*, f. 78). Sin embargo, al cabo de dos días de ser publicada su sentencia, el Congreso de la República aprobó un dispositivo similar al declarado inconstitucional, tal como se muestra en la tabla que sigue.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

Tabla 1

Dispositivo declarado inconstitucional (13 de setiembre de 2017)	Dispositivo aprobado posteriormente por el Congreso de la República (15 de setiembre de 2017) – Resolución legislativa del Congreso 003-2017-2018-CR
<p>Artículo 37. Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:</p> <p>[...]</p> <p>5. No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro los Congresistas que se retiren, renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, salvo el caso de alianzas electorales conforme a ley, que hayan decidido disolverse, en cuyo caso podrán conformar Grupo Parlamentario [...].</p>	<p>Artículo 37. Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:</p> <p>[...]</p> <p>5. No pueden constituir nuevo Grupo Parlamentario ni adherirse a otro los Congresistas que renuncien, sean separados o hayan sido expulsados del Grupo Parlamentario por el que fueron elegidos, salvo el caso de alianzas electorales conforme a ley, que hayan decidido disolverse, en cuyo caso podrán conformar Grupo Parlamentario [...]. Dicha prohibición no resulta aplicable a los Congresistas que renuncien al Grupo Parlamentario, por vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos contenidos en el reglamento interno del Grupo Parlamentario, pudiendo recurrir para tales efectos, en primera instancia ante el Grupo Parlamentario y en segunda y definitiva instancia ante el Consejo Directivo.</p> <p>6. Los Congresistas que hubiesen renunciado de conformidad con el segundo párrafo del numeral 5 o aquellos cuya sanción de expulsión hubiese sido revocada o anulada de conformidad con lo previsto en el numeral 4, podrán adherirse a otro grupo parlamentario o integrar el Grupo Parlamentario Mixto [...].</p>

Elaboración propia.

Tal desatención por parte del Congreso de las interpretaciones realizadas por el TC, como órgano de defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, nos sitúa no solo frente al desconocimiento de las labores del TC por parte del Congreso, sino que debe también llevar a que nos interroguemos sobre los avances del proceso de constitucionalización del ordenamiento peruano, dado que no se trata del incumplimiento de una sentencia exhortativa sino de una sentencia de simple anulación.

IV. CONCLUSIONES

La rápida revisión de algunas de las fortalezas del proceso de constitucionalización de las áreas del derecho en el Perú evidencia que este gira sobre todo en torno a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, considerando tanto su eficacia vertical como horizontal, y la fuerza normativa de cláusulas

constitucionales como las de Estado social de Derecho o de economía social de mercado. En esa medida, se interpreta y aplica directamente la Constitución para dar contenido a instituciones y categorías propias del derecho privado, el derecho de familia, el derecho del trabajo, entre otros. Se trata, además, de un proceso en el que el TC tiene un papel protagónico, pero en el que también participa el Poder Judicial.

Sin embargo, sería ingenuo sostener que estamos frente a un proceso lineal, sin matices e, incluso, tropiezos; de ahí que aún no sea posible en el Perú hablar de la constitucionalización como resultado. La resistencia del Congreso de la República a los mandatos constitucionales que el TC interpreta en el marco de sus competencias constitucionales da cuenta de cómo el proceso político peruano todavía no se ve influenciado irrestrictamente por la Constitución. Dicha resistencia, además, es ejercida por el Congreso respecto a sentencias exhortativas y también de simple anulación; precisamente, esto último es el supuesto más grave, porque nos cuestiona sobre cuán efectiva es la protección que se brinda a los derechos fundamentales en el escenario de las relaciones y decisiones de los órganos políticos, y acerca de si el esquema de pesos y contrapesos, propio del pensamiento constitucional, funciona frente a mayorías parlamentarias que se conducen de forma desdeñosa frente a exhortaciones o, peor aún, en rebeldía frente al diseño constitucional de funciones y competencias de los órganos constitucionales, como las del TC. Así, a pesar de los avances del proceso de constitucionalización, se verifica también que su evolución no inhibe la afectación del principio de separación o equilibrio de poderes propio del Estado Constitucional y democrático.

Asimismo, el proceso de constitucionalización pone en evidencia cómo la jurisdicción constitucional actualiza los dispositivos constitucionales y da contenido a categorías e instituciones de otras ramas del derecho; pero también, de esa forma, participa de la vida política de los Estados y revive el *conflicto* entre lo político y lo jurídico. Como ya hemos indicado, para los críticos de la actuación del Tribunal Constitucional, se ha politizado la justicia y se ha roto el frágil equilibrio que existe entre lo jurídico y lo político al interior del Estado. Sin embargo, el constitucionalismo actual entiende que, aunque en tensión, ambas variables deben coexistir y son una seña de identidad del Estado constitucional. En ese escenario, la necesidad y legitimidad de la jurisdicción constitucional se sostiene en la propia Constitución, más aún si la constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano se realiza resolviendo conflictos—incluso políticos— mediante argumentos jurídicos contruidos racionalmente y en el marco de procesos jurisdiccionales.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

REFERENCIAS

Aguiló, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 665-675.

Aja, E. (ed.) (1998). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Baldassarre, A. (1994). Constitución y teoría de los valores. *Revista de las Cortes Generales*, 32, 7-34.

Bastida, J. et al. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Bullard, A. (2011) ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. En O. Súmar (ed.), *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú* (pp. 183-230). Lima: Universidad del Pacífico. Recuperado de <http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/186/SumarOscar2011.pdf?sequence=1>

Cabo de, C. (1997). *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: UNAM.

Cabo de, C. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta.

Cappelletti, M. (1984). Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. En autores varios, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales* (pp. 599-662). Madrid: CEC.

Carbonell, M. & Sánchez, R. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del Derecho? *Quid Iuris*, 15, 33-55. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17397/15605>

Clérico, L. (2011). Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad. En L. Clérico, J.-R. Sieckmann, A. Oliver Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy* (pp. 177-198). Granada: Comares

Favoreu, L. (2001). La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho*, 5(12), 31-46.

Fioravanti, M. (2004). Estado y Constitución. En M. Fioravanti (coord.), *El Estado moderno en Europa* (pp. 13-44). Madrid: Trotta.

García Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Análisis Político*, 75, 89-110.

Gomes Canotilho, J. (2003). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III.

Guastini, R. (2000). La Constitución como límite a la actividad legislativa. *Derechos y Libertades*, 5(8), 241-252.

Guastini, R. (2009). La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Madrid: Trotta.

Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP-Maestría de Derecho Constitucional.

Häberle, P. (2002). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.

Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Lima: UNAM-Fondo Editorial PUCP.

Häberle, P. (2017). Tiempo y Constitución. En *Ámbito político y jurisdicción constitucional*. Lima: Palestra.

Hart Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Heller, H. (1974). *Teoría del Estado*. México: FCE.

Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional* (2da ed.). Madrid: CEC.

Hesse, K. (2001). *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas.

Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista Derecho PUCP*, 71, 13-36.

Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS*, 66, 309-327.

Landa, C. (2015). Constitucionalización del derecho mercantil. *THEMIS*, 67, 191-204.

López, P. (2011). La ciudadanía económica en el Perú: el consumidor. En O. Súmar (ed.), *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico. Recuperado de <http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/186/SumarOscar2011.pdf?sequence=1>

Maestro, G. (2002). *La constitución del trabajo en el Estado social*. Granada: Comares.

Mendoza, M. (2009). *Derechos fundamentales y derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Lima: Grijley.

Montilla, J. (2002). *Minoría política y Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2013). *La negociación colectiva en la administración pública: un camino a seguir*. Recuperado de http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/es_ilosurveyreport.pdf

Prieto Sanchís, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(71), 47-72.

Rousseau, D. (1992). *La justice constitutionnelle en Europe*. París: Montchrestien.

Salazar, P. (2008). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: UNAM-FCE.

Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC.

Sosa, J. (2011). Una mirada constitucional a la defensa del consumidor. En O. Súmar (ed.). *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico. Recuperado de <http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/186/SumarOscar2011.pdf?sequence=1>

Vega de, P. (2002). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*). En M. Carbonell (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 687-707). México: UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/340/32.pdf>

Villavicencio, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Derecho PUCP*, 71, 309-339.

Zagrebelsky, G. (2002). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (4ta ed.). Madrid: Trotta.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

25% de Congresistas de la República v. Ley N.º 30057 [acción de inconstitucionalidad], expediente n.º 00018-2013-PI (Tribunal Constitucional [Perú]), 21 de mayo de 2014.

Agua Pura Rovic S.A.C. v. INDECOPI [acción de amparo], expediente 3315-2004-AA (Tribunal Constitucional [Perú]). 17 de enero de 2005.

César Antonio Baylón Flores v. Empresa Prestadora de Servicios Emapa Huacho S.A. [acción de amparo], expediente n.º 0206-2005-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 28 de noviembre de 2005.

Colegio de Abogados de Tacna y otros v. Congreso de la República [acción de inconstitucionalidad], expedientes n.º 0025-2013-PI; 0003-2014-PI, 0008-2014-PI, 0017-2014-PI (Tribunal Constitucional [Perú]), 26 de abril de 2016.

Constitución política del Perú (1993).

Corporación Meier S.A.C. y otro representadas por Fernando Donet Valle c. Aristocrat Technologies Inc. y otro [acción de amparo], expediente n.º 4972-2006-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 04 de agosto de 2006.

Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones [acción de amparo], expediente 7320-2005-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 23 de febrero de 2006.

Eusebio Llanos Huasco v. Telefónica del Perú S.A.A [acción de amparo], expediente 976-2001-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 13 de marzo de 2003.

Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú v. Telefónica Gestión de Gastos Compartidos S.A.C. [acción de amparo], expediente n.º 3243-2012-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 21 de mayo de 2014.

Fidel Diego Mamani Tejada vs. Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Planicie [acción de amparo], expediente n.º 00481-2000-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 06 de diciembre de 2001.

Flavio Roberto Jhon Lojas c. Universidad Inca Garcilaso de la Vega [acción de amparo], expediente n.º 00607-2009-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 15 de marzo de 2010.

Ilustre Colegio de Abogados del Callao y otros v. Ley de Presupuesto del Sector Público N.º 29812 y 29951 para los años fiscales 2012 y 2013 [acción de inconstitucionalidad], expedientes n.º 0003-2013-PI, 0004-2013-PI, 0023-2013-PI (Tribunal Constitucional [Perú]), 03 de setiembre de 2015.

Irma Doris Anaya Cruz vs. Gobierno Regional de Lambayeque [acción de amparo], expediente n.º 03605-2005-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 08 de marzo de 2007.

Janet Rosas Domínguez vs. O.N.P. [acción de amparo], expediente n.º 06572-2006-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 6 de noviembre de 2007.

José Pereyra Graham v. Asociación de Clubes de Playa Pachacamac [acción de amparo], expediente n.º 0720-2003-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 14 de abril de 2003.

José Pereyra Graham v. Guillermo Barelli Gómez y otros [hábeas corpus], expediente n.º 00362-2002-HC (Tribunal Constitucional [Perú]), 18 de abril de 2002.

Ley 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018, *Diario Oficial El Peruano*, 07 de diciembre de 2017.

Leyler Torres del Águila vs. OSIPTEL y Telefónica Móviles S.A.C. [acción de amparo], expediente n.º 0858-2003-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 24 de marzo de 2004.

Ludesminio Loja Mori v. Municipalidad Metropolitana de Lima y otros [acción de amparo], expediente n.º 3330-2004-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 11 de julio de 2005.

Luz Sofía Baca Soto v. Jefa de Personal del Ministerio de Educación y otro [acción de amparo], expediente n.º 09708-2006-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 11 de enero de 2007.

Odila Yolanda Cayatopa de Salgado c. Cooperativa de Servicios Múltiples del Sector Educación de Lambayeque [acción de amparo], expediente n.º 06730-2006-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 11 de junio de 2008.

Óscar Ugarteche Galarza vs. RENIEC [acción de amparo], expediente n.º 22863-2012-0-1801-JR-CI-08 (Sétimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima), 21 de diciembre de 2016.

Peruval Corp S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones [acción de amparo], expediente 00051-2011-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 31 de mayo de 2011.

Proceso de Acción Popular 5132-2014 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia [Perú]), 13 de agosto de 2015.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: AVANCES Y OBSTÁCULOS DEL PROCESO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM: ADVANCES AND OBSTACLES OF THE PROCESS

Roberto Nesta Brero v. artículo 4 del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 [acción de inconstitucionalidad], expediente n.º 0008-2003-AI (Tribunal Constitucional [Perú]), 11 de noviembre de 2003.

Reynaldo Armando Shols Pérez vs. Asociación Civil Centro Naval del Perú [acción de amparo], expediente n.º 09332-2006-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 30 de noviembre de 2007.

Renee Quispe Silva a favor de Fernando Cantuarias Salaverry c. Fiscal de la 38 Fiscalía Provincial Penal de Lima [hábeas corpus], expediente n.º 6167-2005-PHC (Tribunal Constitucional [Perú]), 28 de febrero de 2006.

Resolución legislativa del Congreso 007-2016-2017-CR, Resolución Legislativa del Congreso que Modifica los Artículos 22, 37 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, con la Finalidad de Desincentivar la Fragmentación de Grupos Parlamentarios y Promover su Fortalecimiento, *Diario Oficial el Peruano*, 15 de octubre de 2016, 601658.

Resolución legislativa del Congreso 003-2017-2018-CR, Resolución Legislativa del Congreso que Modifica el Artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República para el Fortalecimiento de los Grupos Parlamentarios, *Diario Oficial el Peruano*, 15 de setiembre de 2017, 6.

Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco vs. Poder Judicial [acción de amparo], expediente n.º 05057-2013-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 16 de abril de 2015.

Simeón Quispe Flores v. Juan Fidel Torres Tasso [acción de amparo], expediente n.º 02093-2009-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 29 de diciembre de 2009.

Sindicato Unitario de Trabajadores de la Telefónica del Perú y otro c. Telefónica del Perú S.A.A. [acción de amparo], expediente n.º 1124-2001-AA (Tribunal Constitucional [Perú]), 11 de julio de 2002.

Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria v. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria [acción de amparo], expediente n.º 2566-2012-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 15 de julio de 2013.

Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao v. Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros [acción de amparo], expediente n.º 03561-2009-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 17 de agosto de 2009.

Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia c. Tribunal Arbitral [acción de amparo], expediente n.º 00142-2011-PA (Tribunal Constitucional [Perú]), 21 de setiembre de 2011.

Yohny Lescano Ancieta y otros v. Congreso de la República [acción de inconstitucionalidad], expediente n.º 0006-2017-PI (Tribunal Constitucional [Perú]), 29 de agosto de 2017.

Recibido: 02/02/2018

Aprobado: 09/04/2018