


## LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS EN LA CARTA DE 1993<sup>1</sup>

Carlos Hakansson Nieto <sup>2</sup> 

*SUMARIO: I. Introducción II. ¿A cuál concepción de carta magna corresponde la recepción de principios y cuándo empieza su incorporación en el Derecho Constitucional peruano? III. Los principios en la Constitución de 1993. IV. La seguridad de los principios en la Constitución y su relación con el Estado de Derecho. V. La posición constitucional de los principios. VI. Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

Las constituciones contemporáneas son ahora, en su mayoría, fuentes de toda la juridicidad, grandes compendios de instituciones del Estado, de metas, principios, programas y valores. En la Carta de 1993 encontramos principios dispersos en su articulado que sirven de criterio informador pero<sup>3</sup>, como sabemos, su posición en una constitución codificada presenta problemas de aplicación y desarrollo sin una judicatura independiente.

En el Perú este tema ha sido estudiado más por especialistas en derecho laboral y tributario, por ejemplo, que por los propios constitucionalistas<sup>4</sup>. Por eso, el presente trabajo no tiene por finalidad ahondar sobre la naturaleza de los principios establecidos en la Constitución peruana de 1993, sino más bien cuestionar su presencia, un tanto abundante, así como descubrir su utilidad desde una perspectiva constitucional. Por tanto, las fuentes de este trabajo serán las

<sup>1</sup> Una primera versión de este trabajo fue publicada en la Revista de Derecho de la Universidad de Piura, volumen I, 2000, pp. 75-98.

<sup>2</sup> Profesor ordinario de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), Perú. Doctor en Derecho (Universidad de Navarra), España.

<sup>3</sup> Hasta el momento ninguna sentencia del Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado sobre la presencia de principios generales en la Carta de 1993; a diferencia de la sentencia número 4/1981 del Tribunal Constitucional español que considera que "los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico" (fundamento jurídico 1).

<sup>4</sup> Podemos citar como ejemplos los trabajos de BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: "La Reforma Constitucional y el Derecho del Trabajo" en *Asesoría Laboral*, n 26, 1993, pp. 11-14; NEVES MUJICA, Javier: "Aplicación de los Principios del Trabajo a la Prestación Social" en *Asesoría Laboral*, n 100, 1999, pp. 25-27; VINATEA RECOBA, Luis: "El tratamiento de los Derechos Individuales Laborales en el texto aprobado por la Comisión de Constitución del CCD" en *Asesoría Laboral*, n 29, 1993, pp. 7-10; HERNANDEZ BERENGUELA, Luis: "El Poder Tributario y la nueva Constitución" en *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, n 24, 1993, pp. 17-29; ZOLEZZI MOJLER, Armando: "El Régimen Tributario en la nueva Constitución" en *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas, Lima, pp. 141-151. Entre los constitucionalistas puede verse el trabajo de CARPIO MARCOS, Edgar: "El principio de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisdicción constitucional" en *Normas Legales*, n 289, 2000, pp. A67-A81; así como también el trabajo de MENDOZA ESCALANTE, Mijail: *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano*, Gráfica Bellido S.R.L., Lima.

siguientes: los textos constitucionales, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina preferentemente.

Cabe advertir que partimos de una idea judicialista del Derecho así como de una noción anglosajona de la Constitución. El lector dirá, probablemente, que es una posición polémica por ser una tradición distinta a la nuestra, pero no menos de sentido común e indicativa. Se busca transitar por nuevos caminos para encontrar nuevas respuestas a los problemas y rasgos comunes de las constituciones contemporáneas. La metodología tradicional, que consiste en estudiar casi cualquier institución empezando por su naturaleza, elementos, características, etc. nos conduce, si no se tiene cuidado, a un mundo formal que puede apartarse de la realidad, como la Constitución peruana en este caso. Por ese motivo, ofrecemos un enfoque que procura estudiar las cosas como son y no hacer teoría sobre ellas.

## **II. ¿A CUÁL CONCEPCIÓN DE CARTA MAGNA CORRESPONDE LA RECEPCIÓN DE PRINCIPIOS Y DESDE CUÁNDO EMPIEZA SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO?**

Los rasgos de una Constitución expresan el sentido y significado que tiene para una comunidad política, debido a que responde a una manera de concebir el Derecho, la Política, y el Estado; ésta es una realidad sean o no conscientes los constituyentes durante la elaboración de una carta magna. Por eso, de acuerdo con la tradición jurídica y política de un país, sin haberlas visto, o leído, se puede vislumbrar la fisonomía de las constituciones y sus consecuencias. Por esa razón es conveniente explicar las acepciones que existen sobre la Constitución y el papel que desempeñan los jueces en cada una de ellas, para conocer a cuál tradición corresponde la progresiva incorporación de principios en las constituciones.

### **A) LAS CONCEPCIONES DE CONSTITUCIÓN**

En la actualidad, existen dos grandes concepciones de Constitución: el modelo anglosajón y el proveniente de las teorías de Kelsen (en adelante kelseniana). Pese a que las constituciones modernas contienen algo de los dos modelos, ofrecemos un modo de sistematizarlas<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> En las constituciones europeas continentales modernas podemos apreciar el tránsito de una concepción francesa de carta magna por una noción kelseniana de Constitución; en su articulado todavía yacen las huellas de una Constitución programática e ideológica conviviendo con aquellas que le otorgan su carácter normativo directo.

## 1. El modelo anglosajón

Para esta concepción, una Carta Magna se caracteriza por ser un documento breve, que no tiene vocación de convertirse en un código omnicompreensivo, de naturaleza jurídica y política, ella misma se define como el supremo Derecho del país<sup>6</sup>, y por eso es, desde siempre, directamente aplicable por los tribunales<sup>7</sup>.

De acuerdo con esta acepción, si consideramos sólo aquello que estrictamente debe contener una carta magna nos quedaríamos con los siguientes elementos: la separación de poderes, disposiciones relativas al Estado de Derecho, reconocimiento de derechos y libertades fundamentales y, finalmente, un procedimiento para su eventual reforma. La primera Constitución codificada, la Constitución norteamericana, guarda este esquema y en realidad no se necesita más, dado que los jueces y sus sentencias han tejido en torno a ella todo un marco de principios que favorecieron su interpretación así como su adaptación a la sociedad. En efecto, una Constitución de más de doscientos años, elaborada para un país entonces agrícola y con pocos millones de ciudadanos, se ajustó a las necesidades actuales de una potencia industrial y gracias a las sentencias de su Tribunal Supremo<sup>8</sup>.

## 2. El modelo kelseniano

Es la concepción más difundida en la actualidad, en especial en Europa continental e Iberoamérica<sup>9</sup>. El modelo kelseniano niega la naturaleza política de la Constitución que es considerada sólo como Derecho. Además, se le declara ante todo como la ley fundamental, la cúspide del ordenamiento jurídico y fuente de toda juridicidad<sup>10</sup>, que es distinto a ser la suprema ley del país como el modelo anglosajón. Es diferente porque el Derecho estadounidense no es cerrado sino abierto; es decir, su Constitución no es la cúspide de un ordenamiento jurídico vertical, sino más bien suprema del conjunto de normas, sentencias y principios que rigen en el país.

Para los kelsenianos, la defensa de la constitución se encarga a un órgano especializado<sup>11</sup>. Pese a que estas constituciones no son judicialistas, el examen de

<sup>6</sup> Véase el artículo VI de la Constitución norteamericana.

<sup>7</sup> En habla inglesa, el equivalente más cercano al concepto de normatividad directa es la expresión *direct enforceability*.

<sup>8</sup> En el mismo sentido véase WHEARE, Kenneth: *Las Constituciones modernas*, Labor, Barcelona, 1975, pág. 114.

<sup>9</sup> El modelo clásico francés de Constitución (documento reglamentista; sus disposiciones distinguen a los ciudadanos de los funcionarios públicos, de naturaleza más política que jurídica, etc), difundido durante la primera expansión del Constitucionalismo, a pesar que sus rasgos generales están casi intactos en las actuales constituciones europeas continentales e iberoamericanas, su fisonomía ha variado por las teorías de Kelsen.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1981.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans; *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995. Hay que tener en cuenta que existen constituciones, como la peruana de 1993, que contienen de manera formal los dos sistemas de Control de la

constitucionalidad que realizan estos órganos convierte a las cartas magnas en normativas directas<sup>12</sup>. En principio más próximas a una concepción anglosajona, aunque de forma y resultados distintos que en Norteamérica<sup>13</sup>.

Por otra parte, que las constituciones sirvan o no de marco general para la invocación de principios a cargo de la judicatura pasa por la tradición anglosajona. Sin embargo, si bien es cierto que todas las constituciones peruanas comparten la tradición europea continental, tampoco es novedad decir que, en cierta medida, las constituciones modernas han buscado una aproximación de ambos modelos, sobre todo en relación a su aplicabilidad directa, y el control de la constitucionalidad, pero con resultados desiguales en cada país.

## B) ¿CUÁNDO COMENZÓ LA INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA?

Como sabemos, en un país estatista la aplicación de las leyes predomina en el mundo jurídico frente al resto de fuentes; pero, ¿desde cuándo se dio la incorporación de principios ajenos al Derecho Constitucional?. En primer lugar, su presencia en las cartas magnas no debe parecernos extraña puesto que el desarrollo del Derecho Constitucional inglés fue producto de la aplicación de los principios del derecho privado a los problemas públicos, un proceso de abajo hacia arriba<sup>14</sup>. En segundo lugar, si hacemos referencia a la Constitución británica, debemos tener en cuenta que no estamos ante una típica Constitución codificada, sino más bien ante un conjunto de normas, sentencias, principios, tradiciones y costumbres que componen su derecho constitucional. Sin embargo, para los kelsenianos este proceso se dio a la inversa pero con algunos resultados similares al modelo anglosajón como, por ejemplo, la posibilidad de invocar el catálogo de derechos en los tribunales gracias a las acciones de garantía.

La incorporación de los principios fue progresiva; avanzó en la medida que las relaciones entre el Derecho y la Constitución se hicieron más estrechas, así como su carácter de norma autoaplicable y de los mecanismos procesales para

---

Constitucional, conocidos como el control difuso y concentrado; véanse los artículos 138 y 201 de la Constitución peruana.

<sup>12</sup> Se entiende por normativa directa cuando una Constitución puede ser alegada ante un juez, a diferencia de las tradicionales cartas europeas continentales.

<sup>13</sup> Para PEREIRA MENAUT la consecuencia más importante de una Constitución kelseniana está en que "...el Derecho no constitucional queda en cierto modo «constitucionalizado», transido de constitucionalidad al recibir su sentido y legitimidad de la Constitución. Podría incluso decirse, en cierto modo, que todo el Derecho se hace constitucional, si no por razones materiales, sí por razones formales; si no de una forma inmediata, sí mediata..."; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *En Defensa de la Constitución*, Universidad de Piura, 1997, pp. 48.

<sup>14</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pág. 78.

invocarla<sup>15</sup>. Hoy en día es poco usual descubrir una constitución que no declare los principios superiores de su régimen político y defina la clase de relación que guarda con el ordenamiento jurídico general. La Constitución española por ejemplo propugna como “valores” superiores: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político<sup>16</sup>.

En las constituciones históricas peruanas descubrimos el principio representativo, de soberanía, el democrático, de legalidad<sup>17</sup>; pero su masiva incorporación se dio a partir de la Carta de 1979, referente inmediato de la Constitución actual, que marcó el inicio de una nueva manera de redactar las constituciones peruanas; un estilo tomado de la Carta española de 1978, de notoria influencia alemana. Es a partir de la Constitución de 1979 en que no sólo se incorporan los principios fundamentales del Estado sino además, de manera sistemática, los técnico jurídicos del ordenamiento, los inspiradores de la actuación de los poderes, e informadores del Derecho<sup>18</sup>. Para la Constitución de 1993 podemos formular la misma clasificación.

### III. LOS PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En la Constitución peruana descubrimos más de dieciocho principios entre sus disposiciones; pero, ¿es necesario que los contenga todos? Desde el punto de vista constitucional, no, ni falta que hace, pero si pretendiera hacerlo sería una tarea imposible dado que los principios tienen su origen en la jurisprudencia<sup>19</sup>. Por otro

<sup>15</sup> En el mismo sentido que ARAGÓN REYES, MORENO GARCÍA diferencia los valores de los principios en las constituciones. Nos dice que mientras los valores sólo tienen eficacia interpretativa, los principios pueden alcanzar además proyección normativa; véase MORENO GARCÍA, María: “El Estado Social y Democrático de Derecho (Art. 1.1 CE)” en ARAGÓN REYES, Manuel / MARTÍNEZ SIMANCAS, Julian (dir): *La Constitución y la Práctica del Derecho*, volumen II, Aranzadi, Navarra, 1998, pp. 544. Puede verse también TORRES DEL MORAL, Antonio: “Valores y Principios Constitucionales” en *Revista de Derecho Político*, n. 36, 1992, pp. 19 a 21.

<sup>16</sup> Véase el artículo 1.1. Sobre el empleo del término “valores” TORRES DEL MORAL dice que “...si bien es usual y legítimo —aunque demasiado abstracto— extender el concepto de principio hasta incluir los valores y hablar del principio de libertad, del de justicia o del de dignidad de la persona, es menos usual y más criticable considerar valores a los principios, sea el de soberanía nacional o el de legalidad. Dicho brevemente: los valores pueden ser utilizados como principios pero los principios no son valores”; cfr. TORRES del MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 53-54.

<sup>17</sup> Las constituciones peruanas de 1828 y 1834 fueron las únicas que no declararon el origen de la soberanía.

<sup>18</sup> En las constituciones peruanas de 1823 a 1933 descubrimos la aparición progresiva de los principios del derecho tributario. Por ejemplo, la igualdad en materia de tributos aparece reconocida con la Constitución de 1823 (art. 23), la reserva de ley en la Carta de 1828 (art. 21), la organización y obligación tributaria se recogen con la Constitución de 1839, y la Carta de 1860 reconoce además el principio de proporcionalidad. En el derecho laboral, en cambio, excluyendo la Constitución de 1979, el único principio que encontramos es la libertad de trabajo que está reconocida formalmente desde la Carta de 1826 (art. 148); sobre los antecedentes de estos principios en las constituciones véase RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de La Constitución Política de 1993*, Ponúficia Universidad Católica del Perú, Tomos I, II y III, Lima, 1999.

<sup>19</sup> Véase en ese sentido PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Temas de Derecho Constitucional Español*, Follas Novas, Santiago de Compostela, 1996, p. 40.

lado, los principios contenidos en la Constitución, en especial aquellos que provienen de otras ramas del Derecho, no aumentan la separación entre los poderes ejecutivo y legislativo, ni mejoran las relaciones de estos órganos. No quitan ni añaden nada a las formas de gobierno mientras no sean invocados en las sentencias para frenar el poder de los gobernantes. La elaboración de principios es labor de los jueces y de las garantías de la administración de justicia, no del jefe del ejecutivo y sus ministros, como tampoco de los parlamentarios. Su presencia en la Constitución peruana se puede clasificar del siguiente modo<sup>20</sup>:

## A) LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO

Al igual que en el Derecho Comparado<sup>21</sup>, la Constitución peruana declara cuáles son los principios fundamentales del Estado. Los más importantes se encuentran en el artículo 43.

### 1.- Separación de poderes

La afirmación que el Estado peruano se organiza según el principio de separación de poderes procede del liberalismo, una ideología consustancial al nacimiento de la Constitución<sup>22</sup>. Pero, ¿la separación de poderes se garantiza sólo con declararla?. Pensamos que toda referencia a la separación de poderes es redundante porque más que declararse en una constitución se debe concretar, pero no sólo con tres funciones distinguibles entre sí, sino con efectivos controles al interior y exterior del ejecutivo y legislativo<sup>23</sup>. Además, debemos tener en cuenta que estamos ante el presupuesto esencial de toda Constitución; donde no haya un poder dividido sino concentrado ese principio no pasa de una declaración formal. Tanto es así, que el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano nos lo explica: “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”. En países sin tradición democrática, como el Perú por ejemplo, no se ha iniciado un periodo de transición política que permita un fortalecimiento de las instituciones. Por el contrario, se piensa que sólo basta convocar una nueva

<sup>20</sup> Por razones metodológicas seguimos la clasificación que nos ofrece Torres del Moral; véase en TORRES DEL MORAL: Principios de Derecho..., p. 54.

<sup>21</sup> Por ejemplo, la Constitución alemana que dispone que es “...un Estado federal, democrático y social” (art. 20.1). La francesa, que es una República indivisible, laica, democrática y social...” (art. 1). Y por último la española de 1978 que es “...un Estado social y democrático de Derecho...” (art. 1.1).

<sup>22</sup> Véase MENDOZA: Los principios fundamentales..., pp. 169-174.

<sup>23</sup> Véase LOEWENSTEIN, Karl: Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 232-235.

asamblea constituyente, encargada de elaborar una Constitución, para dar inicio a un nuevo periodo democrático<sup>24</sup>.

## 2.- Soberanía

En las constituciones contemporáneas el principio de soberanía se identifica con el concepto de legitimidad, es decir, con la licitud de los actos del gobierno. Después de la emancipación, las ex colonias iberoamericanas se constituyeron en países independientes bajo la influencia de la ideología de la Revolución de 1789 y relacionaron la noción de Constitución en torno al concepto de Estado, un hecho que acentuó su carácter de código racional. En este sentido, un rasgo común de los textos constitucionales iberoamericanos y europeos continentales es el forzado parentesco entre Constitución y Soberanía<sup>25</sup>. Cuyo lavado de imagen por las asambleas constituyentes consistió en sustituir el concepto de “Soberanía del Estado”, por la “del Pueblo” o “de la Nación”<sup>26</sup>.

Gracias a la difusión francesa, las constituciones europeas fueron las primeras en adolecer de este error conceptual. De esta manera, la relación de los conceptos de Soberanía y Constitución no tardó en llegar a las primeras asambleas constituyentes de las repúblicas emancipadas; como por ejemplo, las constituciones mexicanas de 1814, 1824, 1857 que contenían el concepto de Soberanía, al igual que su actual Carta de 1917<sup>27</sup>.

Como mencionamos líneas atrás, el principio de soberanía siempre ha estado presente en las constituciones históricas peruanas<sup>28</sup>. No obstante, es un error pensar que este es un concepto propio del Constitucionalismo sino más bien consustancial del Estado. La soberanía fue una construcción cultural y política creada para fortalecer el poder de los reyes absolutistas durante las guerras de religión en Europa. Por eso, a diferencia del principio de separación de poderes, Constitución y Soberanía son opuestos, ya que el primero surgió para combatir precisamente al segundo.

<sup>24</sup> Dos casos relativamente recientes han sido la Constitución española de 1978 y chilena de 1980. Ambas son resultado de un acuerdo que posibilitó, de manera distinta en cada caso, que la Constitución se convirtiera en un medio la transición política. En ella, se pactó la división de poderes entre otros acuerdos. El problema está cuando la constitución no nació de un pacto sino que fue impuesta por una mayoría, como fue en el caso peruano.

<sup>25</sup> LOEWENSTEIN: Teoría de la..., p. 206.

<sup>26</sup> Sobre la defensa y consecuencias de ambos conceptos en los textos constitucionales iberoamericanos, véase COLOMER, Antonio: “La Revolución francesa, su declaración de derechos y el constitucionalismo iberoamericano” en Revista de Derecho Político, n. 34, 1991, p. 360-363.

<sup>27</sup> El artículo 39 de la actual Constitución mexicana dice que “la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo y se instituye para beneficio de éste...”; y por otro lado, su artículo 40 añade que es “voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior...”.

<sup>28</sup> Salvo las constituciones peruanas de 1828, 1834 y 1933, las restantes han mencionado el principio de soberanía.

### 3.- El Estado Democrático de Derecho

El artículo 43 de la Carta peruana hace referencia al principio democrático aunque<sup>29</sup>, hoy en día, nos parece obvia toda alusión a la democracia en una Constitución. En ese sentido, pensamos que la falta de tradición constitucional del Estado peruano llevó al Constituyente a hacer expresa referencia del principio democrático. Su inclusión está presente en casi todas las constituciones modernas, incluyendo países que pese a tener formalmente una Constitución viven un régimen dictatorial<sup>30</sup>.

El principio democrático está disperso en su articulado, entre sus manifestaciones más importantes tenemos:

- a) El principio de manifestación de voluntad popular<sup>31</sup>.
- b) El principio de participación<sup>32</sup>.
- c) Los principios del derecho electoral<sup>33</sup>.
- d) El principio representativo<sup>34</sup>.
- e) El principio de gobierno de la mayoría<sup>35</sup>.

El Derecho Electoral tiene otros principios, como son los principios de calendarización, el principio de transparencia, el principio de conservación y el de unidad<sup>36</sup>. Los cuatro no se encuentran reconocidos taxativamente en la Ley Electoral peruana pero pueden inferirse de sus funciones<sup>37</sup>. Por otro lado, el principio representativo adolece de un déficit democrático debido a la elección de los parlamentarios por distrito único. Una disposición de naturaleza transitoria mientras se constituyan las regiones. El hecho es que, hasta el momento, todavía no existe una real voluntad política para iniciar el proceso de descentralización.

### 4. El Estado Social de Derecho

El principio establece una relación entre Estado y Sociedad que deberá promover la igualdad y libertad efectivas. Los contenidos generales de este principio en la Constitución peruana pueden resumirse de la siguiente manera:

<sup>29</sup> Sobre el principio del Estado de Derecho en la Constitución peruana, véase MENDOZA: Los principios fundamentales..., pp.179-201.

<sup>30</sup> Sirva como ejemplo el artículo primero de la Constitución cubana de 1976 (reformada en 1992).

<sup>31</sup> Arts. 35, 45, 46 y 176 Const. peruana de 1993.

<sup>32</sup> Arts. 2.17, 31, 32 y 35.

<sup>33</sup> Arts. 178.

<sup>34</sup> Arts. 43, 90, 187 y VII disposición final y transitoria.

<sup>35</sup> Arts. 90 y 111.

<sup>36</sup> Véase HERNANDEZ VALLE, Rubén: "Los Principios del Derecho Electoral" en Justicia Electoral, 1994, p. 22.

<sup>37</sup> Art. 5 Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Ley 26486).



a) El catálogo de derechos sociales compromete al Estado a realizar prestaciones en los campos de la salud, educación, trabajo y pensiones<sup>38</sup>.

b) Se establecen unas disposiciones relativas a la participación de los ciudadanos en la vida política y social<sup>39</sup>.

c) Se fijan los principios generales del régimen económico, el artículo 58 establece además que "...el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura". De igual manera, la Constitución peruana dice en el artículo 59 que el Estado "brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades"<sup>40</sup>.

De acuerdo con estas disposiciones, vemos que el Estado de Derecho peruano es de tipo social y asistencial por el activo papel que la Constitución le asigna. Sin embargo, los estados donde más se ha desarrollado y cumplido el *Welfare State*, como el Reino Unido, Canadá y Suecia, no han incorporado estas políticas y principios entre sus constituciones sino en las leyes. Por eso, nos parece razonable cuestionar su presencia dado que podría volverse contraria a la propia idea de carta magna si esos principios y políticas no se realizan<sup>41</sup>.

Finalmente, nos preguntamos si un estado puede ser a la vez democrático, social, soberano y organizarse bajo el principio de separación de poderes. En nuestra opinión, nos encontramos ante cualidades de naturaleza tan diversa que el crecimiento de una ellas podría afectar a las restantes. Lo cierto parece ser que la falta de tradición constitucional, cubierta con una cultura legalista, ha llevado a incorporar declaraciones similares en las cartas magnas<sup>42</sup>.

## B) LOS PRINCIPIOS TÉCNICO JURÍDICOS DEL ORDENAMIENTO

### 1. La supremacía

En la Carta de 1993<sup>43</sup>, el principio de supremacía constitucional se interpreta de acuerdo con los postulados de Kelsen, es decir, concebir a la Constitución como

<sup>38</sup> Tít. I Cap. II Const. peruana de 1993.

<sup>39</sup> Tít. I Cap III.

<sup>40</sup> Tít. III Cap I.

<sup>41</sup> Véase MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 69.

<sup>42</sup> Por ejemplo, la Constitución alemana dispone que es "...un Estado federal, democrático y social" (art. 20.1), la francesa nos dice a su vez que es una República indivisible, laica, democrática y social... (art. 1). Y por último la española de 1978 que es "...un Estado social y democrático de Derecho".

<sup>43</sup> Véase sobre el principio de supremacía MENDOZA: *Los principios fundamentales...*, pp. 201-205.

la norma fundante del ordenamiento jurídico y cumbre de una pirámide normativa. Su artículo 51 nos dice que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”. En el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 138 nos dice que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

No obstante, el significado original de este principio proviene de la Constitución estadounidense y no de la tradición europea continental, porque en ella subyace, ante todo, una supremacía al poder que ejercen los gobernantes<sup>44</sup>. Si bien el artículo sexto de la Carta de 1787 nos dice que es el “supremo Derecho del país”, de esa frase no podemos deducir su jerarquía normativa dado que su significado estuvo vinculado al federalismo y, además, porque el derecho anglosajón es abierto y no cerrado como el peruano. Es abierto no sólo porque incluye las sentencias del Tribunal Supremo, sino porque sobrevive el antiguo Derecho español en Nuevo México, el francés en Louisiana, el *Common Law* y la equidad<sup>45</sup>. Por esa razón, la idea de supremacía constitucional no implica el monopolio de la producción jurídica ni la negación de otras fuentes distintas de la misma Constitución de 1787 y demás leyes que la desarrollan.

Hasta el momento, el Tribunal Constitucional peruano ha hecho referencia al principio de supremacía en dos ocasiones. La sentencia 188 de 1997 nos dice “...el artículo 51 de la Constitución establece la prevalencia de la Constitución sobre toda otra norma legal, y el artículo 138 del mismo texto constitucional señala que en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces deben preferir la primera;...”. Por otro lado, la sentencia 115 de 1996, al aclarar los alcances de las acciones de garantía afirma que la acción de amparo no es la vía idónea para impugnar “la preservación del principio de jerarquía de nuestro sistema de fuentes, que se prevé en el artículo 51 de la Constitución”. Sin embargo, ambas sentencias repiten las disposiciones constitucionales sin aportar verdadera jurisprudencia. Es decir, el Tribunal no argumenta lo que entiende por Supremacía Constitucional, sólo se limita a un fallo que está más cerca de una justicia procesal que sustancial.

<sup>44</sup> De acuerdo con MARTÍNEZ ESTAY “...si bien la supremacía no es algo que diga relación directa con el sistema de Fuentes del Derecho, sí trae aparejada una importante consecuencia respecto de éste. La Constitución está por sobre el poder y es en parte Derecho, por lo que sus preceptos deben primar sobre el derecho producido por el poder (leyes y reglamentos). Así, la Constitución pasa a ocupar el lugar más importante en el sistema de Fuentes del Derecho positivo. Por tal motivo el Derecho infraconstitucional debe ajustarse a ella. Pero esto no es más que un resultado de la supremacía de la Constitución, y no debe confundirse con la supremacía misma”; cfr. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: “Acerca de la Supremacía Constitucional” en Revista de Derecho, XVIII, 1997, p. 67.

<sup>45</sup> En el mismo sentido PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos, Tórculo, Santiago de Compostela, 1998, p. 36.

## 2. La igualdad ante la ley

La Constitución peruana no se limita a establecer una disposición general sobre el principio de igualdad ante la ley sino que se formula de tres maneras distintas:

- a) Cuando establece que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc<sup>46</sup>.
- b) Cuando dispone que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas<sup>47</sup>.
- c) Cuando en relación con el ejercicio del derecho de propiedad dispone que los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos<sup>48</sup>.

La Constitución peruana no reconoce expresamente el principio de igualdad material, a diferencia de la Carta española de 1978 que en su artículo 9.2 encomienda a los poderes públicos remover los obstáculos que impiden la plena y efectiva realización de la igualdad. No obstante, la igualdad material se podría inferir de la lectura de los artículos de la Carta de 1993; por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 23 establece que “el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”. De igual manera, podría entenderse como un reconocimiento de este principio al artículo 59 que dispone que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”, que a su vez hace alusión al Estado Social y Asistencial como explicamos líneas atrás.

## C) LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

### 1. El debido proceso

No es extraño que sean los países judicialistas quienes más han respetado la aplicación y desarrollo de los principios del debido proceso. En ese sentido, un sector de la doctrina considera que dichos principios adquieren verdadera importancia en una Constitución sin codificar o si no se les menciona expresamente<sup>49</sup>. En cambio, en la tradición europea continental las garantías de la

<sup>46</sup> Véase art. 2.2 Constitución peruana.

<sup>47</sup> Art. 103.

<sup>48</sup> Art. 71.

<sup>49</sup> Es la tesis de Iñaki Esparza Leibar en su obra *El principio del proceso debido*, Barcelona, Bosh, 1995; citado por MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: “El Derecho al Debido Procedimiento Jurídico” en *Lecciones de Derechos Humanos*, EDEVAL, Valparaíso, 1997, p. 118.

administración de justicia pueden no ser observadas, salvo que se asegure una firme voluntad del poder político para hacerlas respetar.

En esta oportunidad no vamos a enumerar los *principios del debido proceso* porque en las constituciones contemporáneas<sup>50</sup>, en especial las europeas continentales, no existe mayor diferencia entre ellas. Es más, podríamos decir que unas son copia de las otras<sup>51</sup>. Pero, con relación a la aplicación de los principios reconocidos por la Constitución, descubrimos que aquellos referidos a la tutela judicial efectiva: el principio de instancia plural<sup>52</sup>, la igualdad ante la ley<sup>53</sup>, el derecho de defensa<sup>54</sup>, la cosa juzgada<sup>55</sup> y la presunción de inocencia<sup>56</sup> son los más invocados por los magistrados. También observamos que su empleo no es fruto de un meditado razonamiento ni resultado de un estudio profundo sobre un caso que es materia de resolución judicial. En la práctica, los principios se aplican igual que una norma. Los jueces realizan un ejercicio casi mecánico debido a que invocan sólo aquellos que están contenidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico<sup>57</sup>.

Es cierto que parte de esta realidad es causada por las propias deficiencias de la administración de justicia, que escapan a los propósitos de este artículo, pero también es consecuencia de pertenecer a una tradición jurídica distinta como es el normativismo<sup>58</sup>. Por ese motivo, si bien las normas y principios contenidos en la Constitución de 1993 son invocados por los tribunales, la falta de independencia e

<sup>50</sup> Sobre los principios del debido proceso véase UCHUYA CARRASCO, Humberto: "Constitución y principios constitucionales" en Revista Peruana de Derecho Constitucional, volumen II, pp. 323-346.

<sup>51</sup> En efecto, estos principios se incorporaron por primera vez en el artículo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, y otros de ellos en la Petition of Rights de 1628 y el Act of Settlement de 1701. Luego formaron parte de la Constitución norteamericana, enmiendas V, VI, VII y XIV. En Europa continental se incorporaron en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en sus artículos 7, 8 y 9. Después de ese itinerario, los principios del debido proceso se exportaron al resto de constituciones; véase MARTÍNEZ ESTAY: "El Derecho al...", p. 120.

<sup>52</sup> Véanse las sentencias número 12, 22, 30 y 35 del Tribunal Constitucional peruano. Con relación a la numeración de las sentencias seguimos el criterio de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tomos I-IV, editados por Gaceta Jurídica en los años 1996-1999, salvo que proceda del Diario Oficial. En cuyo caso, citaremos las sentencias por el número de expediente y fecha de publicación del diario El Peruano.

<sup>53</sup> Sentencias número 171, 188, 226, 336, 523 y 809.

<sup>54</sup> Sentencias número 191, 231, y 464.

<sup>55</sup> Sentencias número 420, 670 y 808.

<sup>56</sup> Sentencias número 487 y 494.

<sup>57</sup> Como un ejemplo de la aplicación mecánica de los principios y las leyes podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional que nos dice lo siguiente: "...el inciso 3) del Artículo 139 de la Constitución señala como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, estableciendo que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Y, en el caso de autos, la disposición del Artículo 158 del Decreto Legislativo n° 816 no restringe el derecho a tutela jurisdiccional del demandante, en la medida en que el ejercicio de este derecho está sujeto al cumplimiento de ciertas formalidades y requisitos, de admisión o procedimiento, expresamente previstos en la ley" (fundamento jurídico 3). Cfr. Sentencia publicada el 11 de febrero del 2000 (Expediente 175-99 AA/TC).

<sup>58</sup> Una explicación sobre la diferencia entre la tradición normativista y judicialista puede leerse en D'ORS, Álvaro: "Ordenancistas y Judicialistas" en Escritos Varios sobre el Derecho en Crisis, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Roma-Madrid, 1973, pp. 36-39.

inamovilidad judicial, sumada a una interpretación legalista de la Constitución, llevan a los jueces a no deducir principios entre las disposiciones constitucionales a menos que se encuentren reconocidos expresamente.

Finalmente, consideramos que la enumeración de las garantías del debido proceso debe ser ilustrativa y no taxativa porque comprenden todos aquellos principios que eviten la indefensión<sup>59</sup>. A diferencia de los países normativistas, la tradición judicialista lo entiende así. Basta observar el desarrollo que la jurisprudencia norteamericana ha hecho, y sigue haciendo, sobre las enmiendas de la Constitución federal que reconocen el *due process of law*<sup>60</sup>.

## 2. Las disposiciones económicas

La inclusión de un título o capítulo en la Constitución dedicado a los principios rectores de la actividad económica también es una tendencia en Iberoamérica y Europa continental. Pero concluir que los jueces, gracias a la aplicación de esos principios, puedan controlar las decisiones políticas en materia económica nos parece un error puesto que afectaría la separación de poderes, además de la propia dificultad de los tribunales para hacerlo correctamente<sup>61</sup>. Por otro lado, si la Constitución reconoce la libertad, la igualdad y el derecho de propiedad, derechos en los que subyacen los principios de pluralismo económico y libre competencia<sup>62</sup>, creemos que no es necesaria la incorporación de estos principios. Dado que el marco de actuación del Estado y los ciudadanos (en este caso los inversionistas) estará garantizado por la propia Constitución, siempre que exista una judicatura independiente.

## D) LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO

A diferencia del modelo anglosajón, la acepción kelseniana dio lugar a la incorporación de principios informadores del Derecho. Toda Constitución moderna cuenta con principios del derecho laboral, que concretan el principio del Estado Social de Derecho; o del derecho tributario, que complementan aquellos que conforman la llamada constitución económica.

<sup>59</sup> En el mismo sentido MARTÍNEZ ESTAY: "El Derecho al...", p. 135.

<sup>60</sup> Véanse de la Constitución norteamericana las enmiendas V, VI, VII y XIV sección 1.

<sup>61</sup> Sobre este problema, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 11/1981 dijo que "...la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo...Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas..." (fundamento jurídico siete).

<sup>62</sup> Para Ollero, comentando los principios rectores de la política social y económica reconocidos por la Constitución española, considera que dichos principios "aparecen emparentados con los derechos y libertades marcando un nivel de menor relevancia práctica"; véase OLLERO, Andrés: "Derecho Natural y Jurisprudencia de Principios" en *Persona y Derecho* n 8, 1981, pp. 177-178.

El rasgo común de los principios informadores es su presencia redundante en la Constitución de 1993, cuando más de uno puede deducirse del catálogo de derechos y libertades reconocidos, ya sean de primera o segunda generación<sup>63</sup>. Para la doctrina, un derecho o principio es redundante cuando la realidad jurídica existe en virtud de otros derechos o principios contenidos en la misma constitución<sup>64</sup>. Veamos algunos ejemplos:

### 1. Los principios tributarios

El artículo 74 de la Constitución reconoce los principios de legalidad, igualdad, y no confiscatoriedad<sup>65</sup>. Nosotros pensamos que podemos deducirlos de la Carta de 1993 puesto que están contenidos en otros más amplios. Así, el principio de legalidad subyace en las disposiciones relativas al Estado del Derecho, la igualdad se encuentra reconocida en el catálogo de derechos, y la no confiscatoriedad se protege con el derecho de propiedad. El mismo artículo añade que no surten efecto las normas tributarias que violen los principios y potestades tributarias dispuestos por la Constitución. Afirmación redundante si la Carta de 1993, gracias al principio de jerarquía, es suprema del ordenamiento jurídico. De esta manera, vemos que el poder financiero se encuentra sometido a la Carta de 1993 si deducimos sus principios de las propias disposiciones constitucionales<sup>66</sup>.

La Carta de 1979 reconocía además otros principios que no recoge la actual, como el de justicia, la uniformidad<sup>67</sup>, la obligatoriedad, la certeza y economía en la recaudación<sup>68</sup>. No obstante, aunque no han sido incorporados siguen vigentes

<sup>63</sup> El extenso catálogo de derechos y libertades se obtiene detallando los derechos de dignidad, libertad, igualdad, participación y propiedad. Por ejemplo, la libertad de expresión subyace en la libertad de enseñanza, la libertad de asociación está contenida en los derechos de sindicación y de fundar partidos políticos. El derecho de participación también lo encontramos en el reconocimiento a intervenir en asuntos públicos, etc. Pero, como sostiene MARTÍNEZ ESTAY, "...esta situación no es casual, sino producto del hecho de que durante años dichos derechos no se consideraron parte de las libertades y derechos con que se corresponden"; cfr. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, p. 71. Hay que considerar además que, antes de la Revolución de 1848, las uniones de obreros y las huelgas se castigaban penalmente.

<sup>64</sup> Véase la diferencia que Rubio Llorente hace cuando la redundancia es parcial o total; RUBIO LLORENTE, Francisco: "El Principio de Legalidad" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n 39, 1993, pp. 11-12.

<sup>65</sup> El mismo artículo agrega el respeto de los derechos fundamentales de la persona; no lo incluimos porque en primer lugar no estamos ante un principio y, segundo, porque la finalidad de la Constitución es, precisamente, la protección de los derechos y libertades.

<sup>66</sup> Contrario con nuestra posición, Rodríguez Bereijo afirma que los principios tributarios en la constitución son la máxima expresión de la sujeción del poder financiero al Estado de Derecho. No obstante, como afirmamos líneas arriba, consideramos que las disposiciones constitucionales son suficientes para que la judicatura pueda deducir y proteger los principios informadores del derecho tributario. En todo caso véase RODRIGUEZ BEREIJO, Álvaro: "El Sistema Tributario en la Constitución" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n 36, 1992, p. 11.

<sup>67</sup> Hay que advertir que los principios de uniformidad e igualdad y justicia están relacionados entre sí, ya que los tributos se gravan de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente (justicia distributiva); véase HERNANDEZ BERENGUEL: "El Poder Tributario y...", p. 23.

<sup>68</sup> Art. 139.

puesto que son garantías y fines del derecho tributario. Con lo cual podríamos cuestionar la presencia de todos ellos en la Constitución. El mismo criterio podríamos aplicar para todos los principios ajenos al Derecho Constitucional, sobre todo porque los jueces no sólo invocan los principios que están contenidos en la Carta de 1993 sino también aquellos que se encuentran recogidos en normas o códigos. Es el caso del principio *solve et repete*, que no aparece entre los principios reconocidos expresamente por la Constitución peruana, pero que la jurisprudencia constitucional lo aplica<sup>69</sup>.

## 2. Los principios laborales

En la Carta de 1993 se reconocen los principios del derecho laboral pero, de la misma manera, pensamos que los derechos y principios constitucionales son suficientes para que los jueces puedan de ahí deducirlos<sup>70</sup>. En la Constitución peruana, el principio protector no está reconocido expresamente. Sin embargo, este puede inferirse del artículo 23, que dice que “el trabajo en sus diversas modalidades es sujeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan...”<sup>71</sup>. Sin embargo, pese a su enunciado genérico, la práctica judicial y la legislación laboral lo invocan sin mencionarlo de manera explícita<sup>72</sup>. Por otra parte, el principio de igualdad en las relaciones laborales está contenido en el reconocimiento general que hace la Constitución peruana en el catálogo de derechos<sup>73</sup>. Por otro lado, el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales está incluido en la propia naturaleza de los derechos humanos<sup>74</sup>, no es posible renunciar a ellos porque se derivan de su dignidad.

En el derecho laboral existen, sin embargo, otros principios que quizá no subyacen entre los derechos clásicos reconocidos por la Constitución peruana, como es el caso del principio *indubio pro operario*<sup>75</sup>; pero, si consideramos que los tratados celebrados por el Perú forman parte del derecho nacional<sup>76</sup>, y que el

<sup>69</sup> Sentencias número 96, 97, 296, 298, y 525.

<sup>70</sup> La doctrina conoce inflación y fragmentación al fenómeno de expansión de principios y derechos; véase en PEREIRA MENAUT: En Defensa de..., pp. 465-466.

<sup>71</sup> De acuerdo con este artículo, el principio protector sería una manifestación del Estado Social de Derecho.

<sup>72</sup> Podemos citar como aplicación del principio protector la sentencia (Exp. 2616-92-SL del 23 de agosto de 1993) de la Sala Laboral de Trujillo que declaró la existencia de relación laboral de un locador de servicios sin existir contrato, dado que ha realizado su trabajo de forma personal y permanente, además de tratarse de un servicio ordinario y connatural con el giro de la empresa (contrato realidad). Véase URQUIZA VEGA, Francisco (dir): Jurisprudencia Laboral, Tomo I, 1996, p. 100.

<sup>73</sup> Véanse los artículos 26, inciso 1, y el 2, inciso 2, de la Constitución peruana.

<sup>74</sup> Artículo 26 inciso 2 de la Constitución peruana.

<sup>75</sup> Principio tomado del derecho penal (la duda favorece al reo) aplicado a las relaciones jurídicas laborales. Ver artículo 26 inciso 3 de la Constitución peruana.

<sup>76</sup> Artículo 55 Const. peruana.

catálogo de derechos reconocido por la Carta de 1993 se interpreta conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>77</sup>, estimamos que los tratados o acuerdos celebrados con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) junto con la legislación laboral peruana bastarán para garantizarlos. En efecto, entre las sentencias del Tribunal Constitucional descubrimos una remisión a los convenios internacionales que amparan la jornada laboral<sup>78</sup>.

En la Carta de 1993 descubrimos otros principios, como la libertad de empresa, comercio e industria<sup>79</sup>, que informan el espíritu de las normas de derecho mercantil. De la misma manera, el principio de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados de extradición<sup>80</sup>, que pertenece al derecho internacional público. En ambos casos, nos parece que su ámbito tampoco se encuentra en la Constitución sino en las propias leyes y tratados internacionales respectivamente.

#### IV. LA SEGURIDAD DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO

##### A) LA SEGURIDAD Y LAS CONSTITUCIONES RÍGIDAS

¿Porqué los principios del derecho tributario o laboral están más seguros en las constituciones? Desde nuestra perspectiva, la respuesta está relacionada con la rigidez constitucional, una de las clasificaciones de constitución más difundidas por la doctrina<sup>81</sup>. En efecto, la necesidad de cumplir un procedimiento especial para su reforma, se convierte en una garantía que evita futuras modificaciones constitucionales si cambia la mayoría parlamentaria.

Esta práctica seguida por las distintas asambleas constituyentes también ha sido aplicada para incorporar instituciones de poca, escasa, o nula raigambre constitucional. Sin embargo, para el caso de los principios creemos que es distinto: ¿es posible encerrarlos y evitar su derivación en otros principios gracias a la jurisprudencia? Asimismo, nos preguntamos si es posible indicarle al juez que la Constitución sólo reconoce como criterios inspiradores del ordenamiento jurídico los principios que ella contiene. Pero, ¿qué sucede si el juez decide dar solución a un caso con un principio del Derecho que no está reconocido por la Constitución o

<sup>77</sup> Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana.

<sup>78</sup> "El artículo 25 de nuestra Carta Magna concordante con los Convenios número 1 y 52 de la Organización Internacional de Trabajo-OIT establece que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o cuarentiocho horas semanales"; cfr. Sentencia número 319.

<sup>79</sup> Véase art. 59 Constitución peruana

<sup>80</sup> Art. 37.

<sup>81</sup> La clasificación ontológica (normativas, nominales y semánticas) ofrecida por Loewenstein, también ha logrado gran difusión. Véase en LOEWENSTEIN: Teoría de la..., pp. 216-222.



que colisiona con uno que sí está incorporado?. En realidad, limitar la aplicación de principios a sólo los que contiene la constitución sería preocupante en países judicialistas. En esos casos, los jueces sentirían un freno o control a su función que incluso podría considerarse inconstitucional. Por otra parte, en los países de *Common Law* estos problemas son más teóricos que prácticos, entre otras cosas porque sus constituciones o son breves o no codificadas, siendo la judicatura la guardiana de la constitucionalidad<sup>82</sup>. Habría que examinar qué ocurre en los países normativistas como el Perú. En este caso, descubrimos que la incorporación de principios adolece de cierta frivolidad por parte de los constituyentes. Se introducen, cambian o retiran principios del Derecho sin mayor debate y trascendencia jurídica. De hecho, la judicatura evita en lo posible interpretar los alcances de las disposiciones constitucionales.

## B) LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y EL ESTADO DE DERECHO

La producción de principios constitucionales es obra de los jueces; concretamente de los anglosajones, formados en la tradición del *Rule of Law*<sup>83</sup>. Si los conceptos del Imperio del Derecho (traducción menos mala del *Rule of Law*) y Estado de Derecho suelen utilizarse indistintamente, existen diferencias históricas y jurídicas. En líneas generales, mientras que el primero se inspira en una concepción judicialista del Derecho, el segundo presupone un Estado sin más Derecho que una ley que limita su poder<sup>84</sup>. Los países de tradición europea continental siguen los postulados del Estado de Derecho. Por eso, no habría más Derecho que aquel que su propia constitución reconoce pero que, en realidad, ello no pasa de una autolimitación del propio Estado.

Para que la incorporación de los principios en las constituciones tengan utilidad, pensamos que deberían contribuir a fortalecer la separación de poderes y al Estado de Derecho como complemento al catálogo de derechos y libertades fundamentales. Pero ésta debería ser una tarea encomendada a los jueces como en los países de *Rule of Law*. Si bien es cierto que la presencia de tribunales constitucionales ha variado el panorama de las constituciones como tuvimos ocasión de mencionar líneas atrás, todavía es un proceso desigual si comparamos el desarrollo del Tribunal Constitucional peruano con el alemán, o el español por ejemplo.

<sup>82</sup> BURNS, James; PETALSON, J.W; y otros: *Government by the People*, Prentice Hall, New Jersey, 1998, pp. 28-31.

<sup>83</sup> Con relación al significado de *Rule of Law* véase DICEY, Albert Venn: *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1982, pp. 107-110.

<sup>84</sup> KRJELJE, Martin: *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 146-147.

Las disposiciones relativas al Estado de Derecho contenidas en la Constitución peruana y en las leyes son el marco que fundamenta el reconocimiento de los principios entre otras fuentes del Derecho. Pese a que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano todavía es pobre, podríamos distinguir dos niveles si relacionamos las disposiciones relativas al Estado de Derecho con los principios reconocidos:

**1. Primer nivel:** El Estado de Derecho entendido como sumisión de todos los poderes a ciertos principios, reglas o criterios que no son jurídico positivos.

La existencia de grandes principios suprapositivos pueden deducirse de la Constitución peruana y de la Ley Orgánica de la Judicatura:

- a) La dignidad humana como fin supremo de la Sociedad y del Estado<sup>85</sup>.
- b) La igualdad ante la ley<sup>86</sup>.
- c) La libertad y seguridad personal<sup>87</sup>.
- d) La cláusula de apertura a los derechos no recogidos expresamente por la Constitución<sup>88</sup>.
- e) La separación de poderes<sup>89</sup>.
- f) Los derechos y libertades reconocidos deben interpretarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>90</sup>.
- g) El reconocimiento de los principios de legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal<sup>91</sup>.
- h) El reconocimiento del derecho al debido proceso<sup>92</sup>.

En este nivel, los principios tienen un desarrollo desigual en la jurisprudencia constitucional. La defensa de la dignidad humana, como es lógico, no puede ser objeto de desarrollo legislativo pero sí de la jurisprudencia de los tribunales. Al respecto, el Tribunal Constitucional nos dice que “la persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la Sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy por su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal, entre los cuales los derechos a la vida y a la salud (...) son de primerísimo orden e importancia; se

<sup>85</sup> Véase art. 1 de la Constitución peruana.

<sup>86</sup> Art. 2.2; véanse además las sentencias número 226 y 324 del Tribunal Constitucional.

<sup>87</sup> Art. 2.24; véase Sentencia número 38.

<sup>88</sup> Art. 3.

<sup>89</sup> Art. 43.

<sup>90</sup> Cuarta disposición final.

<sup>91</sup> Véase el art. 6 Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>92</sup> Véanse los artículos 139 de la Constitución peruana y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

hallan protegidos inclusive, a través de tratados internacionales que obligan al Perú, porque en ellos se funda la legitimidad moral de toda autoridad<sup>93</sup>.

La idea que la dignidad humana es un presupuesto a los derechos todavía es nueva en el Derecho Constitucional peruano. De hecho se confunde con los demás derechos reconocidos por la Carta de 1993, incluso con algunos de dudoso espíritu o raigambre constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional nos dice que “...el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente...”<sup>94</sup>. De esta manera, vemos que se coloca a la dignidad humana al mismo nivel que el derecho al honor o a la integridad física cuando se trata de su fundamento y, por otro lado, se le acompaña con derechos como a la paz, que no tiene su origen en el derecho constitucional.

La cláusula de apertura a los derechos no recogidos expresamente por la Constitución es una disposición inspirada de la novena enmienda de la Constitución americana, recogida en más de una Constitución de Iberoamérica, pero que nació y es fiel reflejo de la tradición judicialista. De ahí que trasplantar una institución de esta naturaleza a países legalistas como el nuestro dificulta su comprensión y pleno ejercicio. Hasta el momento el Tribunal Constitucional no ha invocado derechos que no estén reconocidos en la Carta de 1993 o en el resto del ordenamiento jurídico. Si bien el Tribunal todavía no se ha pronunciado sobre el principio de separación de poderes, como mencionamos líneas atrás, descubrimos sentencias relativas a la aplicación de tratados internacionales para interpretar los derechos, como también resoluciones que invocan los principios del debido proceso; aunque todavía de manera tímida.

**2. Segundo nivel:** El Estado de Derecho entendido como sumisión del Estado a las normas positivas.

En este nivel descubrimos tres principios:

- a) La jerarquía normativa<sup>95</sup>.
- b) El control difuso a cargo de la judicatura<sup>96</sup>.
- c) La publicidad de las normas<sup>97</sup>.

El origen del control difuso no fue previsto de modo expreso en la Constitución sino que fue conquistado por los jueces gracias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano. Por este motivo consideramos que se trata más bien de un principio. En efecto, la facultad de los jueces para inaplicar las normas

<sup>93</sup> Cfr. Sentencia número 39.

<sup>94</sup> Cfr. Sentencia número 331.

<sup>95</sup> Véase art. 51 de la Constitución peruana; y Sentencia número 115.

<sup>96</sup> Art. 138.

<sup>97</sup> Art. 109.

contrarias a la Constitución no estaba prevista en la Carta americana sino que surgió de la interpretación judicial, y está tan arraigada que haría falta una reforma constitucional para derogarla<sup>98</sup>. En cambio, en nuestra Carta de 1993 está reconocida expresamente aunque con ciertas dificultades de aplicación, debido, entre otros factores, a pertenecer a una tradición jurídica diferente. En realidad, no es tan fácil que la *Judicial Review* —como así es conocida en Norteamérica— se ponga en marcha con sólo redactar un artículo en la Carta peruana. La tradición del *Common Law* inglés y un respeto casi reverencial hacia la Constitución fueron los presupuestos que favorecieron la revisión judicial en los Estados Unidos<sup>99</sup>. No obstante, hasta el momento son dos las sentencias del Tribunal Constitucional las que han invocado el control difuso, como aquella que por ejemplo que afirmó que “...cualquier tipo de norma es posible de ser evaluada constitucionalmente por vía del control difuso cuando su vigencia coloca en entredicho algún derecho fundamental...”<sup>100</sup>.

En la Constitución peruana subyacen otros principios complementan los del segundo nivel, como son: los principios de plazo de validez y de posterioridad, que se sustentan en el artículo 103 que señala que la ley sólo se deroga por otra ley. El principio de especificidad, que se deduce del inciso octavo del artículo 139, cuando dispone que no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. El principio de favorabilidad, de carácter penal, cuando el artículo 103 permite la retroactividad de las leyes que favorecen al reo. Y el principio de suplementariedad cuando, por ejemplo, el artículo 25 fija la jornada laboral en ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales<sup>101</sup>.

## V. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS

No es común descubrir en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano la aplicación de un principio reconocido en la Carta de 1993. Es cierto que no todos los casos se resuelven mediante principios generales, pero en países normativistas su aplicación es todavía menor.

Por un lado, la doctrina sostiene que cuando un principio del Derecho se incorpora en la Constitución se convierte en un criterio legal, porque informa al

<sup>98</sup> PEREJIRA MENAUT: *En Defensa de...*, pp. 131-132.

<sup>99</sup> En ese sentido, Garro agrega que “no se trata de que la Corte Norteamericana se encuentre «politizada», sino del resultado de múltiples factores institucionales, entre los que cabe destacar que la Constitución es un programa político en la medida en que limita los poderes de las ramas de gobierno y el poder de éste frente a los individuos...”. Cfr. GARRO, Alejandro: “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 35, 1992, p.87.

<sup>100</sup> Cfr. Sentencia número 642. Asimismo, véase la Sentencia número 747.

<sup>101</sup> Véase la explicación de cada uno de estos principios en GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis Sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Tomo II, Universidad de Lima, 1998, pp. 82-85.

legislador<sup>102</sup>. Sin embargo, ¿no sería alterar la naturaleza de los principios? ¿No son acaso tan jurídicos como las normas? Los principios son producto de una tarea jurisprudencial que no tiene límites<sup>103</sup>. Por otro lado, si los principios constitucionalizados se convierten en criterio legal, ¿qué ocurre con aquellos que no fueron incorporados? ¿Se podría afirmar que sólo se reconocen aquellos que inspiran el Derecho peruano? Creemos que se trata de otra desventaja del legalismo, su intento de convertir la constitución en un código omnicompreensivo.

Para la doctrina, la posición constitucional de los principios trae como consecuencia que sean consideradas como normas de inmediata aplicación<sup>104</sup>. No obstante, hay que recordar que las normas emanan del parlamento, o del gobierno, y los principios son fruto de la jurisprudencia. La posibilidad que una norma vaya en contra de un principio del derecho, ya sea reconocido o no por la Carta de 1993, sería inconstitucional; pero no a la inversa porque la elaboración de principios son fruto de sentencias reiteradas. Por eso, no se concibe en ellas un contenido contrario con el Estado de Derecho.

Por otra parte, como sabemos, el Derecho peruano se caracteriza por la primacía de la legislación sobre la jurisprudencia, y esta última cumple un papel secundario en las fuentes del derecho. Sin embargo, en relación con los derechos y libertades reconocidos por la Carta Magna, la jurisprudencia puede adquirir cierto carácter vinculante. En ese sentido, el artículo nueve de la Ley 23506 establece que “las resoluciones de habeas corpus y amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general”. Es decir, la jurisprudencia es vinculante salvo que un juez posterior fundamente las razones de hecho y de derecho que lo lleve a apartarse de ella en un caso concreto<sup>105</sup>. ¿Cómo determinar las sentencias cuyos principios sientan un precedente en el Derecho peruano?. La exposición de motivos de la ley de garantías constitucionales dice que los precedentes forman “tendencias jurisprudenciales”<sup>106</sup>. En la misma línea, la doctrina considera que “no puede hablarse de un precedente jurisprudencial cuando sólo existe una resolución aislada que fije determinado criterio sobre un aspecto en concreto”. Es decir, la reiteración de sentencias en procesos de habeas corpus o amparo puede servir para determinar la jurisprudencia obligatoria.

Luego de una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hemos encontrado las siguientes sentencias de alcance general:

<sup>102</sup> Véase TORRES DEL MORAL: Principios..., p. 55.

<sup>103</sup> Con su criterio se dio solución al celebre caso *Marbury vs Madison* (1803); pese a que el principio de supremacía no está establecido expresamente en la Constitución norteamericana, aunque ello sobresalte a un lector con mentalidad legalista.

<sup>104</sup> Véase TORRES DEL MORAL: Principios..., pp. 54-55.

<sup>105</sup> Véase el artículo ocho de la Ley 25398 que complementa las disposiciones de la Ley 23506 que regula las acciones de garantía constitucional.

<sup>106</sup> Véase la Ley 23506 del ocho de diciembre de 1982 que regula las acciones de garantía constitucional.

1. El objeto de las acciones de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional<sup>107</sup>.
2. La garantía constitucional de acción de amparo sólo procede cuando se han agotado las vías previas<sup>108</sup>.
3. La garantía constitucional de acción de amparo, por ser sumaria y carente de etapa probatoria, no es el camino adecuado para resolver asuntos que por su naturaleza requieren actuación de prueba<sup>109</sup>.
4. Las acciones de garantía constitucional no proceden contra las resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular<sup>110</sup>.
5. Las acciones de garantía constitucional no proceden cuando el agraviado opta por la vía judicial ordinaria<sup>111</sup>.

Como podemos apreciar, en vez de deducir principios de la Constitución, el Tribunal afirma unas cuantas consideraciones de justicia procesal que también pueden encontrarse en la ley de acciones de garantías.

## VI. CONCLUSIÓN

La presencia de principios generales del Derecho en las Constituciones es consecuencia de su más difundida acepción: la Constitución como “norma de normas”. De ahí el salto para su consideración como “gran principio jurídico general”, o “conjunto de principios generales del Derecho”<sup>112</sup>. Contrarios con este significado, pensamos que si el Derecho Constitucional tiene autonomía, lo coherente es que la Constitución sólo contenga sus principios informadores, excluyendo aquellos que sean ajenos a su naturaleza y finalidad. En todo caso, las disposiciones constitucionales deben ser para los jueces una fuente inspiradora de principios. Pero, a diferencia del Derecho Comparado, ese significado todavía no se deduce de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano.

La posición de los principios en las fuentes del derecho guarda directa relación con el grado de desarrollo que adquiera la Constitución peruana. Para este fin, sólo se podrán tomar en cuenta aquellas sentencias que contengan un aporte interpretativo y no mera transcripción de las leyes. Sin embargo, se requiere de presupuestos mínimos de independencia e inamovilidad sumados a los méritos

<sup>107</sup> Las sentencias número 84, 123, 185, 203, 211, 221, 233, 310 y 311.

<sup>108</sup> Sentencias número 42, 241, 247, 262 y 287. Véase además el fundamento jurídico 1 de la sentencia publicada el 4 de enero del 2000 (Expediente 369-99 AA/TC).

<sup>109</sup> Sentencias número 217, 218 y 232.

<sup>110</sup> Sentencias número 9, 12, 18, 35, 61, 161, y 190.

<sup>111</sup> Sentencias número 72 y 79. Véase el fundamento jurídico 2 de la sentencia publicada el 12 de enero del 2000 (Expediente 631-97-AA/TT).

<sup>112</sup> Las distintas acepciones que existen sobre la Constitución pueden verse en PEREIRA MIENAUT: *En Defensa de la...*, pp. 40-43.

personales y profesionales que aún no se han consolidado. En la Constitución peruana, a diferencia de la española por ejemplo, el conjunto de principios formulados todavía no se ofrecen como un proyecto que dinamice el ordenamiento jurídico<sup>113</sup>.

Si las constituciones codificadas pretenden servir como ley fundamental para deducir de sus principios el ordenamiento jurídico, pensamos que ese ejercicio es parte del trabajo de los jueces de tradición judicialista. En cambio, presencia cada vez mayor de principios del Derecho en la Constitución peruana no guarda proporción con su invocación en los litigios. Por eso, la incorporación de principios en la Carta de 1993 responde más a una tendencia contemporánea, a las relaciones cada vez más estrechas entre la Constitución y el Derecho, pero no a una mayor judicialización o a un deseo de aplicar su carácter normativo directo.

Pensamos que los principios están más a gusto en un mundo de sentencias, cuando son invocados por los jueces<sup>114</sup>. El conflicto se plantea cuando se quiere llevar al extremo la concepción del ordenamiento jurídico piramidal, cerrado, completo y presidido por una constitución codificada<sup>115</sup>. Si nuestra opinión en torno a los principios puede resultar algo provocadora, la solución parte de la acepción que utilicemos de carta magna; ya que, si una constitución codificada es el primer peldaño de un edificio compuesto por leyes de relevancia para el derecho constitucional (de preferencia orgánicas) y de sentencias importantes. Son las últimas donde tienen cabida los principios. Por lo tanto, pensamos que aunque el origen de los principios no pertenece a los códigos, si es posible que todos aquellos formen parte de un Bloque de la Constitucionalidad que sirva para conocer los alcances de la Carta Magna.

Finalmente, lo que al Derecho Constitucional le interesa es que la judicatura sea realmente independiente, que sus jueces sean inamovibles y el efectivo cumplimiento de las garantías constitucionales. Si esos requisitos se cumplen, la Constitución peruana sería fuente creadora de principios. Por eso, en la actualidad, la Carta de 1993 todavía es una página en blanco.

<sup>113</sup> Véase OLLERO: "Derecho Natural y...", p. 178.

<sup>114</sup> Cabe señalar que la Comisión de juristas encargados de estudiar la Carta de 1993 tiene un planteamiento opuesto, debido a que considera necesaria la incorporación de un título especial que agrupe los principios fundamentales que orientan la constitución; véase Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Ministerio de Justicia, Julio 2001, p. 21.

<sup>115</sup> Véase PEREIRA MENAUT: *Temas de Derecho Constitucional...*, pp. 40-41.