

# La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales

César Landa\*

## I. PRESENTACIÓN

La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento.<sup>1</sup> Ello solo ha sido posible en el Estado democrático constitucional, en la medida que ha incorporado las lentas y progresivas transformaciones políticas, sociales y económicas de la comunidad, expresada en los viejos y nuevos derechos y libertades, mediante su razonable protección; en la medida que no hay derechos absolutos sino relativos, es decir, dentro del supremo orden jurídico-constitucional.

Por ello, si la Constitución no quiere quedar reducida a una pura especulación normativa, tiene que ser analizada desde una perspectiva de los derechos fundamentales, que es donde adquiere una dimensión objetiva y una eficacia real; lo cual plantea estudiar la naturaleza y el rol de la fuerza normativa de la Constitución, a través de las demandas de protección y reparación de los derechos constitucionales. Se pone en evidencia que la fuerza normativa también es un concepto catalizador de los alcances, límites y funciones de la supremacía jurídica de la norma constitucional.<sup>2</sup>

---

\* Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

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

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

## II. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUERZA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

En la actualidad, «la apertura constitucional, como la sociedad abierta, en cuanto se consideran manifestaciones del espíritu democrático, implican la relación de ambas con la publicidad, el pluralismo, la alternancia en el poder y la tolerancia, valores fundantes de una democracia».<sup>3</sup> En consecuencia, la noción de Constitución como proceso público integra al derecho y a la política. Por eso, sin perjuicio de las clasificaciones de Constitución y sus críticas, la fuerza normativa constitucional se vincula directamente con una noción de Constitución abierta y dinámica, entendida como el orden jurídico fundamental de la comunidad política; por cuanto la Constitución fija los valores y principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política,<sup>4</sup> bases sobre las cuales se deben asumir las tareas de la tutela de los derechos fundamentales en el marco de la supremacía constitucional.

La historia constitucional en América Latina ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de derechos fundamentales y modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el ejercicio del poder de sus gobernantes con plena lealtad constitucional. Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social se debe a que la expedición de las cartas políticas se fue dando al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época, sin por ello crear el orden público y el progreso social que otorgue estabilidad y satisfaga los derechos ciudadanos.

Sin embargo, con el término de la guerra fría entre las superpotencias mundiales y la caída de las dictaduras militares y civiles en América Latina durante la segunda mitad del siglo xx, se incorpora en el constitucionalismo latinoamericano la defensa de la persona humana y el respeto de sus derechos fundamentales, como el eje que unifica al nuevo modelo de Estado democrático y constitucional; lo cual inicia un proceso caracterizado por que la Constitución se convierta en la norma suprema a la

---

3 Pablo LUCAS VERDÚ: *La Constitución abierta y sus «enemigos»*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid - Ediciones Beramar, 1993, p. 28; asimismo, se puede revisar el concepto de Constitución en su desarrollo histórico comparado, con especial énfasis en la historia constitucional alemana, en Dieter GRIMM: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 107-154.

4 Werner KÄGI: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 99 ss.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

cual se deben subordinar los poderes públicos y privados, así como que se discuta la naturaleza e intensidad de la fuerza normativa constitucional (FNC).

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

Como quiera que la fuerza normativa constitucional históricamente aparece como un instrumento de defensa de la Constitución, cabe señalar que la noción de Constitución que tiene sentido proteger es aquella que garantiza los derechos fundamentales a través de la justicia constitucional. Por cuanto «la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Y es, en última instancia, desde este prisma valorativo, desde donde hay que interpretar y entender la justicia constitucional».<sup>5</sup>

No obstante, cabe señalar que en la doctrina comparada existe una amplia tipología de los conceptos de Constitución de la cual emerge un tipo de fuerza vinculante. Así, para Schmitt existen cuatro tipos de Constitución: a) *absoluta*, en cuanto ofrece una idea total de la unidad política del pueblo a través del Estado, ya sea ideal o verdadera; b) *relativa*, en vez de fijar un concepto unitario de Constitución como un todo, se define en función de sus características formales —escritas, rígidas, reforma agravada—; c) *positiva*, entendida como la decisión de la comunidad sobre el modo y la forma de su unidad política; y d) *ideal*, denominada así en razón de un determinado contenido político.<sup>6</sup>

Para otros clásicos modernos, como Canotilho, la Constitución tiene un sentido plurisignificativo: como concepto histórico-universal de todos los países, como fuente del derecho, como modo de ser de una comunidad, como fuente jurídica del pueblo, como ordenación sistemática y racional de una comunidad política a través de un documento escrito, como concepto ideal de Constitución y Estado constitucional.

Desde estos sentidos apuntala el autor el concepto de Constitución escrita con una estructura instrumental, formal, normativa y material; sin perjuicio de integrar a la Constitución material y las fuentes no constitucionales, y la Constitución material

---

5 Pedro DE VEGA GARCÍA: *Estudios político constitucionales*. México: UNAM, 1987, p. 285.

6 Carl SCHMITT: *Verfassungslehre*. Berlín: Dunker & Humblot, 1993; también existe versión en español: *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, pp. 29-62.

como conjunto de normas sustantivas insertas en el texto constitucional, todo lo cual le otorga una fuerza normativa plural.<sup>7</sup>

Por su parte, De Vergottini recuerda que el concepto de Constitución ha ido evolucionando desde una noción deontológica en tanto modelo ideal de la organización estatal, a una noción sociológica-fenomenológica como el modo de ser de un Estado, a una noción política entendida como la organización del Estado basada en determinados principios del derecho político y, finalmente, a una noción jurídica que es la esencia del ordenamiento estatal o, de modo más restrictivo, de la norma primaria sobre la base de la cual se funda todo el ordenamiento jurídico y su fuerza vinculante.<sup>8</sup>

En la concepción de García Pelayo la Constitución puede ser entendida de tres formas:<sup>9</sup>

- a. *Racional normativa*: Cuando la Constitución se funda en el principio de racionalidad humana del quehacer político, esta otorga orden y estabilidad a la sociedad y al Estado. Como la Constitución es un orden racional del poder, no cabe existencia jurídico-política fuera de la Constitución normativa. Esto supone que la soberanía política basada en la voluntad popular se transforme en una soberanía jurídica basada en la Constitución. Con este proceso de despersonalización de la soberanía popular, la soberanía emana de la Constitución y, en consecuencia, se convierte en la fuente del derecho. Pero solo existirá Constitución normativa si se garantizan los derechos fundamentales y el principio de división del poder, evitando así la arbitrariedad; lo que demanda que la Constitución sea objetiva y racional, es decir escrita y rígida pero finalmente interpretable o reformable.
- b. *Histórica tradicional*: Este concepto de Constitución se basa en el principio de legitimidad, entendido como la suma de la costumbre y la historia de un pueblo en un tiempo y en un espacio cultural. De modo que el pasado de una nación es la sangre que otorga vida a la Constitución del presente. Esta idea conservadora ve en el pasado la fuente de legitimidad de la Constitución, en la medida que solo los usos y costumbres valiosos para una comunidad permanecen a través del tiempo. La soberanía reside en la autoridad, ya sea parlamentaria o monárquica que está obligada a respetar el derecho común. Partiendo de estos

---

7 José GOMES CANOTILHO: *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, pp. 57-72.

8 Giuseppe DE VERGOTTINI: *Diritto costituzionale comparato*. Padua: CEDAM, 2004, pp. 115 ss.

9 Manuel GARCÍA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 2000, pp. 33-53.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

criterios la Constitución no tiene que ser escrita, porque se reconoce el derecho consuetudinario a través de una serie de convenciones o reglas fundamentales, por eso en este constitucionalismo flexible no hay distinción entre una ley constitucional y una ley ordinaria.

- c. *Sociológica*: Esta concepción de Constitución se legitima en la realidad social, en tanto es expresión del ser y no del deber ser social. Por ello, la Constitución es realidad vigente y no manifestación del pasado o del deber ser futuro, sino de las estructuras sociales y económicas presentes. La Constitución es material y no formal, en consecuencia, está integrada por los reales factores u operadores del poder público y privado. En estos poderes concretos *de iure* y *de facto* se encuentra depositada la soberanía. De allí que la sociedad, y no el Estado, sea la fuente de los derechos, por lo que los hechos se convierten en fuente de derecho. Se produce así un antagonismo entre la Constitución válida y la Constitución real, o dicho en otras palabras, entre la legalidad constitucional y la legitimidad constitucional, antagonismo en el que no hay más solución que la reforma o la revolución.

Estos conceptos de Constitución, además de las clasificaciones tradicionales de Loewenstein: normativas, nominales y semánticas;<sup>10</sup> Álzaga: originarias y derivadas, breves y extensas, rígidas y flexibles, codificadas y no codificadas, consuetudinarias y escritas, otorgadas, pactadas, emanadas de la voluntad popular, entre otras;<sup>11</sup> ponen en evidencia que la Constitución regula las relaciones entre el poder y el derecho, las mismas que se pueden enmarcar en las típicas formas del pensamiento jurídico. Así, para Schmitt «todo jurista, consciente o inconscientemente, asume en su trabajo un concepto de *derecho*, bien como una norma, o como una decisión, o como un orden y configuración concreto».<sup>12</sup>

En realidad, el pensamiento normativista —en su versión positivista y formal— ha sucumbido en el esfuerzo por someter la realidad a la literalidad de la norma constitucional. Mientras que el pensamiento historicista ha hecho presa a la Constitución

---

10 Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, pp. 216-222.

11 Oscar ÁLZAGA, Ignacio GUTIÉRREZ, Jorge RODRÍGUEZ: *Derecho político español. Según la Constitución de 1978. I. Constitución y Fuentes del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Tamón Areces, 1999, pp. 60-70.

12 Carl SCHMITT: *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburgo: Hanserischer Verlagsanstalt, 1934, p. 7; existe traducción al español: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

de una moral colectiva que en el fondo es una *decisión* subjetiva de las elites tradicionales. Por ello, tanto el normativismo como el historicismo son expresión de un *decisionismo* constitucional; que no es lo mismo que la fuerza normativa constitucional. En ese sentido, si bien es necesario y deseable que todo Estado se rija por la Constitución, ese esfuerzo no puede quedar atrapado por la norma o la moral de la autoridad política o judicial transitoria.

Por el contrario, es necesario que la sociedad cree, incorpore y otorgue vida a la norma constitucional en la forma de derechos fundamentales, los mismos que deben ocupar un rol central en la noción de Constitución y en su fuerza normativa. Esto en la medida que la sociedad como cuerpo vital, abierto y plural en permanente desarrollo, siempre ofrece más posibilidades de enriquecimiento de la vida social, que los constituyentes hayan establecido en la Constitución.<sup>13</sup> Lo cual no debe llevar a prescindir de la Constitución, sino a otorgarle su fuerza normativa sobre la base del sentido interpretativo posible, en función de una argumentación jurídica razonable y proporcional.

En efecto, frente a la crisis contemporánea de legitimidad del Estado constitucional se intentan articular, desde el racionalismo crítico, nuevas respuestas a la noción de Constitución ante los desafíos contemporáneos. Ello se procura a partir de reivindicar la dignidad de la persona como portadora de una razón crítica que se sobrepone, ética y técnicamente, a cualquiera de las tesis del objetivismo, como el historicismo.<sup>14</sup> La interpretación de estos postulados se caracteriza por la defensa de los derechos fundamentales, en tanto resultado del estado actual de la evolución económica, social y política de la civilización. Proceso donde a partir del ensayo y error —*trial and error*— se da sentido a la historia y a la naturaleza, interpretándolas al servicio de la persona humana.<sup>15</sup>

En ese sentido, la Constitución se presenta como un proceso abierto, dinámico y conflictivo de la sociedad, como expresión de la cultura contemporánea.<sup>16</sup>

---

13 Peter HÄBERLE: «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß. Ein Pluralismuskonzept», en su compendio: *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín: Duncker & Humblot, 1978, pp. 121 ss.

14 Karl POPPER: *Das Elend des Historizismus*. Tubinga: Paul Siebeck, 1974, pp. 45 y 57 ss.; Bernard WILLMS: *Offensives Denken, Philosophie und Politik*. Westdeutscher Verlag, 1978, pp. 39 ss.; asimismo, revítese la perspectiva del racionalismo pragmático en Hermann LÜBBE: *Philosophie nach der Aufklärung*. Düsseldorf - Wien: Econ Verlag, 1980, pp. 159-195.

15 Karl POPPER: *Open society and its enemies*. Londres: Rotledge & Kegan Paul, 1995, pp. 489 ss. y 511 ss.; asimismo, Albert HANS: *Traktat über Kritische Vernunft*. Tubinga: Paul Siebeck, 1975, pp. 47 ss.

16 Peter HÄBERLE: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 36-38; Ralf DAHRENDORF: *The modern social conflict, an essay on the politic of liberty*. Berkeley: University of

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Proceso en el que la fuerza normativa de los derechos fundamentales y su protección operan como un motor de la sociedad y del Estado, así como los valores propios de una sociedad pluralista y abierta integran las voluntades axiológicas individuales con los valores sociales e históricos que determinan el curso del desarrollo humano.

### III. ELEMENTOS DE LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Para identificar los elementos centrales de la fuerza normativa se deben observar las dos funciones del Estado democrático constitucional: garantizar la supremacía jurídica de la Constitución y proteger los derechos fundamentales de las personas, las mismas que a continuación se analizan.

#### 1. Supremacía jurídica de la Constitución

La Constitución abierta, entendida como un sistema jurídico y político, permite operar a la fuerza normativa constitucional a través de la interpretación constante de la norma suprema, lo cual le otorga una capacidad expansiva y transformadora de los derechos fundamentales y los límites del poder en función de los consensos democráticos.<sup>17</sup>

En ese entendido, la fuerza normativa se encuentra vinculada al contenido de la jerarquía constitucional (*norma normarum* y *lex legis*) y a la naturaleza y estructura de las normas constitucionales (principios y reglas, normas y disposiciones) que les otorga una diferenciada fuerza normativa a la diversidad de las normas constitucionales, así como una diferenciada intensidad del control constitucional.

##### *a. Contenido de la jerarquía constitucional*

La jerarquía constitucional parte del supuesto de la existencia de un ordenamiento jurídico integrado por diversas normas ordenadas entre sí en función de su jerarquía material y formal. En nuestro sistema jurídico, la Constitución constituye

---

California Press, 1990, pp. 166-194; asimismo, Lewis COSER: *The functions of social conflicts*. Nueva York: Glencoe the Free Press, 1956, pp. 157 ss.

17 Pablo LUCAS VERDÚ: *La Constitución abierta y sus «enemigos»*, o. cit., p. 93; asimismo, Joseph AGUILÓ: *La Constitución del Estado constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004, pp. 135 ss.

aquella norma suprema que goza de una supremacía material por dos elementos. Uno, por su origen, por cuanto la Constitución es emanación del poder constituyente, que en un sistema democrático es la fuente de legitimación del poder político y el orden jurídico. Dos, por su contenido, en la medida que la Constitución expresa jurídicamente los contenidos esenciales que integran a dicha comunidad, es decir los derechos fundamentales y la organización del poder político.<sup>18</sup>

Desde una perspectiva de la supremacía formal, la Constitución prevalece sobre la ley, esta sobre los reglamentos y así sucesivamente. Pese a este mandato, se pueden derivar dos consecuencias: una, que la Constitución es una *lex legis* —ley de leyes— en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas, y prima en caso de conflicto sobre ellas; y *norma normarum* —norma fuente de normas—, en tanto constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico.<sup>19</sup>

Pero el reconocimiento teórico y práctico de la jerarquía constitucional ha sido producto de un largo proceso, porque hasta finales del siglo XIX la Constitución no había sido entendida sino como una norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos.<sup>20</sup> Sin embargo, a partir de las postrimerías de la segunda guerra mundial se inicia el proceso en virtud del cual la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.

Esta transición solo ha sido posible a partir de dos procesos sucesivos. El primero de ellos tiene lugar cuando las llamadas garantías individuales y políticas —derechos públicos subjetivos— del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de derecho. Este hecho obligó, sobre todo a los jueces del Poder Judicial y posteriormente, en particular, a los del Tribunal Constitucional, a la aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible, respectivamente.<sup>21</sup>

---

18 Werner KÄGI: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado...*, o. cit., pp. 99 ss.

19 Hans Kelsen: *Introducción a la teoría pura del derecho*. Lima: UNAM, 2001, pp. 44-47.

20 Riccardo GUASTINI: «Sobre el concepto de Constitución», en Miguel CARBONELL (ed.): *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta-UNAM, 2007, p. 23. Al respecto, también se ha señalado que «el hecho de que los textos constitucionales se vuelvan rígidos y la posibilidad de los tribunales constitucionales de sancionar las violaciones a la Carta fundamental, extiende —por así decirlo— la espiral de las fuentes, en cuyo vértice se encuentra la Constitución [...]» (Lucio PEGORARO y Angelo RINELLA: *Las fuentes en el derecho comparado*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNMSM, Grijley, 2003, p. 119). Véase también Javier PÉREZ ROYO: *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 27.

21 Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988, pp. 302 ss.; asimismo, Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984, pp. 277 ss;

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Por su parte, el segundo proceso surge cuando la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla. Así, «a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden».<sup>22</sup>

Así, la fuerza normativa de la Constitución fundada en el principio de la supremacía constitucional ha ido, por un lado, desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y, por otro, vinculando directamente a los poderes públicos y privados. Lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol de la judicatura.<sup>23</sup> En tal sentido, se ha señalado que «si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más».<sup>24</sup>

Ahora bien, cuando se alude a la jerarquía sucesiva o en cascada del ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, tratados, ordenanzas, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital.<sup>25</sup> De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino «una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura».<sup>26</sup>

---

asimismo, Juan RUIZ MANERO: *Jurisdicción y normas*. Madrid: CEC, 1990, pp. 37 ss.

22 Hans Kelsen: «La Garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», en *RDJ*, n.º XXXV (1928), reed. Vaduz: Topos Verlag, 1982, p. 204.

23 Luigi FERRAJOLI: «Pasado y futuro del Estado de derecho», en Miguel CARBONELL (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 13 ss.; asimismo, Manuel ATIENZA: «Argumentación y Constitución», en Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 113 ss.

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

25 Luis DIEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1987, 2.ª ed., p. 162; asimismo, Victoria ITURRALDE SESMA: *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 14.

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

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital —*living constitution*— el concepto de fuerza normativa de la Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, en virtud del cual la justicia constitucional, para apreciar la inconstitucionalidad de una norma legal impugnada, además de las disposiciones constitucionales, incorpora las leyes de desarrollo constitucional y las relativas a los derechos fundamentales, máxime si por mandato constitucional, los derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre derechos humanos de los que se sea parte.

En ese entendido, la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad —la Constitución y los tratados internacionales— no es algo que venga ya dado o acabado por la norma suprema, sino que se convierte en el producto de un proceso interpretativo que se basa en reglas y técnicas constitucionales y de interpretación y constitucionales.<sup>27</sup> Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo constitucional, sino del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional.<sup>28</sup> A partir de esta jerarquía material y formal de la Constitución surge una noción transformadora de la fuerza normativa —dinámica y vital— que retroalimenta a la Constitución, en tanto norma suprema del Derecho;<sup>29</sup> lo cual plantea a continuación la problemática de la naturaleza jurídica de las normas constitucionales.

### ***b. Estructura de las normas constitucionales***

Resulta legítimo plantear la interrogante acerca de si todas las normas de la Constitución son iguales en su naturaleza jurídica y, en consecuencia, si son igualmente vinculantes. Para atender esta interrogante desde una perspectiva clásica, se podría señalar que, como el actual concepto de Constitución se funda en la persona humana, la finalidad y la naturaleza de sus normas son iguales, en tanto no es el poder del Estado, sino la libertad de los ciudadanos el propósito de la norma suprema.<sup>30</sup>

---

27 Marina GASCÓN ABELLÁN: *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 107.

28 Ronald DWORKIN: *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38; asimismo, Javier DÍAZ REVORIO: *Valores superiores e interpretación constitucional*. México: Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, 2009, pp. 153-215.

29 Joseph AGUILÓ: *La Constitución del Estado constitucional*, o. cit., pp. 55-62.

30 Carl SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, o. cit., p. 138.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Sin embargo, la doctrina constitucional reconoce que habría que distinguir la estructura jurídico-constitucional de aquellas normas que: a) se refieren a la organización y el ejercicio de las funciones de los poderes públicos; b) tienen una formulación relativamente precisa, están en relación sistemática con el todo y en conexión mediata o inmediata con los valores políticos que le otorgan sentido; y c) cuya efectividad social está garantizada por su cumplimiento y por otras garantías.<sup>31</sup>

Pero, contemporáneamente, se ha señalado que en la estructura de la Constitución también habría que distinguir entre: a) normas de organización y normas de contenido y su valor; b) normas de organización y de procedimiento; y c) normas de contenido,<sup>32</sup> o, en la medida que las dos grandes funciones de la Constitución son conferir competencias y disciplinar su ejercicio, la estructura normativa cabe estudiarla en función de la tipología de las normas, que distingue entre normas constitutivas y normas regulativas.<sup>33</sup>

Por su parte, el constitucionalismo positivista ha diferenciado entre las normas constitucionales de naturaleza jurídica y las normas constitucionales de naturaleza programática, dado el carácter difuso de los límites y la indeterminación de algunas de las normas de estas últimas, que exigen un amplio margen de interpretación discrecional. Sin embargo, en el constitucionalismo post-positivista «hoy se admite por lo general que no se trata de fórmulas en blanco, carentes de contenido, sino de normas de las que pueden derivarse notables consecuencias jurídicas».<sup>34</sup> En este sentido, en función de distinguir la estructura de las normas constitucionales entre las normas-reglas y las normas-principios, cualesquiera que sean el contenido material o formal, estas gozan de una fuerza normativa con diferentes grados de intensidad.<sup>35</sup>

Al respecto, Alexy ha señalado en primer lugar que las reglas y principios son normas jurídicas, con distintas formulaciones deónticas que pueden ser: normas mandato, normas de permisión y normas de prohibición; en consecuencia, la diferencia entre los principios y las reglas son distinciones entre dos tipos de normas que tiene incidencia directa en su fuerza normativa. Según él, «los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad [...]. Los principios son *mandatos*

---

31 Manuel GARCÍA-PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, o. cit., p. 116.

32 Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, o. cit., pp. 28-33.

33 Juan RUIZ MANERO: «Una tipología de las normas constitucionales», en Joseph AGUILÓ, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, o. cit., p. 64.

34 José Luis CASCAJO: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid: CEC, 1988, p. 70.

35 Konrad HESSE: *Escritos Constitucionales*, o. cit., pp. 61 ss.

*de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas [...]. En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no [...] contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible».<sup>36</sup>

Pero si bien la fuerza normativa constitucional trabaja con estas estructuras de las normas constitucionales, es con la distinción entre norma y disposición que ha permitido cumplir eficazmente con sus tareas de control constitucional de las normas legales. Así, a partir de la interpretación de la naturaleza y la estructura de las normas constitucionales, se ha distinguido entre *disposición* —es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras— y *norma* —esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que derivan de la disposición—. <sup>37</sup> Así, los tribunales constitucionales materiales o formales, siguiendo la doctrina nacional o comparada utilizan una tipología de sentencias sobre la inconstitucionalidad de las leyes, a fin de colmar los vacíos normativos integrándolos a través de la jurisprudencia.<sup>38</sup>

La doctrina suele clasificar dichas sentencias, dentro del control de la supremacía jurídica de la Constitución en: sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la labor del Tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenando los vacíos normativos del legislador y forjando verdaderos precedentes vinculantes a partir de casos concretos.<sup>39</sup> Sin embargo, la tarea de la fuerza normativa constitucional donde con mayor intensidad se ha desarrollado es en la tutela de los derechos fundamentales.

---

36 Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1997, pp. 82 ss.; en particular, pp. 86-87.

37 Riccardo GUASTINI: *Le fonte del diritto e l'interpretazione*. Milán: Giuffrè, 1993. p. 18.

38 César LANDA: «Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana», ponencia en el seminario internacional «La justicia constitucional. Prolegómeno de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina», organizado por el Max-Planck-Institut, Heidelberg, 18-19 noviembre de 2009, 18 pp.

39 Theodor MAUNZ *et al.*: *Bundesverfassungsgerichtsgezetts*, Múnich: Verlag C.H. Beck, 2003, pp. 122 ss.; Klaus SCHLAICH: *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich: Verlag C.H. Beck, 1997, pp. 260 ss.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

### 2. Protección de los derechos fundamentales

El desarrollo de la fuerza normativa de la Constitución tiene en los derechos fundamentales la expresión más clara que la utopía democrático liberal ha logrado institucionalizar en el Estado y en la sociedad: la garantía de la protección y el desarrollo de los derechos de toda persona. Proceso histórico que no ha sido ni es pacífico, ni uniforme en el mundo, debido a que «el cambio estructural de los derechos fundamentales, corresponde al cambio del concepto del Estado de derecho, en tanto aquellos conceptos se corresponden con el *rule of law* previamente establecido».<sup>40</sup>

En efecto, la aparición de la fuerza normativa de los derechos fundamentales solo es concebible en el Estado democrático constitucional, lo que constituye una constante histórica y teórica contemporánea en todas las latitudes. Asimismo, marca un horizonte social y temporal, dados los profundos alcances de su poder transformador en asociación con los derechos humanos de cada sociedad, que el positivismo, definitivamente, no ha logrado comprender dadas las categorías normativas con que opera exclusivamente.

En ese sentido, la construcción holística de la fuerza normativa de la Constitución a partir de los derechos fundamentales debe reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad nacional, necesidades que deben constituir la fuente de su eficacia para tutelar los derechos fundamentales, pero no de manera abstracta e intemporal; sino, como exigencias procesales concretas, tanto frente al propio Estado constitucional, como frente a otra persona privada o particular.<sup>41</sup>

#### *a. Frente al Estado*

La protección de los derechos fundamentales históricamente se ha basado en una mentalidad y una cultura individuales, propias de la primera hora del Estado liberal, que reemplazó a un orden social estamental, en tanto la persona no podía estar diluida en las organizaciones corporativas. Para tal efecto, el modelo liberal se afirmó en el iusnaturalismo racionalista que se expresó, revolucionariamente, en la eliminación de los privilegios estamentales, así como, en la

---

40 Gerhard LEIBHOLZ: *Verfassungsstaat und Verfassungsrecht*. Stuttgart: Verlag Kohlhammer, 1976, p. 16; asimismo, Willi GEIGER: «Die Wandlung der Grundrechte», en Max IMBODEN (ed.): *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates*. Wien: Verlag Herder, 1965, pp. 9-33.

41 Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 75-92; asimismo, Alain TOURAINE: *Qu'est-ce que la démocratie?* París: Fayard, 1994, pp. 37 ss. y 57 ss.

declaración de un conjunto de derechos y libertades del hombre. En ese sentido, Francia se constituyó en el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones, tal como quedó manifestado en Francia con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1789 y el Código Civil de Napoleón de 1804.

No obstante, dado que el esquema individualista de derechos no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, debido a la inacción del Estado, se requirió partir de una ficción jurídico-política, donde el contrato o pacto social fuera el instrumento de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Así, sobre la base del contrato social se establecerá, en adelante, el principio de la soberanía popular y del poder constituyente. Dichos principios otorgaron legitimidad no solo a la creación de una Constitución, sino que le imprimieron fuerza normativa a los instrumentos de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre frente al Estado.<sup>42</sup> En ese sentido, desde entonces la norma de apertura de las Constituciones democráticas expresa que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

De allí que se puede partir de una presunción de libertad del hombre frente al Estado —*principio de distribución*— y de una actuación limitada del Estado frente a la libertad —*principio de organización*—,<sup>43</sup> lo cual supone que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir las libertades de una persona, requerirán de una ley o un mandato judicial para actuar, como demanda toda Constitución.<sup>44</sup> Desde una interpretación minimalista, estas disposiciones aparentemente son consecuentes con los postulados del liberalismo garantista, para el cual los derechos civiles no eran creados por el Estado, sino tan solo reconocidos por él. Ello implicaba que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que este era solo un instrumento garantizador de los mismos, a través de la ley.

---

42 Marie-Françoise RIGAUX: *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*. Bruselas: Larcier, 1985, pp. 95 ss.; asimismo, Pedro DE VEGA: *En torno a la legitimidad constitucional. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio. En sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. México D. F., UNAM, 1988, pp. 811 ss.

43 Carl SCHMITT: *Verfassungslehre*, o. cit., pp. 125 ss.; asimismo, Sacaría GIACOMETTI: «Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit», *ZSR*, Band 74, Basilea, 1955, pp. 163 ss.

44 Carlos DE CABO: *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México D. F.: UNAM, 1997, pp. 305 ss.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

En esa lógica liberal los derechos fundamentales eran derechos de libertad del individuo frente al Estado, es decir, se concebía a los derechos y libertades como derechos de defensa —*Abwehrrechte*—. Se ponía el acento en el *status negativus* de la libertad, frente y contra el Estado. En esta concepción clásica de los derechos fundamentales no se permitía forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo lo previsto formalmente por la ley.

En ese entendido, la libertad estaba garantizada sin condición material alguna, es decir, no estaba sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no era objeto de regulación normativa, en la medida que era compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley. Por lo cual, se dieron garantías tales como: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíba; asimismo, la proscripción de expedir leyes especiales por la diferencia entre las personas salvo por la naturaleza de las cosas; o la prohibición de la retroactividad de la ley, entre otras.<sup>45</sup> En ese supuesto, se puede decir que la defensa de la libertad humana se convirtió en el fin supremo de la sociedad y el Estado, actuando a través de la ley y su fuerza activa y pasiva, como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal.

En virtud de ello, los derechos fundamentales producían efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad. No obstante, en caso de colisión no se resolvía con el *in dubio pro libertate*. Es que la libertad estaba en la práctica sometida al principio de legalidad, antes que al de constitucionalidad. Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, era la vinculación negativa del legislador a estos, entendida como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.<sup>46</sup>

De ello se desprende el límite negativo de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que promovieron la realización de las revoluciones liberales que dieron nacimiento al Estado liberal de derecho, en la medida que «los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la

---

45 Georges BURDEAU: *Les libertés publiques*. París: LGDJ, 1972, pp. 129 ss.; asimismo, Jean RIVERO: *Les libertés publiques*, I. París: Presses Universitaires de France, 1981, pp. 145-152.

46 Manuel MEDINA: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 9 ss.

libertad socialmente ya existente o en formación».<sup>47</sup> Esto fue posible a partir, por un lado, de la transformación de la concepción liberal de los derechos y libertades a una concepción institucional de los derechos fundamentales; y, por el otro lado, por la incorporación de la fórmula del Estado democrático y social de derecho, que introduce nuevos institutos como la fuerza normativa constitucional.

En ese sentido, entender a los derechos fundamentales como derechos subjetivos individuales resulta ser insuficiente en la actualidad, pues esta visión formal no responde a la eficacia integradora de la fuerza normativa de toda la Constitución, que se funda en la búsqueda de la materialización de los derechos en la realidad social. De ahí que la teoría de la institución provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios políticos, económicos y tecnológicos del Estado democrático constitucional.<sup>48</sup>

Por ello se debe partir de entender que los derechos fundamentales tienen un doble carácter jurídico: como derecho subjetivo de la persona y como derecho objetivo o fundamento valorativo del orden constitucional. De modo que «los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos».<sup>49</sup> La fuerza normativa irradia el carácter vinculante de la faz subjetiva del derecho fundamental, a la vez que lo refuerza o delimita en su faz objetiva. Ahora bien, es precisamente mediante la actuación estatal, aunque también de los particulares, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido, ya sea por acción o por omisión.

Pero como las Constituciones contemporáneas tienen un entresijo de derechos y garantías, Schmitt trazó una línea divisoria entre los derechos de libertad de las personas y la garantía institucional de ciertas instituciones constitucionales, como la autonomía local o universitaria, a fin de reforzar la protección de las libertades y de las instituciones de manos de los eventuales excesos del legislador. Por ello,

---

47 Hans IPSEN: «Über das Grundgesetz. Nach 25 Jahren», *DöV*, n.º 27, 1974, p. 295.

48 Ivor JENNINGS: «Die Theorie der Institution», en Roman SCHNUR (ed.): *Institution und Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, pp. 99-117; asimismo, Niklas LUHMANN: «Institutionalisierung. Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft», en Helmut SCHELSKY (ed.): *Zur Theorie der Institution*. Universitätsverlag, 1973, pp. 27 ss.; y Helmut SCHELSKY: *Gedächtnissymposion*. Münster: Duncker & Humblot, '1985, Recht und Institution' (edición de la Universidad de Münster), Berlín: 1985, pp. 19 ss. y 71 ss.

49 Maurice HAURIUO: *Précis de Droit Constitutionnel*. París: Sirey, 1923, reimpres. París: CNRS, 1965, pp. 612, 618 ss.; asimismo, revísese Erich KAUFMANN: *Das Wesen des Völkerrechts und die 'clausula rebus sic stantibus'*, Tubinga: Neudruck der Ausgabe, 1911, reprint, Aalen: Scientia Verlag, 1964, pp. 128 ss.; y Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: PUCP-MDC Fondo Editorial, 1997, pp. 163 ss.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

«la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según es característica de la garantía institucional».<sup>50</sup>

Por otro lado, cabe precisar que los derechos fundamentales, en tanto gozan de un carácter objetivo, sin perjuicio de su carácter subjetivo, requieren de la fuerza constitucional positiva y no negativa del Estado para la protección y el desarrollo de la libertad y la igualdad, configurándose así una nueva relación entre los derechos fundamentales y la legislación.<sup>51</sup> Debemos resaltar que es Häberle quien desarrolla la categoría de los límites del legislador con relación a los derechos fundamentales. Elabora esta categoría reformulando la tesis de la reserva de ley propia del Estado liberal, que dejaba librado a la competencia discrecional del legislador el desarrollo legal de los derechos establecidos en la Constitución.

El profesor de Bayreuth postula la tesis central acerca de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, como fórmula sintética que encierra el concepto de valor que se encuentra en cada derecho fundamental.<sup>52</sup> Se puede decir, entonces, que a la luz de la fuerza normativa institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar o construir el contenido esencial de estos. Ello a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir, como una práctica que se realiza y desarrolla en una sociedad abierta y pluralista. Libertad que, por otro lado, encuentra en la fuerza normativa los elementos que inciden, directa o indirectamente, en la formación, el proceso y el resultado de la norma constitucional.<sup>53</sup>

En tal sentido, «el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental».<sup>54</sup> Por ello, se puede hablar de una teoría absoluta y una teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales. La teoría absoluta se basa en el valor mínimo e intangible con que cuenta un derecho fundamental para no dejar de ser tal y, en cuanto tal,

---

50 Carl SCHMITT: *Verfassungslehre*, o. cit., p. 170; asimismo, consúltese Edgard SCHMIDT-JORTZIG: *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, 1979, pp. 63 ss.; y Luciano PAREJO: *Garantía Institucional y Autonomías Locales*, Madrid: IEAL, 1981, pp. 23 ss.

51 Konrad HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Madrid: Verlag Müller, C. F., 1990, pp. 127 ss.

52 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., pp. 116 ss.; asimismo, Juan GAVARA: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEC, 1994, pp. 99 ss.

53 Peter SALADIN: *Grundrechte im Wandel*. Berna: Verlag Stämpfli & Cie ag, 1975, pp. 296 ss.

54 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., p. 109.

se relaciona jerárquicamente con los demás derechos. La teoría relativa busca delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental en relación con los demás valores y bienes constitucionales, por cuanto los derechos encuentran su esencia y límites en relación con otros derechos fundamentales.<sup>55</sup>

En esta tarea de integración, propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales, se trata de ponderar diversos bienes jurídicos en conflicto, ya sea cuando una ley de desarrollo constitucional limita un derecho fundamental o, cuando estos derechos entran en conflicto entre sí; tarea que solo es posible realizar en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales.<sup>56</sup> Este proceso de integración se realiza a través del test de la razonabilidad o proporcionalidad, que se ha potenciado al máximo en la doctrina y la jurisprudencia comparadas.<sup>57</sup>

Así, se puede hacer uso del principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.<sup>58</sup> Dicho test se caracteriza por: a) examinar directamente si una norma o un derecho contiene razones o motivos que sean adecuados o conformes a los valores constitucionales para limitar uno u otro derecho; b) verificar si existe una relación de necesidad de medios-fines, que sea objetiva y lógica, entre la restricción de un derecho y la norma legal o el otro derecho; y c) examinar si la medida restrictiva es idónea y proporcional a los fines que persigue la norma o el otro derecho.<sup>59</sup>

---

55 Antonio LÓPEZ PINA (ed.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid: Civitas, 1992; ponencia de Peter HÄBERLE sobre «El legislador de los derechos fundamentales», pp. 120 ss.

56 Friedrich MÜLLER: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlín: Duncker & Humblot, 1966, pp. 207 ss.; asimismo, Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., pp. 95 ss. y 127 ss.

57 Carlos BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005, p. 873; Gloria LOPERA: *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: CEPC, 2006, p. 661; Juan CIANCIARDO: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 163; asimismo, Javier BRANES: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, septiembre-diciembre [«El principio de proporcionalidad»], Madrid: INAP, 1998.

58 Peter LERCHE: *Übermass und Verfassungsrecht*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 1961, pp. 125 ss.; Ulrich SCHEUNER: «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *VVDStRL*, 20, Berlín: 1963, pp. 125-126; asimismo, Josef ISENSEE: «Bundesverfassungsgericht. Quo vadis?», *IZ*, 22, 1996, p. 1090.

59 Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, o. cit., pp. 203-253.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

El desarrollo práctico del sistema de los derechos fundamentales supone el reconocimiento de un *status activus processualis*, que permite al ciudadano acceder a la tutela jurisdiccional de los tribunales.<sup>60</sup> En consecuencia, a través de los procesos constitucionales, la fuerza normativa de los derechos fundamentales se hace vinculante a todos los poderes públicos y también a las relaciones entre los particulares, en tanto le otorga eficacia para asegurar el orden constitucional, lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional.<sup>61</sup> Sin embargo, «la Constitución no puede resolver por sí sola la cuestión social, sino solamente aparecer como marco de una determinada realidad y de un programa social *res publica semper reformanda*».<sup>62</sup>

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales solo adquiere visos de realidad como libertades sociales, cuando el bien común, como objetivo humano, reclama de la acción del Estado medidas concretas. En ese sentido, «los derechos fundamentales no son, únicamente, algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivados como estatus; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano, devienen en realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género».<sup>63</sup>

Por ello, la Constitución, y ya no la ley, se presenta como una garantía de protección de la libertad en tanto limitación a la intervención del legislador, asimismo, la fuerza normativa constitucional es también una garantía de la promoción y la realización de la libertad instituida. Esto permite superar la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto activo de delimitación de los derechos a través de la Constitución y, en defecto de esta, de la jurisprudencia constitucional que le imprime la fuerza normativa constitucional.

Este concepto de la fuerza normativa constitucional también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero dicha delimitación a su vez debe realizarse respetando la última barrera del contenido institucional de la libertad,

---

60 Peter HÄBERLE: «Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat», *VVDStRL*, 30, 1972, pp. 82 ss.

61 Peter HÄBERLE: *Grundrechte im Leistungsstaat*. Berlín: Walter de Gruyter, 1972, pp. 90 ss.; igualmente, del mismo autor: «Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen», en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín: Duncker & Humblot, 1992, pp. 352-359.

62 Jörg Paul MÜLLER: *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Basilea-Fránfort: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 167; asimismo, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 72 ss.

63 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., p. 199; Reinhold ZIPPELIUS: *Rechts und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*. Berlín: Duncker & Humblot, 1994, pp. 67 ss.

constituyéndose en un límite a los límites de los derechos fundamentales.<sup>64</sup> De aquí la importancia de que la jurisprudencia establezca una teoría de la fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales al analizar los límites inmanentes, directos o indirectos, que hagan inmune el contenido esencial de los derechos fundamentales a la acción legislativa de las mayorías parlamentarias transitorias. Ello, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad.<sup>65</sup>

En consecuencia, la fuerza normativa de la Constitución en el sentido institucional planteado está orientada, concretamente, a la realización del objetivo de los derechos fundamentales como instituto, es decir que la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de los derechos fundamentales. Por esta razón, «los derechos fundamentales son institutos, solo (sic) cuando pueden ser *efectivamente* reivindicados por los titulares —cambiar el hecho por la norma—, es decir cuando son *regla*».<sup>66</sup> Si bien eso es factible a partir de la fuerza normativa constitucional, la protección de los derechos fundamentales entre particulares presenta distintos desafíos y límites contemporáneos.

### ***b. Entre particulares***

La fuerza normativa de la Constitución tiene como una de sus funciones esenciales proteger los derechos fundamentales contra el Estado, como también frente a los particulares. Ello en la medida que si bien el constitucionalismo liberal surge como un sistema de protección de derechos y libertades solo frente al poder del Estado, en la actualidad el poder no reside únicamente en el Estado democrático y social de derecho, sino también en los poderes privados que provienen básicamente de las instituciones empresariales y sociales en la actual sociedad corporativa.<sup>67</sup>

En consecuencia, la tesis originaria del Estado liberal en punto a que las relaciones jurídicas entre los particulares se rigen por el derecho privado, fundadas básicamente

---

64 Peter LERCHE: *Übermass und Verfassungsrecht*, o. cit., pp. 98-134; Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., pp. 108 ss.; y Marcel BOLZ: *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 218-228.

65 Hartmut JÄCKEL: *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs., 2 GG*, Berlín: Duncker & Humblot, 1967, pp. 29-40; asimismo, Manuel MEDINA: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, o. cit., pp. 48 ss.

66 Peter HÄBERLE: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, o. cit., p. 211.

67 Norberto BOBBIO: *Il futuro della democrazia*. Turín: Einaudi, 1991, pp. 85 ss.; asimismo, Pedro DE VEGA: «Neoliberalismo y Estado», en *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, Lima: PUCP-MDC, 1997, pp. 35-36.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y en la libertad contractual, no es plenamente válida. En efecto, antes las relaciones jurídicas entre particulares quedaban sujetas a los códigos sustantivos y procesales, en tanto se regulaban como derechos subjetivos, pero, cuando surge la impronta de la cuestión social a finales del siglo XIX y luego la doctrina de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, con su impronta de la fuerza normativa, la Constitución se convierte en norma jurídica que vincula también a los negocios jurídicos entre particulares.<sup>68</sup>

A diferencia del Estado liberal, el Estado constitucional —en su fórmula democrática y social— no es neutral e imparcial en el nivel económico, sino que de manera activa otorga un sustento jurídico material a todos los derechos fundamentales, no solo civiles y políticos, sino también económicos y sociales, interviniendo en el mercado para equilibrar las fuerzas y corregir sus excesos, reservándose actuar principalmente en los sectores económicos de servicios públicos, sociales e infraestructura; protegiendo, sobre todo a los sectores más desaventajados y marginados de los beneficios del mercado, a partir de la fuerza normativa de la Constitución.

Como ha señalado Hesse: «Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX; aquel ofrecía una libertad solo formal, porque partía de una igualdad solo formal que solo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada».<sup>69</sup> Ello es así desde que en el Estado constitucional la Carta Magna no es solo una norma suprema que tiene fuerza normativa para los poderes públicos y en su relación con los ciudadanos, sino también para y entre los particulares por más autonomía de la voluntad y libertad contractual que tengan, en la medida que no hay islas fuera de la fuerza normativa de los mandatos constitucionales, ni exentas en consecuencia de control jurisdiccional.

De allí que las Constituciones señalen que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado; establezcan que es deber de todos los poderes públicos y ciudadanos respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional, además de que las Constituciones reconozcan la capacidad de cualquier ciudadano de interponer una acción de amparo contra cualquier autoridad o funcionario que vulnere o amenace por acción u omisión los derechos fundamentales, aun cuando la

---

68 Nicolás PÁJARO MORENO: *Autonomía privada y constitucionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 115.

69 Konrad HESSE: *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 79.

potestad de incoar un proceso de amparo contra un particular sea residual y limitada en algunos países.<sup>70</sup>

En efecto, «la constitucionalización del derecho constituye no solo una exigencia de la unidad del sistema y de respeto de la jerarquía de las fuentes, sino también la vía práctica para evitar el riesgo de la degeneración del Estado por el derecho formal. La ley fundamental no garantiza, en los hechos, solamente la forma y el procedimiento de la actuación estatal, sino que comprende también al mismo tiempo elementos normativos sustanciales».<sup>71</sup>

No obstante, que la Constitución sea una *lex legis* —suprema ley— y una *norma normarun* —norma fuente de otras normas— no se deriva que su fuerza normativa haya devenido en fundamento absoluto de todo el derecho, por cuanto, el origen de las relaciones entre particulares nace de un derecho anterior al Estado: la autonomía de la voluntad; pero, que su ejercicio en sociedad requiere de su regulación, no solo legal sino sobre todo de su regulación constitucional, dada su supremacía normativa. Por ello, en tanto los derechos fundamentales expresan un orden objetivo de valores a partir del principio-derecho de dignidad humana consagrado en la Constitución, como apuntó Nipperdey y luego con matices Dürig y Schawe, el TC alemán señaló en su sentencia del caso Lüth-Urteil (*BerfGE* 7, 198), del 15 de enero de 1958, que la norma suprema «influye *evidentemente* también sobre el derecho civil; ninguna disposición jurídico-civil debe estar en contradicción con él y todas ellas deben interpretarse conforme a su espíritu».<sup>72</sup>

Con este reconocimiento se dio inicio a la doctrina jurisprudencial de la fuerza normativa o más conocida como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a particulares —*Der Drittwirkung der Grundrechte*—; la misma que tuvo opositores y críticos dada la constitucionalización del derecho privado. Así, detractores como Forsthoff denunciaban que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares iba a producir la disolución de la Constitución en su sentido jurídico, por un orden de valores abstractos, o Rogel, quien advertía de los riesgos que dicha doctrina podía significar para la libertad contractual y

---

70 César LANDA: «El proceso de amparo en América Latina: ¿Un noble sueño o una pesadilla?», conferencia brindada en el X Curso de Postgrado en Derecho Constitucional y Procesos de Amparo, Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, 16-23 de enero de 2010, 16 pp.; asimismo, Héctor FIX ZAMUDIO, Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.): *El derecho de amparo en el mundo*. México D. F.: Porrúa, 2006, 1264 pp.

71 Pietro PERLINGIERI: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 193.

72 Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid: Civitas, 1986, pp. 19 ss. y en particular p. 29.

## PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

la seguridad jurídica; llevándolos a postular una concepción de derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado.<sup>73</sup> Sin embargo, un crítico como Hesse si bien reconoce que la Constitución es el orden jurídico supremo de la comunidad, no por ello admitirá que en base a su fuerza normativa regula todo, sino solo los aspectos más importantes o especiales de la vida social y estatal, dejando el resto a la configuración particularmente del legislador.<sup>74</sup>

Por su parte, la doctrina jurisprudencial comparada va a precisar los alcances de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, en función de la naturaleza del derecho en cuestión, sobre todo si nos referimos a los derechos económicos, sociales y medioambientales. Así, en la medida que en la sociedad y el mercado existen relaciones asimétricas entre particulares —por ejemplo entre el empresario y el obrero, entre una corporación multinacional y un usuario o consumidor, o un medio de comunicación y un espectador—, se puede señalar que ha fracasado la igualdad formal ante la ley que formuló el positivismo de antaño. De donde se puede colegir que la libertad ya no es solo afectada por el Estado sino también por particulares, en el propio seno de la sociedad.

En la jurisprudencia constitucional comparada se puede señalar que la mayor cantidad de causas que llegan son los procesos constitucionales de amparo, que son también incoados contra particulares. Así, en la jurisprudencia constitucional del Perú los procesos de amparo de pensionistas son contra el sistema privado de pensiones, aunque también contra la seguridad social estatal; en tanto que en materia laboral se plantean dichos procesos constitucionales contra los empleadores privados, aunque también contra el Estado en su calidad de empleador.

Ante los dilemas de la intensidad de la protección constitucional de los derechos fundamentales afectados en las relaciones jurídico-privadas, se podría señalar que en la doctrina comparada se han asumido dos respuestas.<sup>75</sup> Por un lado, la eficacia de los derechos fundamentales irradia todo el orden jurídico público y privado, de modo que la fuerza normativa se despliega directa e inmediatamente sobre las relaciones jurídicas entre los particulares —*unmittelbare Drittwirkung*—. Por otro lado, los derechos fundamentales irradian su eficacia jurídica vinculante, pero de manera mediata e indirecta, a través de normas intermedias o de la jurisdicción

---

73 André Rufino DO VALE: *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Fabris, 2004, pp. 112-118.

74 Konrad HESSE: *Derecho constitucional y derecho privado*, o. cit., p. 83.

75 Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, o. cit., p. 76.

que se encargan de poner en vigencia los mandatos constitucionales, a través de las cláusulas y los principios generales del derecho —*mittelbare Drittwirkung*.<sup>76</sup>

El *efecto mediato* en la protección de las libertades a través de la ley, en el fondo expresa el clásico esquema de libertades civiles del Estado liberal, aunque sin la concepción de derechos como derechos públicos subjetivos; mientras que el *efecto inmediato* de los derechos fundamentales exigibles judicialmente a terceros sin el requisito de una norma intermedia para su vigencia, pone de realce la fuerza normativa constitucional, lo cual es propio del Estado democrático y social de derecho, donde la dignidad y la igualdad —reales y no formales— como valor y como derecho ocupan un rol delimitador de los demás derechos fundamentales, a través de principios como el deber de protección del Estado y el debido proceso sustantivo.<sup>77</sup>

La eficacia frente a terceros tiene naturalmente límites, dada la diversa estructura normativa de los derechos fundamentales y las disposiciones del derecho privado, así como de la antinomia entre estos. Como señala Alexy, el problema se plantea en saber cómo y en qué medida ejercen esta influencia.<sup>78</sup> Así, la Constitución peruana plantea antinomias que se presentan entre el principio de la autonomía privada según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajo cuando dispone que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Si bien en dicho ordenamiento constitucional se incorporan sin mayor dificultad los efectos horizontales de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional peruano ha consagrado incidentalmente en materia laboral en los casos *Telefónica*<sup>79</sup> y *Llanos Huasco*,<sup>80</sup> así como, en materia de derechos fundamentales medioambientales en los casos *Nextel*,<sup>81</sup> la fuerza normativa constitucional, a través de la tesis de sus efectos inmediatos y directos frente a particulares, aunque reconoce que en esa tarea de ponderación deben tomarse en cuenta los grados de

---

76 Pedro DE VEGA: «La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*», en *Derecho*, n.º 46, Lima: PUCP, 1992, pp. 362 ss.

77 Juan María BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: CECp, 1997, pp. 283 ss. y 325 ss.

78 Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, o. cit., pp. 510-529.

79 STC, exp. n.º 1124-2001-AA-TC, del 11 de julio de 2002.

80 STC, exp. n.º 976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003.

81 STC, exp. n.º 4223-2006-PA/TC, del 2 de junio de 2007; y STC, exp. n.º 2268-2007-PA/TC, del 10 de diciembre de 2007.

#### PRIMERA PARTE. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

intensidad de la protección, sin llegar a precisarlos. De donde se puede señalar que será la jurisprudencia la que en última instancia vaya delimitando cada vez más la solución a dichas antinomias, a través de la ponderación del interés general y el interés particular en las relaciones *inter privados*.<sup>82</sup>

#### IV. PERSPECTIVAS DE LA FUERZA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

La fuerza normativa constitucional ha encontrado en la tutela de los derechos fundamentales y en la garantía de la supremacía jurídica de la Constitución el fundamento tanto de su institucionalización como de su funcionamiento. Ello ha sido posible gracias sobre todo a la protección jurisdiccional de los derechos, a través de la jurisdicción constitucional tanto en sede judicial ordinaria como en sede de los tribunales constitucionales.

Si bien se puede señalar que la fuerza normativa constitucional puede medirse a través de los grados de desarrollo de la justicia constitucional; también es cierto que no todo avance de la jurisdicción constitucional es símbolo del fortalecimiento del Estado democrático constitucional, en la medida que la fuerza normativa no es una cuestión de eficacia meramente funcional o formal de la Constitución, sino un instrumento en pro de la democratización de la sociedad y del Estado, por cuanto no existe derecho sin democracia, como tampoco existe democracia sin derecho.<sup>83</sup>

Entonces, si bien las perspectivas de la fuerza normativa constitucional material avanzan en la línea de controlar los excesos del poder en aras de proteger los derechos fundamentales, esto ha originado cuestionamientos y debates en torno al activismo judicial versus la autolimitación judicial. Pero cabe señalar que la fuerza normativa constitucional se identifica antes con dicho activismo que con la autolimitación; pero, habría que remarcar: de un activismo judicial ponderado, es decir limitado. Por ello, la eficacia y la fuerza normativa no constituyen en sí mismas un valor institucional absoluto; por cuanto, la *sobreconstitucionalización* del sistema jurídico y político, de la mano de tribunales, jueces venales o dependientes del

---

82 Mijail MENDOZA: «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», en *Pensamiento Constitucional*, año XI, n.º 11, Lima: PUCP, 2005, pp. 248-250. Se puede revisar el caso colombiano en Alexei Julio ESTRADA: «La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano», en Miguel CARBONELL (coord.): «Derechos fundamentales y el Estado». *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México D.F.: UNAM, 2002, pp. 267-296.

83 Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*, o. cit., pp. 60-63.

poder gubernamental de turno o de los poderes privados, es tan perniciosa para el Estado democrático constitucional como el de una dictadura que desconoce el derecho como la regla de convivencia para todos.

En consecuencia, la cuestión de la perspectiva de la fuerza normativa constitucional sigue siendo un asunto político y jurídico. Político, en tanto que el desarrollo de la fuerza normativa constitucional está vinculado al fortalecimiento del modelo de Estado democrático y constitucional, es decir que los ciudadanos y las fuerzas vivas de la sociedad asuman que la defensa de sus derechos fundamentales pasa por tener voluntad de Constitución —*wille der Verfassung*—, por constituir el menos imperfecto de los sistemas políticos. Aunque siempre hay que estar alertas a las llamadas autoritarias que apelando a la necesidad y la urgencia del pueblo plantean gobiernos dictatoriales por ser más eficaces que los democráticos para satisfacer las necesidades de bienestar del pueblo —*salus populi suprema lex*—; lo cual es falso en la medida que convierte a la persona humana en objeto y no sujeto del poder ni del derecho, así como también termina sirviendo a las minorías usando el nombre de las mayorías.

La fuerza normativa constitucional también es una cuestión jurídica en la medida que su eficacia requiere de técnicas de interpretación y argumentación jurídica constitucionales para la defensa de los fines esenciales de la Carta Magna —derechos fundamentales y límites a los excesos del poder—; para lo cual, la profundización del test de ponderación o razonabilidad constituye en la hora actual la mejor técnica que permite racionalizar y limitar la fuerza normativa constitucional, en aras de proteger a la persona humana y garantizar sus derechos fundamentales, dentro del marco jurídico de la Constitución. Sin embargo, como toda técnica no es neutral frente a las ideologías jurídico-constitucionales imperantes.

Por eso, finalmente, no hay que ser ingenuos, pues tras las banderas de los derechos humanos se pueden encontrar las apuestas populistas o conservadoras que instrumentalizan la dogmática o técnicas de la interpretación constitucional para soslayar o encubrir violaciones a los derechos humanos, En esta medida, la fuerza normativa solo es compatible con una teoría constitucional y democrática del derecho y del poder, que tutele los derechos fundamentales y se constituya como un límite al poder.